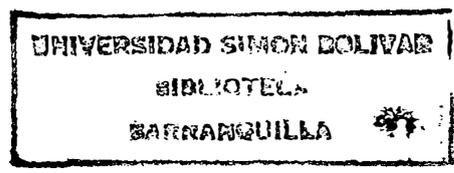


34752

~~34752~~

DR #0619



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
MARRANGULLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
MARRANGULLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

LA ADOPCION

DAGOBERTO PUELLO SALCEDO

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1988

LA ADOPCION

RECTOR : JOSE CONSUEGRA HINGS
SECRETARIO GENERAL : RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA
DECANO : CARLOS LLANOS
PRESIDENTE DE TESIS : ANIBAL SANCHEZ
EXAMINADOR : PEDRO V SUCARRAS

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1988

LA ADOPCION

DAGOBERTO PUELLO SALCEDO

Tesis de Grado presentada como
requisito esencial para optar el
Título de Abogado .

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1988

DEDICATORIA

A la memoria de mi Madre

A mi Padre

A mis Hermanos por su ejemplo de superación

A TULIA PUELLO DE QUINTANA por su gran apoyo en el momento en que la necesito .

DAGOBERTO PUELLO SALCEDO

LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR NO SE HACE RESPONSABLE DE LOS DATOS Y CONCEPTOS EMITIDOS POR LOS AUTORES DEL PRESENTE TRABAJO .

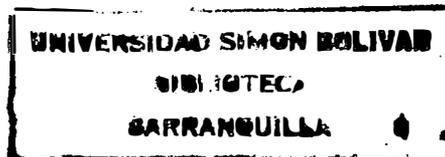
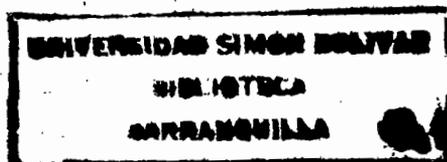


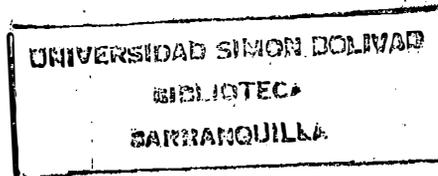
TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	1
0.1 LINEAMIENTOS GENERALES	5
0.2 FIN DE LA ADOPCION	11
0.3 ANTECEDENTES HISTORICOS	12
0.3.1 Adopción en Roma	12
0.3.2 Antecedentes de la Adopción en Colombia	17
0.4 REQUISITOS DE LA ADOPCION	23
0.4.1 Del Adoptante	23
0.4.2 Del Adoptivo	29
0.5 CONSENTIMIENTO DEL ADOPTIVO	32
0.6 CONCURRENCIA DE LA ADOPCION CON HIJOS LEGITIMOS NATURALES (Extra matrimoniales) y ADOPTIVOS	34
0.7 ADOPCION CONJUNTA	36
0.8 BIENES EN LA ADOPCION	39
0.9 ADOPCION DE HIJOS NATURALES (Hoy Extramatrimoniales)	40
0.10 CANDIDATOS A LA ADOPCION	44

		págs.
0.11	CLASES DE ADOPCION	56
0.11.1	Generalidades	56
0.11.2	Adopción Simple	57
0.11.3	Adopción Plena	61
0.12	CRITICAS A LA DUALIDAD DE ADOPCIONES	65
0.13	EFFECTOS DE LA ADOPCION	69
0.13.1	Generalidades	69
0.13.1.1	Con relación al nombre	74
0.13.1.2	Con relación al derecho de alimentos	74
0.13.1.3	Con relación al Matrimonio	75
0.13.1.4	Con relación a los derechos hereditarios	77
0.14	TRAMITES ADMINISTRATIVOS DE LA ADOPCION	81
0.15	INSTITUTOS AUTORIZADOS PARA DESARROLLAR PROGRAMAS DE ADOPCION	100
0.16	TRAMITE JUDICIAL DE LA ADOPCION	103
0.16.1	Competencia	103
0.16.2	Demanda	104
0.16.3	Trámite	110
0.17	IRREVOCABILIDAD DE LA SENTENCIA DE ADOPCION	112
0.18	INTERVENCION DEL DEFENSOR DE MENORES	113
0.19	LA ADOPCION EN EL DERECHO INTERNACIONAL	114

	pág.
0.19.1 Generalidades	114
0.19.2 Solución de Conflictos (Ley Aplicable)	115
CONCLUSIONES	118
BIBLIOGRAFIA	122





INTRODUCCION

" El niño para el pleno y armónico desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole ". Señala muy acertadamente el principio VI de la Declaración Universal de los Derechos del niño . También es cierto que todo niño tiene derecho a un nombre, a una nacionalidad, a la educación, a la asistencia médica, al bienestar social y a vivir bajo un techo familiar y que en últimas, corresponde al Estado el deber de ofrecer todas las oportunidades a los niños para su desarrollo integral y velar por la realización personal de aquellos que por muerte de sus padres o por incapacidad o irres

ponsabilidad de los mismos, se encuentran en situación de abandono, pero al lado de estos bondadosos postulados universalmente acogidos, surge una realidad social bastante acorde con ellos, dando como resultado la existencia de una niñez totalmente abandonada por quienes en principio son los primeros obligados para con ellos ... sus padres . Son múltiples las causas del abandono de los niños, pero entre las más importantes están el madresolterismo, producto muchas veces de la poca o nula educación sexual que reciben los jóvenes en sus hogares .

Otra causa es la situación económica precaria que muchas veces pone en peligro incluso la vida de los otros hijos, si los hay, o la de la madre, de tal forma que el menor se constituye en un verdadero peligro contra la integridad de los demás miembros de la familia, por lo que se le debe abandonar con el fin de que no acabe con los demás . Son todos estos desequilibrios socio-económicos, morales y psicológicos típicos de los países subdesarrollados los que traen como consecuencia serios problemas sociales de abandono de niños que obligan al gobierno a buscar mecanismos y alternativas funcionales para encarar tan seria problemática, ya que es él quien a falta de unos padres y de una comunidad que socorra a los niños, debe velar por su bienestar y formación , pero aunque el Estado recurra a planes y políticas con el fin de afrontar el gra

vo problema de los niños abandonados, hace falta realizar por parte del Estado una acción preventiva, una orientación y apoyo adecuado a los padres biológicos para hacerlos conscientes de sus responsabilidades; es así como hoy son casi inexistentes en el país la prestación de servicios profesionales tendientes a prestar ayuda a las futuras madres abandonantes, con el fin de ayudarlas a salir de la tenebrosa situación económica, social y emocional por la que atraviesan cuando conocen su estado de embarazo .

Algunas de las muy pocas medidas que pone en práctica el estado tendientes a prevenir el abandono de menores, podría decirse que son la planificación familiar, la cual se lleva a cabo a través de Profamilia , y la creación de los Centros de Atención Integral al Pre-Escolar (CAIP); no obstante estas medidas no han llegado a cumplir su fin último y es por eso, que el Estado aunado todos sus esfuerzos con el fin de contrarrestar sus efectos del abandono, ya que hasta ahora no ha podido combatir su causa. Y con el firme propósito de evitar la desintegración de la familia y el abandono del niño el gobierno creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el cual pone en práctica entre otras medidas , la adopción y la presenta como una alternativa de solución al problema del abandono del niño y con ella es consciente de que se está remediando los resultados de una realidad social patológica y no sus causas ; aun

que en principio la primera medida que toma el I.C.B.F. con el fin de combatir el abandono de niños, obviamente es la de recogerlos y colocarlos en sus instituciones o en un hogar sustituto, pero esa atención que se le brinda al menor en los institutos trae como consecuencia el denominado " institucionalismo " que se caracteriza porque el menor carece de un vínculo afectivo que lo una a quienes lo atienden y que sólo podrá existir en él, en la medida en que sea dado en adopción. Es por todo esto, que la adopción ha tenido acogida en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como una medida solución importantísima para el buen desarrollo psicológico de los menores abandonados.

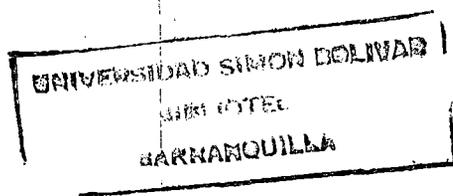
Nosotros en consideración a la gran importancia que le notamos a esta institución, consideramos apenas justo dedicarle estas líneas con el fin de contribuir un poco al esclarecimiento de las posibles dudas que con respecto a ella puedan presentarse no solo por parte de abogados, sino también del común de la gente, que en ocasiones no recurre a ella por simple desconocimiento o poca información .

Queremos hacer énfasis en que principalmente nuestro objetivo al elaborar éste trabajo fué llegar a aquellos que poco o nada conocen de la adopción y contribuir un poco a su difusión, y por eso tratamos

a lo largo de este estudio de llevar una organización tal, que cada tema tratado sirviera de base al inmediatamente siguiente ; además, tratamos en lo posible de utilizar un vocabulario sencillo y claro, de fácil comprensión para toda clase de lector .

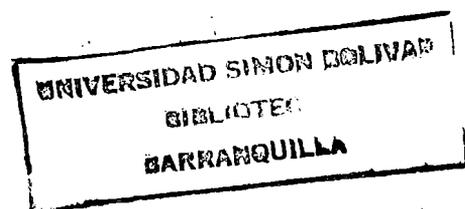
Contiene un análisis lo más completo que se pudo de la Legislación vigente en materia de adopciones en Colombia (Ley 5 de 1975, Decreto 752 - 75 y demás normas concordantes con ellas), empezando por conceptos elementales del tema tratado, requisito que ella exige, efectos que ella produce, sus exigencias procedimentales y culminación con algunas conclusiones a manera de recomendaciones que puedan servir en algo para que en el futuro no se cometan yerros en la elaboración de las normas que reemplacen a las vigentes actualmente .

Esperamos pues, que este trabajo aporte un granito de arena más a la difusión y conocimiento de la adopción .



0.1 LINEAMIENTOS GENERALES

CONCEPTO DE ADOPCION



Etimológicamente la palabra adopción se entiende como la acción de adoptar o prohijar; es decir, tomar a una persona como hijo, sin serlo por naturaleza, previos los requisitos y procedimientos estudiados en este trabajo. Pero antes de entrar en materia sobre los requisitos y procedimientos del tema que nos ocupa, debemos dejar claro el concepto de lo que es la Adopción según los doctrinantes.

Debido al gran número de conceptos emitidos por diferentes autores, nos limitamos a señalar algunos y a hacerles los análisis pertinentes a cada concepto.

Para el Doctor Fernando Vélez en su obra "Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano", la adopción es un contrato Solemne en virtud del cual dos personas adquieren entre sí las relaciones de padre y madre e hijo legítimo que determina la Ley. Pues bien no compartimos el concepto del ilustre profesor, en varios puntos a saber :

No podemos concebir la adopción como un contrato, ya que como todos sabemos el contrato como tal implica acuerdo de voluntades, más no siempre en la adopción es menester el acuerdo de voluntades entre el adoptante y el adoptivo, como cuando se adopta a un recién nacido exposito. Luego, si no se puede afirmar que es un contrato, con mucha más razón, no se podrá decir que es un contrato solemne, obviamente por sustracción de materia. Tampoco nos parece correcto lo que menciona éste tratadista, que en virtud de la adopción dos personas adquieren entre sí las relaciones de padre o madre e hijo legítimo que determina la Ley :

A nuestro modo de ver el profesor excluyó de su concepto la posibilidad de adoptar los padres conjuntamente, caso en el cual se forma la relación triangular de padre y madre adoptantes e hijo adoptivo. Por todo lo anterior nos mostramos en desacuerdo con el concepto del Doctor Fernando Vélez.

Otros autores, entre ellos Planiol, afirman que la adopción es una ficción jurídica en virtud de lo cual se tiene como hijo a quien no lo es biológicamente. Sin embargo, no es correcto afirmar que la adopción sea una ficción que pretenda imitar los vínculos de sangre, ya que la paternidad no depende solamente del vínculo sanguíneo ; es más, se afirma que la auténtica paternidad se ori

gina más en datos de la personalidad moral y afectivos, que en los de sangre.

Por eso se dice que la Ley nada finge ni imita, solo observa el fenómeno y lo regula jurídicamente .

El Código Civil por su parte, en su Artículo 50 señala no el concepto de lo que debemos entender por adopción, pero sí lo que debemos entender por parentesco civil y dice que : " es el que resulta de la adopción, mediante el cual la Ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre y de hijo .

Este parentesco no pasa de las respectivas personas .

Nos parece que el Código no previó la posibilidad de que una persona adoptara sola y posteriormente contraería matrimonio : en este caso, el esposo o la esposa de quien adoptó, no sería padre o madre adoptante del adoptivo .

Cabe anotar que la Ley 140 de 1960 (anterior regimen de adopciones) definió la adopción de la siguiente forma : " Es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza : cosa que

no hizo el actual régimen de adopciones consagrado en la Ley 5 de 1975, que en ninguno de sus Artículos la define. No obstante la mayoría de los tratadistas han seguido acogiendo el concepto de la ya derogada Ley 140/60, por considerarlo como uno de los más acertados. Por su parte el Dr. Valencia Zea tomando como fundamento la mencionada Ley, define la adopción como el prohibimiento como hijo legítimo de quien no lo es por naturaleza y sostiene que el objeto principal de la adopción es dar al adoptado la posición de hijo legítimo y nunca la de hijo extramatrimonial.

Nosotros consideramos un concepto muy personal, que por adopción debe entenderse el recibimiento como hijo legítimo, del que no lo es por naturaleza, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley.

La tendencia de las legislaciones modernas es la de no contener definiciones, sin embargo, el Código Civil de Guatemala la define como el "Acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona". Como quiera que entre nosotros se permite la adopción del hijo natural, que obviamente es hijo propio, este concepto no se ajusta a nuestro régimen legal en materia de adopciones.

0.2 FIN DE LA ADOPCIÓN

Según lo ya comentado, en principio en Roma, la adopción fue considerada como un medio para conservar la estirpe, y de esa forma poder preservar el culto de los dioses en la familia, ya que el culto no podía mantenerse si la familia era estéril; de esta forma se daba un matiz netamente religioso a la institución. Con posterioridad se llegó a considerar que la finalidad de la adopción era la de proporcionar hijos a aquellas personas que no podían tenerlos por naturaleza; esta fue la llamada tesis francesa, en la cual se le dió a la adopción un matiz individualista de simple consuelo a las personas que la naturaleza les había negado la paternidad. Esta situación llegó a convertir a la institución en algo aberrante, ya que se daba el caso de personas que adoptaban y que con posterioridad tenían hijos, entonces se procedía a la revocación de la adopción, porque ya no cumplía sus fines (que en ese entonces era dar hijos a los que no podían tenerlos por naturaleza).

Esta situación varió notablemente, y hoy día es una situación de amplio contenido social y de protección que tiene en cuenta ante todo, los intereses del adoptado por una parte, y por la otra, los de la colectividad. Se orienta principalmente a tratar de solucionar el problema de la niñez desamparada, y además, a dar las

satisfacciones de una paternidad no lograda a muchas personas que teniendo los medios suficientes, puedan dar al menor el calor de un hogar y la educación a que todo niño tiene derecho .

Como ha quedado claro, la fundamentación del instituto de la adopción ha variado a través del tiempo; de razones religiosas a que obedecía en la antigua Roma, actualmente descansa en motivos de orden social, concibiéndose en beneficio del niño y para cumplir una vasta función de asistencia social .

0.3 ANTECEDENTES HISTORICOS

0.3.1 Adopción en Roma :

Era una de las tres fuentes de adquisición de la patria potestad , al igual que el matrimonio y la legitimidad; es decir, por medio de la adopción adquirían el conjunto de poderes que el jefe de familia tenía sobre las personas, los bienes y los ritos religiosos de sus descendientes y personas asimiladas a estos, que estuvieron sometidos a su potestad; por lo tanto podía decirse que en sentido general la adopción consistía en un acto por el cual un extraño a una familia ingresaba a ella, sometiéndose a la potestad del paterfamilias . Este vínculo de subordinación al paterfamilias

generaba un lazo de unión llamado potestad civil de agnación (agnation); en contraposición a éste último existió la cognación (cognatio) que era el parentesco fundado en los vínculos de sangre sin que existiera sobre ellos el poder del paterfamilias (patria potestad); ejemplo de este vínculo era el que existía entre el abuelo y su nieto hijo de su hija.

Era la adopción un acto solemne con intervención de autoridad pública, por el cual se recibía en la familia civil como hijo o nieto a quien no estaba sometido a patria potestad del adoptante: su uso fue frecuente en Roma, es especial con el fin de introducir a la familia a los cognados (parientes de sangre no sujetos a la patria potestad), y para suplir la legitimación de los hijos naturales, cuando ésta no había sido instituida. Para poder adoptar se debían reunir los siguientes requisitos:

1. El adoptante debía ser Sui Juris (no sujeto a patria potestad), con el fin de poder la patria potestad sobre el adoptivo.
2. Debía ser varón el adoptante; no obstante en el imperio de Diocleciano se le permitió adoptar a la mujer que había perdido sus

propios hijos; ésta no adquiría la patria potestad, ni el adoptivo entraba a la familia agnada, solo tenía derecho a alimentos y a suceder ab-intestado .

3. El adoptante debía ser capaz de procrear, por ende, no podía adoptar los castrados .

4. El adoptante debía tener por lo menos 18 años de diferencia con el adoptivo, si lo adoptaba como hijo, o 36, si lo adoptaba como nieto .

No se podía adoptar bajo condición o término; quien después de adoptar a una persona la emancipaba, no podía adoptarla de nuevo; no podían ser adoptados los hijos naturales propios cuando podían ser legitimados por cualquiera de las formas de legitimación; ya por matrimonio posterior (subsequens matrimonium), por ofrecimiento de la curia (oblatio curias) o por decreto del emperador (rescriptum principis).

En Roma se distinguieron dos tipos de adopción según la calidad del adoptivo; así, si el adoptivo era un Sui Juris (no sujeto a la patria potestad), la adopción tomaba el nombre de adrogación (adrogatio); si el adoptivo era Alieni Juris, se llamaba adopción

propiamente dicha (*datio in adoptionem*). En el más antiguo derecho la primera (*adrogatio*) era como una ley dictada en los comicios presididos por el *pontifex maximus*, quien preguntaba al adrogante (adoptante) si quería adrogar (adoptar), al adrogado (adoptado) si consentía y al pueblo si aprobaba el acto; como consecuencia de lo anterior no podían ser adrogadas las mujeres ni los impuberes, ya que no tenían acceso a los comicios se permitió que las mujeres y los impúberes fueran adrogados. Pero fue bajo el imperio de Justiniano que se acabó con toda la formalidad de los comicios, para realizar por decreto del emperador a solicitud de los interesados, el adrogado quedaba sometido con todas las personas que de él dependieran a la patria potestad del adrogante. En las primeras épocas el adrogante adquiría por completo el patrimonio del adrogado; con el tiempo solo adquirió la administración y el usufructo.

Por la *datio in adoptionem* (segunda clase de adopciones) como ya lo expresamos, se adoptaba un hijo de familia (*alieni juris*); por lo que era necesario extinguir la patria potestad a que estaba sometido, y crear la del adoptante, por eso ésta se cumplía mediante dos etapas; por la primera se desligaba el futuro adoptado de la patria potestad de su padre y por la segunda, que era propiamente la adopción, el adoptado era admitido en la potestad del adoptante.

Los efectos de estas dos formas de adopción eran casi los mismos, con la diferencia de que en la adopción propiamente dicha (*ad adoptio nem*) si el adoptante no era un ascendiente del adoptado, el adoptado no cambiaba de familia y solo adquiría del adoptante los derechos de sucesión ab-intestato de éste. En la adopción propiamente dicha solo se somete a la potestad del adoptante el adoptado, en la agnación se somete a la potestad del adoptante al adoptado y los que estén bajo su potestad .

Es necesario dejar claro que como la adopción era un acto solemne de derecho civil, ésta solo se concebía entre los ciudadanos romanos; por lo tanto podemos decir que éste (ser ciudadano romano) era el primer requisito que debían reunir tanto el adoptante como el adoptivo .

Inicialmente como la Ley de las doce tablas nos señaló forma de llevar a cabo la adopción de *Alieni Juris* , se optó por realizarla por medio de la venta del hijo de familia por parte de su padre ; una sola venta bastaba para los nietos y las hijas pero para los hijos varones se requerían tres ; no obstante el adoptante no adquiría enseguida la patria potestad, sino que el comprador reemancipaba el hijo o descendiente al padre y luego lo reivindicaba ante el el cual lo declaraba hijo o descendiente del adoptante, en

presencia y sin contradicción del padre; con el tiempo Justiniano modificó estas formas, exigiendo una simple declaración ante el magistrado en presencia de los padres y del adoptado y sin oposición de éste último .

Es necesario dejar claro que si una persona adoptaba lo podía hacer como hijo, nieto, etc. Si se adoptaba como nieto podía hacerlo con sujeción a un hijo suyo, en cuyo caso necesitaba su consentimiento, o sin sujeción a ese hijo suyo, solo que entre adoptante y adoptado debía existir las diferencias mínimas de edades exigidas .

De todas formas sea cual hubiere sido las formalidades exigidas para la adopción en Roma, queremos resaltar el interés de los romanos en la continuación de la estirpe absolutamente necesaria para el culto de sus antepasados; fue este afán en conservar el culto a los antepasados de los romanos el que sirvió como fundamento para la estructuración de la adopción en Roma .

0.3.2 Antecedentes de la Adopción en Colombia

Al tratar los antecedentes legislativos sobre determinada institución jurídica en nuestro país, debemos necesariamente hacer

mención a las normas que en principio regularon las vidas de nuestro pueblo; no son estas otras distintas de las leyes españolas, las cuales rigieron los destinos de sus colonias. Unas de esas normas antecedentes de las actuales que rigen la adopción fueron las normas del fuero real, las cuales fueron promulgadas entre los años 1252 y 1255 en tiempos de Alfonso X, el sabio, estas normas permitieron la adopción por parte de aquellos varones que no tuvieron descendencia legítima y de los religiosos, pero con autorización previa del rey; el adoptivo en estos casos, y sobre todo en el primero (adoptado por varón sin descendencia), debía ser capaz de heredar a su adoptante. Nota característica de la adopción permitida por estas normas era el hecho de quedar invalidada si el adoptante llegare a tener posteridad legítima.

Otro antecedente lo constituye las siete partidas; según esta, solo podía adoptar el hombre libre que no estuviere bajo patria potestad y no fuere impotente; excepcionalmente las mujeres podían adoptar cuando hubiesen perdido a su hijo en batalla al servicio del rey; en este caso la adoptante no adquiría la patria potestad, se prohibió mediante estas partidas la adopción de menores de siete años. En esta ley al igual que en Roma, se conservaron dos tipos de adopción :

La Abrogativa, concedida por el rey y autorizada por el juez, y la Adoptiva, que era la originada ya en un impedimento dirimente entre el adoptante y el adoptado, o entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, y recíprocamente entre el adoptado y los hijos carnales del adoptante.

Con la obtención de la independencia y obviamente la formación de nuestro territorio en una república independiente, se expidió su constitución, la cual dispuso la continuación en vigor de todas las normas españolas que no estuvieran en contra de la constitución y los decretos y leyes que expidiera el Congreso. Es decir, en materia de adopciones siguieron rigiendo las normas españolas.

Con el surgimiento del sistema federalista cada provincia comienza a expedir sus propias leyes en materia civil, y es así, como en 1850 se aprueba el Código Civil para el Estado Soberano de Cundinamarca y se reglamenta allí la adopción; este Código fue copia del Código Civil Chileno; con el tiempo este Código fue el de la unión y a la postre el de la República Unitaria en virtud de la Ley 57 de 1887; este Código sufrió solo dos reformas; la de la Ley 140 de 1960 y la actual y vigente hasta el momento Ley 5a del 75.

A grandes rasgos se puede decir que el Código consagró la adopción de la siguiente manera :

No podían adoptar las personas que tuviesen menos de 21 años y estuviesen bajo patria potestad, no se podían adoptar personas del mismo sexo del adoptante, salvo el caso de adopción por esposos ; debía existir por lo menos 15 años de diferencia entre el adoptante y el adoptivo y en caso de adopción conjunta (llevada a cabo por marido y mujer) ambos debían cumplir este requisito, el guardador no podía adoptar a su pupilo menor de 18 años, mientras no hubieren sido aprobadas las cuentas de su administración; se exigía el consentimiento de los adoptables mayores de edad que tuvieran la libre administración de sus bienes; si el adoptable estaba sujeto a poder de otro, se necesitaba su consentimiento (el de la persona que ejercía ese poder); en este caso el adoptante debía prestar caución aprobada por el juez, la adopción se daba por escritura pública la cual debía ser firmada por el juez y debía inscribirse en la extinta oficina de registros de instrumentos públicos y privados y en el registro civil.

En cuanto a los efectos de la adopción, el adoptivo no era considerado legitimario del adoptante, solo podía heredar por testamento y era excluido por los ascendientes legítimos . La adopción ter

minaba por el nacimiento de prole legítima, muerte de uno de los adoptantes y revocación justificada .

La primera reforma al Código Civil de 1887 en materia de adopción lo constituyó la Ley 140 de 1960 en la cual se le dió un contenido social a la institución; ya que se consideró que su finalidad no era la de dar hijos a quienes no los podían tener, sino que era un medio para solucionar los problemas de niños sin familia, para darle el calor de hogar y los goces de la paternidad a niños que sin la adopción, jamás podían obtenerlos. (1)

Características principales de esta reforma fueron :

Hizo una mejor definición de lo que era la adopción; considerándola como el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza; no exigió los 21 años en el adoptante para poder adoptar; solo dijo que podía adoptar quien fuera capaz , autorizando por ende, la adopción del habilitado de edad (situación que hoy no existe, Ley 27 / 77 , se eliminó la circunstancia de que la prole legítima hacia fenecer la adopción, permitiéndose la adopción

(1) CARRIZOSA PARDO, Hernando. Exposición Motivos L.140/60. Anales del Congreso, 8 de Septiembre de 1958. Pág.614.

por personas con hijos legítimos al momento de la adopción inclusive; el adoptivo queda bajo la potestad del adoptante, quien ejercía la patria potestad a partir de la sentencia, pero el derecho de usufructo de los padres, no le era reconocido al adoptante; el adoptivo pasaba a ser legitimario del adoptante y sus derechos hereditarios eran los que consagraba la Ley para los hijos naturales (hoy extramatrimoniales); al adoptante no se le daba tratamiento de legitimario; solo en los casos que el adoptivo fuere mayor de 18 años podía instituirlo como heredero o legitimario por testamento; también creó esta ley la adopción provisional para menores abandonados y se permitió la adopción del hijo natural por parte del padre o madre de sangre, el adoptivo conserva los vínculos de sangre con su familia de origen .

En este estudio analizaremos la adopción de acuerdo con las normas vigentes; es decir, la Ley 5 de 1975, la cual regula la adopción desde hace más de 10 años, junto con el Decreto 752 de 1975, que reglamentó la anterior Ley 5/75, en menor forma el Decreto 1818 de 1964 que se encarga de establecer el procedimiento para decretar el estado de abandono de un menor, además todas aquellas normas que de una u otra forma tienen directa relación con la adopción y las resoluciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que la reglamenten .

Corriendo el riesgo de ser repetitivos, creemos necesario recalcar que la Ley 5/75 no dió definición de lo que debíamos entender por adopción, motivo por el cual los autores suelen remitirse a la derogada Ley 140/60 para definir la institución.

Dentro de la institución jurídica de la adopción participan el adoptante, que es la persona que pretende tomar en adopción el menor y, el adoptivo, entendiéndose por tal, a la persona que va a ser dada en adopción; pues bien, cada uno de estos sujetos que intervienen en la adopción deben cumplir ciertos requisitos que analizaremos seguidamente.

0.4 REQUISITOS DE LA ADOPCION

0.4.1 Del Adoptante

Debe ser persona natural; esto se deduce de la relación del Artículo 269 del Código Civil cuando dice que puede adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años; ya que solo se pueden predicar las condiciones físicas, mentales y sociales de las personas naturales y no de las personas jurídicas, además, la naturaleza

misma de la institución impide que el adoptante sea persona jurídica, tampoco podrá ser persona jurídica el adoptivo; por último el Artículo, el Artículo 276 del Código Civil señala que " por la adopción adquieren adoptante y adoptivo, los derechos de padre o madre e hijo legítimo, .. " y obviamente la condición de padre o madre y consecuentemente los derechos de éstos, solo pueden estar radicados en personas naturales y no jurídicas .

2. El adoptante debe tener capacidad para obligarse; este requisito se infiere de la redacción del Artículo 269 del Código Civil, que dice : " podrá adoptar quien siendo capaz, .. " a la capacidad que se refiere dicho artículo no es a la mayoría de edad, sino, al hecho de no encontrarse el adoptante en cualquiera de las circunstancias previstas en el Artículo 1504 del Código Civil ., que señala quienes son incapaces; ; sobra decir que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la Ley declara incapaces (Artículo 1503 del Código Civil), dentro de éstos últimos los señalados en el Artículo 1504 del Código Civil .

3. El adoptante debe tener por lo menos 25 años; no exige la Ley que el adoptante sea mayor de edad (18 años), sino que exige una edad calificada de 25 años, esto porque el legislador presume que a esa edad las personas están ya estructuradas como para ser pa

dres, pero éste como cualquier otro término judicial es arbitrario, ya que no siempre una persona al llegar a esa edad está lo suficientemente estructurada como para adquirir la condición de padre. No obstante, consideramos que la edad de los 25 años es acertada y cada día tiende a ser unificada en todas las legislaciones. Este requisito de los 25 años no se cumple en todo su rigor cuando los que van a adoptar son los esposos (unidos por el vínculo matrimonial) y lo hacen conjuntamente, ya que basta uno solo de los esposos cumplir con el requisito de tener por lo menos 25 años de edad para que proceda la adopción.

4. El adoptante debe tener 15 años más que el adoptivo; no basta que el adoptante sea persona natural, capaz y que tenga 25 años, ya que además debe tener por lo menos 15 años más que su adoptivo; así, no podrá adoptar una persona de 25 años que reúna las demás condiciones, si su adoptivo tiene 16 años; ya que no se cumple entre ellos el requisito de las diferencias de edades entre adoptante y adoptivo. Según la exposición de motivos de la Ley, se consideró que debía existir esta diferencia de edad entre el adoptante y el adoptivo, porque lo normal es que entre padre e hijo exista esta diferencia de 15 años, ya que a los 15 años (regla general) es cuando los hombres tienen plena capacidad reproductora. Con esto se trató de preservar las leyes naturales. Este requisito deberá cum

plirse siempre, aunque los esposos hagan la adopción conjuntamente; así que ambos adoptantes deberán tener 15 años más que su adoptivo .

5. El adoptante debe encontrarse en condiciones físicas, mentales y sociales para suministrar hogar; es decir, que además de ser el adoptante persona natural, capaz, mayor de 25 años y tener 15 años más que su adoptivo, debe estar capacitado física, mental y socialmente para poder darle un hogar al adoptivo. Las condiciones físicas hacen referencia a que el adoptante, o los adoptantes, en caso de adopción conjunta, deben hallarse en condiciones de salud óptimas, de tal forma que le permitan cumplir con los fines de la adopción, no deben los adoptantes padecer de enfermedades o defectos físicos de tal magnitud que les impidan cumplir con los fines de la institución, en cada caso en concreto el juez se cercionará de la buena salud de los adoptantes; para esto el juez requerirá que un médico autorizado haga un reconocimiento cuidadoso de las condiciones físicas y mentales de los aspirantes a la adopción y el certificado médico correspondiente.

Puede darse el caso que los adoptantes tengan defectos físicos, pero que no sean de tal gravedad que impidan que se lleve a cabo la adopción, como por ejemplo, las personas que sufrieron de polio

en su juventud y quedaron atrofiadas de sus piernas; en este caso el juez no podrá negar la adopción basándose en la falta de condiciones físicas de los adoptantes.

Las condiciones mentales que exige el Artículo 269 del Código Civil, hacen referencia a que el adoptante carezca de enfermedades o trastornos mentales que puedan influir luego en la normal educación del adoptivo, y a la madurez mental suficiente que permita al adoptante ejercer su tutela sobre el adoptivo, a semejanza de un padre biológico de condiciones normales.

Las condiciones sociales hacen referencia al buen crédito que tengan los adoptantes frente a la sociedad y a su propia familia; es decir, no solamente buen crédito desde el punto de vista económico, sino también desde el punto de vista moral de rol social, cultural, etc. En síntesis el medio social debe ser apto para el buen desarrollo del adoptivo. La forma de probar estas condiciones sociales de los adoptantes es mediante los llamados estudios social familiar de los padres realizados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar . I.C.B.F., a través de sus trabajadoras sociales que se encargan de recoger los resultados de las observaciones realizadas en las visitas domiciliarias, las entrevistas con la pareja, personas que los conozcan, etc.

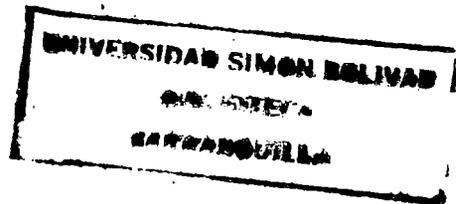
Para los adoptantes extranjeros es indispensable exigir que el estudio social se realiza por el trabajador social de una institución debidamente autorizada por el gobierno de ese país, para llevar a cabo programas de adopción; si los estudios se llevan a cabo en idioma distinto del castellano, deberá presentarse su traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por traductor oficialmente autorizado.

Según el Artículo 1º del Decreto 752/75 a más de las pruebas pertinentes para demostrar las condiciones sociales, el juez deberá entrevistar personalmente a los presuntos adoptantes, esta entrevista personal a los adoptantes fue declarada nula por el Consejo de Estado, por considerarla que entrababa los trámites de la adopción y aumentaba sus costos al exigir el traslado de los presuntos adoptantes al país, cuando éstos eran extranjeros. Sin embargo la Doctora Josefina Amézquita de Almeida en su libro Lecciones de DERECHO DE FAMILIA considera que no debió anularse la entrevista personal, ya que ésta ofrecía mejores garantías y seguridad a los adoptivos, además, la práctica enseña que incluso son los mismos adoptantes extranjeros los que desean conocer personalmente a su futuro adoptivo, por lo que no se justifica que se diga que esto solo incrementa el costo de la adopción; lo que verdaderamente ocurre es que con la venida de los padres, el dinero

que invierten en su viaje ya no lo tendrían que abonar a quienes se encargan de hacer las diligencias de adopción, puesto que los adoptantes mismos harían sus gestiones .

Las pruebas sobre aptitud física y mental de los adoptantes extranjeros según el Decreto 752/75 deberán estar autenticadas por el correspondiente Cónsul de Colombia, ó en su defecto, por el de un país amigo . Lo mismo es pregonable de todas las demás pruebas que pretendan esgrimirse dentro del proceso de adopción, y que se hayan producido en el extranjero .

0.4.2 Del Adoptivo



1. El adoptivo debe ser persona natural; no se concibe, como posible, la adopción de una persona jurídica, ya que como dijimos anteriormente la adopción es el prohijamiento como hijo legítimo del que no lo es por naturaleza, lo que nos indica que solo pueden tener la calidad de hijo las personas naturales y nunca los entes jurídicos. También se colige que el adoptivo debe ser persona natural de la redacción del concepto que de la institución da el Doctor Valencia Zea al definir como el prohijamiento como hijo legítimo del que no lo es por naturaleza, ya que solo pueden ser hijos por naturaleza las personas naturales .

2. El adoptivo debe ser menor de 18 años. Con relación a este requisito es necesario dejar en claro que esta institución solo vino a exigir el requisito de la minoría de edad del adoptivo a partir de la Ley 5/75, la cual, en su Artículo 1° que modifica al Artículo 269 del Código Civil señala que solo podrán adoptarse menores de 18 años, a contrario sensu, con anterioridad a la Ley 5/75 no existía este requisito y se podían adoptar personas mayores de 18 años. Sin embargo es menester aclarar que este requisito tiene su excepción, consistente en que se podrá adoptar personas mayores de 18 años siempre que el adoptivo haya estado bajo el cuidado personal del adoptante antes de cumplir los 18 años. En este caso si el adoptable tiene bienes se deberá primero realizar el inventario de dichos bienes.

Debemos dejar claro en este aparte que lo que interesa es que el adoptante sea menor de 18 años y no su estado civil, así por ejemplo, podrá adoptarse a una viuda o viudo siempre que sea menor de 18 años. El mismo criterio es aplicable al divorciado o divorciada. A lo que no se podrán adoptar es a los dos esposos, esto en razón de que tal situación atenta contra el orden público, ya que los dos esposos serían entonces hijos adoptivos de la misma persona, es decir, serían hermanos adoptivos, cosa que es totalmente absurda y contraria a las normas de orden público.

Tampoco puede adoptar un cónyuge al otro cónyuge, por las mismas razones de orden público ya expuestas .

3. El adoptivo debe ser 15 años menor que el adoptante; con éste requisito se trató de guardar la misma diferencia de edad que normalmente existe entre el padre y el hijo biológico. Según Valencia Zea cuando la adopción la hacen los esposos conjuntamente puede que no exista este requisito con relación a uno de los esposos; nosotros no compartimos este concepto y consideramos que aún en caso de adopción conjunta la diferencia de edad debe existir con relación a ambos cónyuges .

Aunque la Legislación Colombiana no fija límite máximo de edad en los adoptantes, el Grupo Nacional de Adopciones considera que no deben aceptarse como candidatos adoptantes a personas mayores de cincuenta (50) años y solo excepcionalmente se admiten a éstos como candidatos cuando se trata de adoptar niños mayores de siete (7) años; pero siempre deberá existir quince años de diferencia entre el adoptante o adoptantes y el adoptivo .

Con anterioridad a la Ley 5/75 el adoptivo debía ser del mismo sexo del adoptante y no se establecía límite de edad del adoptivo y por lo tanto se podía adoptar mayores de 18 años, aún cuando el

adoptivo no hubiere estado bajo el cuidado personal del adoptante antes de cumplir los 18 años; actualmente no se requiere que el adoptante y el adoptivo sean del mismo sexo y en cuanto a la edad, solo pueden adoptarse menores de 18 años, salvo el caso ya estudiado, de cuando el adoptivo hubiere estado bajo el cuidado personal del adoptante antes de llegar a la mayoría de edad .

0.5 CONSENTIMIENTO DEL ADOPTIVO

La Ley 140 de 1960 (anterior Regimen de Adopciones) establecía que la adopción debía hacerse con el consentimiento del adoptado y cuando fuere incapaz, se necesitaba la autorización de quienes podían concederle el permiso para contraer matrimonio o en su defecto, del curador especial o del director de la casa de Beneficencia donde estuviera el menor; se establecía el consentimiento del adoptivo en razón de que se podían adoptar mayores de 18 años , porque esta Ley no limitaba la edad del adoptivo. Actualmente la Ley 5 de 1975, que es el regimen vigente en materia de adopciones, solo contempla que deben dar el consentimiento para la adopción, en primer lugar los padres, a falta de estos, lo dará el guardador y a falta de éste el defensor de menores, y en subsidio el representante legal de la institución donde se encuentre el menor, actualmente por regla general no exige la Ley el consentimiento del

adoptivo cuando éste sea púber, esto debido a la mayor capacidad de razonamiento de los púberes con relación a los efectos que implica la adopción, por la misma razón consideramos que cuando se da el caso excepcional de adopción de un mayor de 18 años, deberá éste prestar su consentimiento y, no su representante, en razón de poseer el adoptivo su capacidad de ejercicio .

Según la Ley 5 de 1975 el consentimiento en la adopción deberá darlo en primer lugar los padres del menor. (2) y a falta de estos lo dará el guardador, pues bien, debemos entender que faltan los padres, en los casos contemplados en los Artículos 118 y 119 del Código Civil, o sea, por haber fallecido ambos dementes, por estar ambos ausentes del territorio nacional e ignorarse su residencia o no esperar supronto regreso y por haber sido privados ambos de la patria potestad, pero si falta solo uno de los padres por cualquiera de las circunstancias mencionadas, será suficiente el consentimiento del otro. Ahora, si el adoptable le llegaren a faltar ambos padres y no tuviese guardador, el consentimiento para su adopción, lo deberá prestar el defensor de menores, y a falta de éste, el director de la institución donde se encuentra el menor, debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Es menester aclarar que cuando la adopción recaer sobre un púber (hombre mayor de 14 años o mujer mayor de 12 años), sigue siendo necesario el consentimiento de sus padres, a falta de ellos las demás personas mencionadas anteriormente consentirán la adopción, pero además será necesario el consentimiento del púber, lo que significa que deben haber dos consentimientos : el de los padres o las personas que en subsidio deba darlo y el del púber. Algunos autores se preguntan que ocurriría si los padres consienten en la adopción y el púber no : a nuestro modo de ver, en un caso como el planteado, se desvirtua la finalidad de la adopción si se hace contra la voluntad de quien se beneficia con ella, por lo tanto el juez no deberá autorizar la adopción en un caso como éste .

0.6 CONCURRENCIA DE LA ADOPCION CON HIJOS LEGITIMOS NATURALES (Extramatrimoniales) Y ADOPTIVOS .

Con anterioridad a la ya derogada Ley 140 de 1960 la adopción era regulada por el Código Civil en su Título XIII del Libro I, código que fue adoptado para todo el país por medio de la Ley 57 de 1887, pues

(2) Según el Artículo 74 de la Resolución #00773 de Abril 23 de 1981, siempre que el consentimiento para la adopción haya sido otorgado por los padres ante Notario, Juez o los presuntos adoptantes, éste deberá ser ratificado ante el juez de menores, en presencia del defensor de menores .

bien, en dicho Código se estipuló que la adopción terminaba si el adoptante llegaba a tener posteridad legítima, esto debido a que el criterio que se seguía en esa época era la tesis francesa, según la cual la finalidad de la adopción era la de proporcionarles hijos a aquellas personas que no los podían tener por naturaleza .

También consideró el Código Civil de 1887 como causales de terminación de la adopción la muerte de los intervinientes y la revocación .

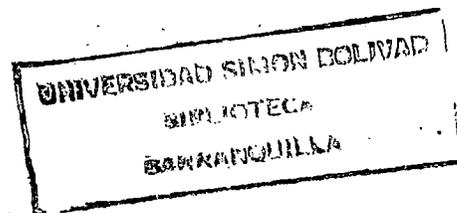
Con la aparición de la Ley 140 de 1960 se cambió de concepción con relación a los fines de la adopción, fué así como se consideró que la adopción tenía por fin resolver un problema de niños sin familia proporcionándoles un hogar y dando hijos a aquellas personas que no pudieron tenerlos . Como consecuencia lógica de ese cambio de concepción con relación a los fines de la adopción, se consideró entonces que la descendencia legítima no ocasionaba la terminación; de tal forma que no importaba que el adoptante tuviese o llegare a tener hijos .

Por su parte la Ley 5 de 1975 expresamente consagró en el Artículo 270 del actual Código Civil que " no se opone a la adopción que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos,

naturales o adoptivos", a esta disposición solo habría que comentarle que con la expedición de la Ley 29 de 1982 que trató sobre la igualdad sucesoral, el término "natural" cambió en el sentido que se debe decir extramatrimonial y no natural como erradamente aún lo consagra la norma transcrita .

De lo anterior podemos deducir que actualmente pueden coexistir la filiación legítima, la extramatrimonial y la adoptiva .

0.7 ADOPCION CONJUNTA



La Ley 5 de 1975 dispone que el marido y la mujer pueden adoptar conjuntamente; pues bien, debemos entender por marido y mujer al hombre y la mujer unidos entre sí por el vínculo del matrimonio, lo que no se dá a entender que los concubinos no pueden adoptar conjuntamente, solo podrán hacerlo uno de ellos, ya el concubino ora la concubina, pero individualmente. Y como ya lo acotamos al hablar del requisito de los 25 años en el adoptante, en caso de presentarse la adopción conjunta por los casados, bastará que uno solo de ellos cumpla con el requisito de tener como edad mínima 25 años, no obstante el requisito de la diferencia de 15 años entre el número de adoptante y el adoptivo, aún en el caso de adopción conjunta deberán cumplirlos ambos cónyuges, ya que la Ley en nin

gún momento los exime a ambos o a uno de ellos de cumplir con el mencionado requisito, como si lo hace expresamente con relación a la edad mínima al decir " el marido y la mujer podrán adoptar con juntamente, siempre que uno de ellos sea mayor de 25 años " .

Con relación a este punto discrepamos del concepto del maestro de maestros Arturo Valencia Zea, quien en su libro de Derecho Civil Tomo V pág. 481- 5a. edición dice " .. por otra parte, es necesario que uno de los cónyuges cumpla el requisito de ser 15 años mayor que el adoptado ". Disentimos del concepto de nuestro admirado profesor porque en ningún momento el Artículo 271 del Código Civil hace referencia al requisito de la diferencia de edad entre adoptante y adoptivo y menos facultad para que solo sea cumplido por uno de los cónyuges .

El inciso 2º del Artículo 271 del Código Civil dice expresamente: " el cónyuge no divorciado solo puede adoptar con el consentimiento del cónyuge con quien convive ". Con relación a este inciso es menester aclarar que la expresión " Cónyuge no divorciado " debe entenderse como cónyuge no separado de cuerpo, ya que con anterioridad a la Ley 1a. de 1976 se conocía como divorcio, lo que en realidad era una separación de cuerpos; por lo tanto solo exige consentimiento del otro cónyuge cuando ambos hacen vida

en común, a contrario sensu no será necesario el consentimiento cuando se encuentran separados, ya judicialmente, ya de hecho, si lo primero, se puede adoptar libremente, anexando copia de la sentencia, si lo segundo, se puede adoptar probando la separación de hecho ante el juez, por declaración de testigos. Con mucha más razón no será necesario el consentimiento del otro cónyuge para la adopción si se encuentran divorciados.

El Grupo Nacional de Coordinación de Programa de Adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar considera que en caso de adopción conjunta, deben preferirse las parejas de mínimo 4 años de matrimonio.

0.8 BIENES EN LA ADOPCION



El Artículo 272 del Código Civil consagra que para poder adoptar menores que al momento de la adopción tengan bienes, será necesario obtener previamente la aprobación de la cuenta de los bienes del adoptable, esto se hace mediante la confección de un inventario solemne de los bienes que posea el menor; además, en estos casos en que los menores tienen bienes se requiere la prestación de una fianza por parte de los adoptantes a juicio del juez a fin de que se garanticen los intereses del menor. También el Tutor o el curador

pueden adoptar a su pupilo menor de 18 años, pero en este caso se requiere haber obtenido previamente la aprobación de la cuenta de los bienes que le viene administrando a su pupilo, de tal forma que quien no ha dado cuenta de su administración a su pupilo no puede adoptarlo. Por el solo hecho de ser adoptado un menor que posee bienes no significa que la propiedad de los bienes del adoptivo pasen al adoptante, ya que este último solo tendrá la administración de los bienes, pero no la propiedad de los mismos.

0.9 ADOPCION DE HIJOS NATURALES (Hoy Extramatrimoniales).

La Ley 75 de 1968 introdujo la primera modificación con relación a la adopción de hijos naturales, al permitir la adopción del hijo natural por el padre o la madre, conjuntamente con el otro cónyuge; que con la vigencia de la Ley 140 de 1960 el hijo natural no podía ser adoptado por su padre o su madre; de manera que estaba legalmente prohibida la adopción del hijo natural por su padre o su madre. La segunda modificación con relación a la adopción del hijo extramatrimonial la consagró la Ley 5 de 1975 al decir que " El hijo natural (3) podrá ser adoptado por su padre o por su madre. A nuestro modo de ver, lo anterior se justificaba en el año de la expedición de la Ley 5 de 1975, debido a que esa época los derechos

hereditarios de los hijos en ese entonces padecía de una estigmatización por parte de la sociedad, quien lo consideraba como un simple bastardo, no podía haber deshonra mayor para una persona que el ser hijo natural. Actualmente cuando ya el hijo natural a dejado de ser la excepción, para convertirse en la regla general en Colombia, donde el 60% de los hijos son extramatrimoniales y donde las condiciones sociales y culturales les imponen una mayor protección para ellos, la Ley les ha regulado su estado de tal forma que la Ley 29 de 1982 les dió iguales derechos hereditarios que a los hijos legítimos y les cambió ese despectivo calificativo de hijos naturales, por uno más lógico y acorde con su condición, el de hijos extramatrimoniales, consideramos que a pesar de que en 1975 la adopción por el padre o la madre de su hijo natural, era una innovación, hoy perdió su importancia práctica y más bien las adopciones que realicen los padres de sus hijos naturales (extramatrimoniales), lo hacen con el fin de evitar que los resagos de considerar algo denigrante al ser hijo natural, perturbe a los mismos .

-
- (3) Nótese que la Ley 5 de 1975 sigue hablando de hijo natural debido a que es anterior a la Ley 29 de 1982 que fue la que cambió la denominación para los hijos habidos fuera del matrimonio .

Gran importancia tiene la Ley 5 de 1975 al considerar que el hijo natural (extramatrimonial) podrá ser adoptado por su padre o por su madre conjuntamente con el otro cónyuge, ya que dá la posibilidad de que el padre o la madre que haya tenido un hijo extramatrimonial, si llegare a casarse con otra persona, pueda el padre o la madre respectiva y su cónyuge, adoptar conjuntamente al menor.

Igual planteamiento fue plasmado en la derogada Ley 140 de 1960. Como es lógico en estos casos los adoptantes deben cumplir con todos los requisitos exigidos para la adopción conjunta de que hablamos en este estudio; aunque es de anotar que con relación a la diferencia de edad entre adoptante y adoptivo, en algunas legislaciones no la tienen en cuenta cuando es la madre o el padre biológico quien no cumple con este requisito. Entre nosotros no regula la Legislación este caso, por lo que debemos entender que aún la madre o el padre biológico deben cumplir con este requisito de la diferencia de edad, cosa que nos parece ilógica y que deberá resolver el juez según su parecer en cada caso concreto.

Nosotros consideramos que llegado el caso que una madre o padre biológico no llegare a tener 15 años más que el hijo que pretende adoptar (cosa que no es rara actualmente debido a que muchas niñas de solo 11 años son capaces de procrear, en los varones es

menos frecuente que la facultad procreativa aparezca antes de los 15 años, pero también puede ocurrir el mismo fenómeno entre los varones), el juez debe pretermitir el cumplimiento de este requisito por parte del padre o madre biológica, sin embargo, no podrá hacer lo mismo si el requisito no es cumplido por el cónyuge del padre o madre biológica, debiendo entonces declarar no procedente la adopción .

También permite la Ley 5 de 1975 que el hijo legítimo de uno de los cónyuges sea adoptado por el otro, esto en razón a que puede una persona que en matrimonio anterior tuvo un hijo quedar viudo o viuda o divorciarse (si de matrimonio civil se trata) y posteriormente rehacer su vida contrayendo un nuevo matrimonio, entonces faculta la Ley para que el cónyuge de quien no son los hijos, los adopte. En este caso la adopción no es conjunta, ya que no se puede adoptar los hijos legítimos por su padre, legítimos en razón de que el parentesco legítimo no puede ser cambiado por el parentesco civil. Como no existe en este caso adopción conjunta, quien debe cumplir los requisitos del adoptante es el cónyuge-adoptante únicamente y el menor será hijo adoptivo de uno de sus padres e hijo legítimo del otro; de tal forma que concurren en una misma persona dos tipos de filiación : la legítima con respecto al padre o madre - biológica y la adoptiva, con relación al adoptante .

0.10 CANDIDATOS A LA ADOPCION

En apartes anteriores de este estudio señalamos que los adoptivos deben ser personas naturales, menores de 18 años (regla general) y deben tener 15 años menos que sus adoptantes; pues bien, las personas que cumplen estos requisitos y que van a ser adoptados pueden ser tanto los menores sin familia conocida, como con familia conocida.

En otras palabras los candidatos a la adopción pueden ser menores abandonados o menores no abandonados, por los primeros debemos entender aquellos que carecen de padres y de guardador, por los segundos, aquellos que tienen padres o que careciendo de ellos se encuentran a cargo de un guardador. Cuando se trata de adopción de estos últimos el consentimiento para la adopción será dado por los padres, a falta de ellos, por el guardador ; cuando se trata de la adopción de los primeros (abandonados) será dado el consentimiento por el Defensor de Menores, en defecto de este, por el Director de la Institución donde se encuentre el menor .

Se entiende que para efectos de la adopción se hallan en estado de abandono los siguientes menores :

1. Los expositos
2. Los menores entregados a un establecimiento de asistencia social y que no hayan sido reclamados por sus padres o guardadores en el término de tres meses y
3. Los menores que hayan sido entregados por su representante legal directamente para que sean dados en adopción, ya sea por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de una institución debidamente autorizada por el mismo instituto ; pero ese estado de abandono que señala la Ley que existe en los casos anteriores, debe ser declarado por el Defensor de Menores, según lo señala el Artículo 283 del Código Civil al decir : " Corresponde al defensor de menores declarar el estado de abandono de un menor, previo el procedimiento señalado en los Artículos 8 y 9 del Decreto 1818 de 1964 ". Los citados Artículos 8 y 9 del mencionado Decreto señalan que cuando un menor de 18 años se encuentre en condiciones de abandono o peligro moral o físico, corresponderá al Defensor de Menores tomar las medidas pertinentes y que para tomar dichas medidas procederá a abrir la investigación correspondiente, cada vez que por denuncia o de oficio tenga conocimiento del estado de abandono de un menor.

La investigación se hará informándose de las condiciones que rodean al menor, del ambiente de moralidad donde vive, de los me

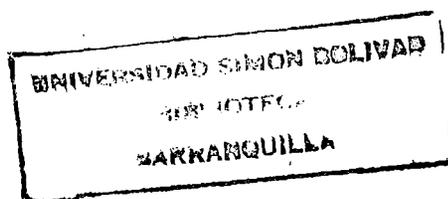
dios de subsistencia y de los antecedentes de todo orden, personales y familiares ; una vez concluida la investigación, se procederá a citar, si fuere posible, a los padres o a las personas de quien dependa el menor y en su presencia se dictará la providencia que lo declare abandonado al menor .

El abandono de un menor, según la Ley 83 de 1946, puede ser de tres clases :

1. Abandono Físico : que es cuando el menor carece de las personas que según la Ley deban suministrarle alimentos, o cuando existiendo éstas, no tengan capacidad para suministrárselo .
2. Abandono Moral : que es cuando los padres del menor, o las personas de quienes él depende, lo incitan a la ejecución de actos perjudiciales para su salud física o moral ; tales como la vagancia, la mendicidad, trato frecuente con gente viciosa o de mal vivir , vivir en casa de vicio o ejercer oficio que lo mantenga permanentemente en la calle o en lugares públicos . Estas situaciones de abandono moral no son taxativas, sino simplemente enumerativas .
3. Estado de peligro Físico o Moral : que se dá cuando las personas con quienes vive el menor padecen de grave enfermedad conta

giosa, o cuando le brindan de manera habitual malos ejemplos .
Por su parte el Código Penal vigente en la actualidad (Decreto 100 de 1980) contempla el abandono de menores y de personas desvalidas en la siguiente forma : " El que abandone a un menor de 12 años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo el deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos a seis años . Si el hecho descrito en el inciso anterior se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará en una tercera parte " .

También se ocupa del abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, y dice :
" La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de seis meses a tres años . " El mismo Código consagra agravantes si en los dos casos descritos anteriormente, como consecuencia del abandono, sobreviene lesión o muerte del menor . (4)



(4) Artículos 346, 347 y 348 del Código Penal . (Dec.100 de 1980)

Como lo señalamos anteriormente, el Defensor de Menores debe aclarar el estado de abandono en que se encuentran los menores , previo el procedimiento señalado en el Decreto 1818 de 1964 (artículo 8 y 9) : le corresponde por ende, declarar el estado de abandono de los menores que señala el Artículo 282 del Código Civil ; es decir, los expositos, los menores entregados a un establecimiento de asistencia social, cuando no hubieren sido reclamados por sus padres o por sus guardadores dentro del término de tres meses, y el menor que haya sido entregado por su representante legal para que sea dado en adopción, ya sea por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de una institución debidamente autorizada por el mismo instituto .

Ante todo digamos que la Ley civil no define lo que debemos entender por menor exposito, por lo que colegimos, que este concepto queda subsumido dentro del contexto del Artículo 346 del Código Penal (abandono), el cual fue transcrito anteriormente. Para algunos autores (5) expositos son los recién nacidos abandonados o expuestos en cualquier lugar y los entregados a un establecimiento de asis

(5) VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo V. Derecho de Familia. Pág. 486 . .

tencia social cuando no hubieren sido reclamados por sus padres o guardaderos dentro del término de tres meses, no consideramos acertada esta segunda parte del concepto, ya que en ella se incluyen los menores que el Artículo 282 del Código Civil señala en su numeral segundo, ya no expositos, sino como otra categoría de menores abandonados .

Para Bernal González (6) son expositos aquellos menores de quienes se desconoce quienes son sus padres y, además, no han sido registrados. Nosotros en un concepto muy personal consideramos que exposito es el menor cuyos padres o representantes lo han dejado abandonado y expuesto en lugar público con el fin de evadir sus obligaciones de padres o representantes respectivamente .

Según el Artículo 4º del Decreto 752 de 1975 para poder declarar el estado de abandono cuando se trate de un menor exposito, deberá ser primero formulada la denuncia penal por abandono en contra de su padre o representante si fuere conocido, o en contra de persona indeterminada si no fuere conocida; y como quiera que todo niño debe tener su registro civil de nacimiento, debe también registrarse a solicitud del defensor de menores que tenga competencia en el lugar, señalando éste los datos que sumariamente haya podido comprobar tales como la edad, oriundez y que no estaba regis-

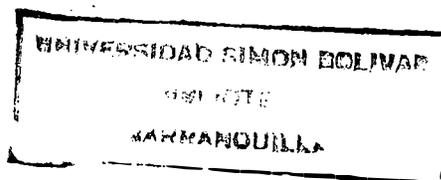
trado y si por ser exposito el menor, se ignore su apellido, el registrador le asignará uno usual en Colombia. Lo anterior debido a que así lo consagra el Decreto 1260 de 1970 en sus Artículos 61 y 62. Después de realizadas las anteriores diligencias, procederá a darle cumplimiento al procedimiento señalado en el Decreto 1818 de 1964 ya comentado .

Si se trata de declarar el estado de abandono de un menor al cuidado de un establecimiento de asistencia social, que no ha sido reclamado por sus padres o guardadores en el término de tres meses, primero que todo deberá probar que transcurrieron los tres meses y para determinar desde que fecha empezaron a correr , se tendrán en cuenta las certificaciones que expidan los establecimientos en donde permaneció el menor o las declaraciones de las personas naturales que lo hubieren recogido (de acuerdo con el Artículo 18 del Código Penal Civil); una vez comprobado el término, se allegará copia del Acta de Registro Civil de Nacimiento y si el no tuviere, se procederá a registrarlo de acuerdo con lo señalado en el Decreto 1260 de 1970 y con posterioridad se le dará aplicación al Decreto 1818 de 1964 para declararlo en estado de abandono .

Cuando la entrega del menor se efectuare al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a una institución autorizada por el mismo

instituto, por el representante legal del menor, para que sea dado en adopción, para la declaración del estado en abandono que señala el Decreto 1818 de 1964 en sus Artículos 8 y 9, será necesario que se allegue previamente copia del registro civil de nacimiento del menor y si no tuviere registro, se procederá como lo señala el Decreto 1260 de 1970, para su consecución, además certificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o institución autorizada, mediante la cual acredita que recibió el menor para darlo en adopción, ese certificado debe reunir ciertas condiciones las cuales pueden resumirse así :

La institución exigirá que quien entregue al menor demuestre que es su representante legal, si es la madre quien lo entrega, será labor de la trabajadora social de la respectiva institución no hacerle ver como una madre perversa, ni tampoco pretender hacerla cambiar de opinión, solo deberá manifestarle que si entrega al menor perderá todos sus derechos con respecto a él y dejarla que ella sola tome su decisión.





Barranquilla, Diciembre 2 de 1988

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
La Ciudad

Estimado Doctor

En cumplimiento de mi designación como Presidente de la Tesis del egresado
Señor DAGOBERTO PUELLO SALCEDO, titulada LA ADOPCION, considero

Hay que tener en cuenta que la persona que entregue al menor debe ser capaz, y para ello se tendrá en cuenta lo establecido en los Artículos 1502, 1503 y 1504 del Código Civil por lo tanto, si la madre fuere menor de edad, solo podrá entregar a su hijo, autorizada por su representante legal o por el defensor de menores; de esa entrega deberá elaborarse un acta que será firmada por la persona que hizo la entrega .

Con relación a estos últimos menores que son entregados por su representante legal para que sean dados en adopción, hay autores que (7) sostienen que en realidad estos fueron mal catalogados como abandonados por el Artículo 282 del Código Civil , ya que precisamente para evitar el estado de abandono, es que los padres autorizan la adopción para que inmediatamente se proceda a tomar una medida de protección .

Cuando la declaratoria del estado de abandono la solicite una institución de adopción autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, deberá ser dirigida al Defensor de Menores a través de su representante legal. Es necesario dejar claro que para que el defensor de menores pueda declarar el estado de abandono de un menor, es necesario que tenga un concepto claro y definido sobre las circunstancias en que el menor fue encontrado; ya que eso le

permitirá establecer con precisión la causal que debe servir de base a la declaratoria .

Pero esta declaratoria de abandono no se requiere respecto de todos los menores que se pretendan adoptar ; así por ejemplo, no se requiere la declaratoria de abandono de los menores directamente por su representante legal ante el juez de menores, tampoco respecto de los huérfanos que no esten comprendidos en el Artículo 282 del Código Civil ; ni de aquellos cuyos padres se encuentren en las condiciones de los Artículos 118 y 119 del Código Civil, ya que basta con el consentimiento de los padres, guardadores o del defensor de menores de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 274 del Código Civil . De todas formas es necesario dejar claro que en todos los casos en que se exija la declaratoria de abandono, ésta debe necesariamente llevarse a cabo con anterioridad al proceso de adopción, ya que la declaratoria de abandono la exige la Ley 5 como anexo a la demanda de adopción, en su Artículo 4° numeral 3 . Planteamiento interesante y que no podríamos dejar de tratar en este aparte es el que hace el profesor Valencia Zea en su obra, y el cual preferimos transcribir para no mutilar su contenido, y que dice :

(7) AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia. Editorial Tenis . Pág. 184 .

" Fuera de estos menores abandonados, - se refiere a los consagrados en el artículo 282 del Código Civil - se encuentran los calificados así por el Decreto 1818 de 1964 en sus Artículos 8 y 9 , en relación con los cuales se exige que su estado de abandono sea declarado por el defensor de menores (Código Civil Artículo 283, red. de la Ley 5 de 1975). El citado Decreto se refiere a los menores de 18 años que, aún cuando actualmente se hallen al cuidado de sus padres o de otras personas no obstante se encuentran en grave peligro moral o físico, vale decir : menores cuyos padres o representantes no cumplen con ellos sus respectivas obligaciones de crianza, educación y cuidado " .

A nuestro parecer el ilustre tratadista trató de decir que solo con relación a aquellos menores que estaban en estado de grave peligro físico o moral a que se refería el Decreto 1818 de 1964 al remitirnos a la Ley 83 de 1946, debía el defensor de menores declarar su estado de abandono, punto que no nos parece muy acertado, ya que el estado de abandono debe declararse incluso, en los casos contemplados en el artículo 282 del Código Civil según se colige de la relación del Decreto 752 de 1975 en su artículo 4º De todas formas, si hemos mal interpretado lo que quiso decir el Profesor Valencia Zea en su libro, es nuestro interés, que se revise la redacción que al respecto presenta el tratadista, ya que al presentarse este tipo de ambigüedad

des interpretativas, solo se consigue confundir al incauto lector .

0.11 CLASES DE ADOPCION

0.11.1 Generalidades

Con anterioridad a la Ley 5 de 1975 solo se conocía en Colombia la adopción simple, lo que quiere decir, que fue la Ley 5 la que implantó la figura de la adopción plena; fueron varias las situaciones que dieron lugar a que el legislador pensara en establecer la adopción plena, entre ellas la más importante sin duda alguna , fue que en muchas ocasiones, después de haberse realizado la adopción, aparecían los padres biológicos del menor y como éstos conservaban sus derechos de padres, solían entonces exigirles a sus hijos, a los cuales ellos habían abandonado tiempo atrás e incluso fueron muchos los casos en que los padres biológicos exigían sumas de dinero al adoptante o adoptantes, con el fin de no revelar al adoptado quiénes eran sus verdaderos padres .

Fueron estas situaciones entre otras, las que motivaron que los fines principales de la adopción no se cumplieran, debido a que muchas personas que deseaban adoptar no lo hicieran, temiendo a que en el futuro aparecieran los padres de sangre del menor adop

tado y les exigieran sumas de dinero o reclamaran del adoptivo los alimentos que según ellos les correspondían de acuerdo con el Artículo 251 del Código Civil entre otras normas. Lo que los padres de sangre olvidaban es que sólo sus hijos estaban obligados a socorrerlos en todas las circunstancias de la vida en la medida en que ellos hayan correspondido con su hijo en el cumplimiento de sus obligaciones de padres. En consecuencia, no se compadecía con la justicia, que el adoptado debiera alimentar a quienes le negaron a él el derecho a alimentarse. Pues bien, partiendo de la existencia de las dos clases de adopción: la simple y la plena, pasemos a analizar cada una de ellas en particular.

0.11.2 Adopción Simple

El artículo 277 del Código Civil (red. ley 5a. de 1.975) dice que por la adopción simple el adoptivo continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones; casi en iguales términos consagró la derogada ley 140 de 1960 lo que ellos simplemente denominaron " adopción " , al decir en su también derogado artículo 286 : " El adoptivo continuará formando parte de su familia de origen, conservando de ella sus derechos y obligaciones " : lo que pone de manifiesto que la adopción que consagró la ley 140 de 1.960 fué la que hoy conocemos como adopción simple.

De la redacción del vigente artículo 277 del Código Civil colegimos que en la adopción simple el adoptado tiene dos padres, los padres de sangre y los padres adoptivos y como dice la misma norma, conserva con ambos padres sus derechos y obligaciones; por lo tanto, ambos padres podrán reclamar alimentos del adoptado, ambos padres ejercerán la patria potestad, y en fin, ejercerán todos los derechos inherentes a su condición de padres.

En la adopción simple el parentesco surge entre el adoptante, el adoptivo y sus hijos; lo que quiere decir, que en este tipo de adopción el padre del adoptante no es abuelo del adoptivo ni los hermanos del adoptante serán tíos del adoptado, y por lo tanto, el adoptivo no podrá exigir de ellos sus derechos de nieto o sobrino por no ser tenedor de tales condiciones. Con relación al apellido, el adoptivo (sea simple o pleno), por regla general, llevará el apellido del adoptante salvo que en la adopción simple, y sólo en ella, los padres de sangre hayan convenido que el adoptivo conserve su apellido original; a ese apellido podrá añadirse como segundo apellido, el de su adoptante; de todas formas nada impide que el adoptivo simple lleve los apellidos del adoptante; ya que el inciso segundo del artículo 276 del Código Civil lo consagra como una posibilidad y no como una obligación.

Es característica de este tipo de adopción el hecho de que el adoptado no sale totalmente de su familia de sangre y tampoco entra del todo a la familia de los adoptantes. Con relación a la sentencia podemos decir que ella en la adopción simple no constituye el acta de registro de nacimiento y tampoco reemplaza al anterior registro; sino que a el registro se le anexará la sentencia judicial que señala quienes son los adoptantes; este tipo de adopción por su misma naturaleza no es pregonable respecto de los menores abandonados, los cuales sólo podrán ser adoptados en forma plena y nunca en forma simple. Respecto a los adoptivos en forma simple ocurre una situación curiosa, ya que en una misma persona coexisten dos filiaciones : se es hijo de sangre por un lado, y adoptivo por el otro.

Quien determina la calidad del adoptivo; si va a ser adoptivo simple o pleno es el demandante en su demanda de adopción, en la cual expresará si adoptará al menor en forma simple o plena, si no manifiesta la clase de adopción que pretende llevar a cabo, el juez devolverá la demanda al demandante para que sea corregida.

Duda interesante es la que se plantea de la siguiente forma : Qué pasa si un hijo extramatrimonial no reconocido por su padre es adoptado en forma simple y posteriormente su padre lo reconoce

como su hijo extramatrimonial y reclama el ejercicio de la patria potestad. Respetando el criterio de Valencia Zea, nos mostramos en desacuerdo con la solución planteada por él al decir, que en ese caso se hacen caducar los efectos de la adopción. (8)

Nuestro criterio con relación al caso planteado es el siguiente : como quiera que todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres, y al lado de ese derecho surge la correspondiente obligación del Estado de investigar la paternidad cada vez que tenga conocimiento de la inscripción de un menor de padre desconocido, y por ende, en el caso planteado debe primero llevarse a cabo la investigación de la paternidad correspondiente. Salvo que la madre en su calidad de representante legal de su hijo extramatrimonial, lo entregue para ser dado en adopción caso en los cuales es el posterior reconocimiento por parte de su padre extramatrimonial no afectará la adopción simple llevada a cabo y mucho menos, la hará caducar, ya que este fenómeno no lo consagra la legislación vigente en materia de adopciones.

(8) VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. pág. 496.

0.11.3 Adopción Plena

Como lo señalamos anteriormente esta fué una de las innovaciones de la ley 5 de a.975, ya que fué dicha ley la que introdujo en la legislación Colombiana la figura jurídica de la adopción plena que no existía en la vigencia de la ley 140 de 1.960. " Por la adopción plena - dice el Código Civil - el adoptivo cesa de pertenecer a su familia de sangre". Lo que nos dá a entender que esta clase de adopción el adoptivo se desvincula de su familia de sangre, y por lo tanto, se extinguen tanto los derechos como sus obligaciones con respecto a ellos. Pero esa desvinculación del adoptivo con respecto a su familia de sangre no es absoluta, ya que el mismo Código Civil en su artículo 278 dice que aunque se desprenda de su familia de sangre, queda bajo reserva del impedimento matrimonial del numeral noveno del artículo 140; es decir, que el adoptivo en forma plena no podrá contraer matrimonio, so pena de incurrir en nulidad en caso de contraerlo, con sus ascendientes o descendientes de sangre o con sus hermanos sanguíneos ; todo esto nos lleva a concluir que aunque la adopción plena pretenda el total desprendimiento del adoptivo de su familia de sangre, la ley sigue respetando el vínculo sanguíneo, ya que reconoce que el vínculo natural no desaparece del todo con una sentencia de un juez.

Por medio de la adopción plena se ha pretendido crear entre el adoptante y su adoptivo una relación de familia muy semejante a la relación resultante de la filiación legítima; tan es así, que en esta clase de adopción, el adoptivo entra a formar parte de la familia de sangre del adoptante; y así lo consagra el artículo 279 del Código Civil al decir :

" La adopción plena establece relaciones de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de éste". Esto nos lleva a deducir que en la adopción plena el adoptivo pasa a ser nieto del padre de su adoptante, sobrino de los hermanos de su adoptante y hermano de los hijos de su adoptante y así sucesivamente. Esta última acotación nos sirve como fundamento para decir que a nuestro parecer, el inciso segundo del artículo 50 del Código Civil fué derogado con la aparición de la ley 5a. de 1.975 y en especial por la estructuración de la adopción plena.

El mencionado artículo 50 del Código Civil contempla lo que es el parentesco civil y dice que es el que resulta de la adopción y que por la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, en las relaciones de padre, de madre, de hijo; y el segundo inciso que es el que nos interesa dice que :

" Este parentesco no pasa de las respectivas personas ", cosa que es falsa con relación a la adopción plena, ya que como lo señalamos anteriormente ese parentesco se extiende no sólo a los intervinientes en la adopción, sino también a sus parientes de sangre.

Con relación al nombre del adoptivo en la adopción plena, éste llevará el del adoptante y si se tratare de adopción conjunta por marido y mujer, llevará los apellidos que llevarían los hijos de ellos si los tuvieran. Como quiera que en este tipo de adopción el adoptado es desvinculado de su familia de sangre, carecen los padres y demás parientes de sangre del adoptivo, de todo derecho sobre su persona y sus bienes; así, no podrán ejercer la patria potestad sobre su hijo biológico, ni usufructuar los bienes que él tenga, tampoco podrán ejercer los padres la acción de impugnación de la maternidad de que tratan los artículos 335 a 338 del Código Civil; de tal forma que la madre o padre biológico del adoptado pleno no podrán impugnar la paternidad de los padres adoptantes con el fin de recobrar sus derechos de padres, a los padres biológicos del adoptado pleno si podrá oponérsele fallo que se haya pronunciado y que los prive de sus derechos de padres (Art. 406 del Código Civil), no podrán los padres biológicos en esta clase de adopción instaurar acción para establecer la

filiación de sangre del adoptivo y si por algún motivo llegare a pronunciarse fallo al respecto, carecerá de valor alguno. Como lo expresamos en la adopción simple, en la plena también la calidad del adoptivo la determinará el adoptante, expresando si quiere adoptar en forma plena; en la sentencia que declare la adopción plena se omitirá el nombre de los padres de sangre del adoptado si fueren conocidos y en ellas se consignarán todos los datos necesarios con el fin de que su inscripción en el registro civil constituya el acta de nacimiento y reemplace la de origen, la cual quedará sin valor; a su margen se colocará la expresión " Adopción Plena ". Como con anterioridad a la Ley 5a. no existía esta clase de adopción, sino sólo la que hoy conocemos como Adopción Simple, el legislador facultó a todos los interesados para convertir la Adopción Simple en Plena, si así lo solicitaban el juez correspondientes.

Por último digamos que el adoptivo pleno queda asimilado en un todo al hijo legítimo de sangre.

Algunos autores suelen preguntarse cuál es el parentesco que surge entre dos niños que han sido adoptados por la misma persona o pareja; pues bien, nuestro criterio es que esos adoptivos son entre sí hermanos adoptivos y están en primer grado civil con

respecto a sus padres. Otros se preguntan si cuando se establecen prohibiciones, o se compromete la validez de determinados actos, o se sancionan más graves (materia penal) por existir un parentesco en cierto grado de afinidad o consanguinidad; cobijarán esas circunstancias al adoptivo? . Pensamos que si de adopción plena se trata no lo cobija con respecto a sus padres de sangre, por perder con respecto a ellos todo vínculo; pero tratándose de la adopción simple dichas circunstancias operan con respecto a ellos. Aunque es menester aclarar que en materia penal si el Adoptivo Pleno mata a un pariente suyo de sangre, no obstante el hecho de haberse desvinculado de su familia de origen, incurrirá en Homicidio agravado, ya que el vínculo de sangre no desaparece del todo.

0.12 CRITICAS A LA DUALIDAD DE ADOPCIONES

Los fines perseguidos en principio por la adopción simple, es decir, permitir el mejor estar del menor sin tener que perder a sus padres biológicos, como el caso del sobrino que era adoptado en forma simple por su tío, quien poseía los medios para brindarle un mejor bienestar, y cuyo adoptante no quería desprenderlo del cariño de sus padres biológicos. Pues bien, esos fines nobles que en principio rodearon este tipo de adopción,

desaparecieron totalmente para darle a este tipo de adopción un matiz fraudulento que sólo perseguía la consecución de provechos individuales y egoístas; de tal forma que se apartaba de los fines generales de la adopción, tanto la Simple como la Plena. Una de las formas más usuales de poner en práctica la adopción simple con fines fraudulentos totalmente divorciados de los fines humanos de la misma, fue el hecho de que muchas personas que gozaban de pensiones, ya de jubilación, de vejez u otra semejante, y que no tenían personas que siguieran disfrutando de esa pensión al momento de su muerte, adoptaran en forma simple con el fin de que hijo adoptivo fuera el beneficiario de dicha pensión; de tal forma que era un buen negocio para los padres biológicos, que al morir el adoptante iba a dejar a su hijo biológico una suma de dinero. En muchas ocasiones bastante altas, con el fin de solucionarle a ellos sus problemas económicos. Los perjudicados, obviamente, eran las empresas privadas y los organismos del Estado a cargo de los cuales estaba el pago de la obligación dineraria.

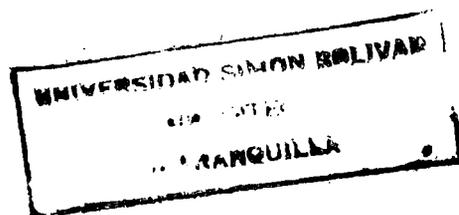
Todo lo anterior ha llevado a que varios tratadistas vean con mucho escepticismo la Adopción Simple y consideren necesaria su eliminación del Código Civil, ya que no compagina con los fines que en principio se pretendieron con la adopción. Nosotros también somos partidarios de la exclusión de la Adopción Simple de

la actual legislación sobre adopciones y no sólo por lo ya expresado, sino también porque el hecho de tener el adoptivo dos padres los biológicos y los adoptivos, lo coloca en una situación de desventaja que no se concibe con la lógica jurídica; así, el adoptivo en forma simple conserva sus obligaciones con sus padres biológicos y obviamente, con sus padres adoptivos; por lo cual ambos podrán, por ejemplo, exigirle alimentos lo cual consideramos injusto e inconveniente, y porque además, la bipartición del ejercicio de la patria potestad entre los dos tipos de padres, suelen traer muchas divergencias entre ellos y por ende, dificultar su ejercicio.

A lo anterior podemos agregar que la tendencia de las legislaciones modernas es la de equipar totalmente el adoptado al hijo legítimo; es decir, crear por medio de la adopción un vínculo, no similar sino igual al que resulta de la filiación legítima, incluso haciendo las inscripciones en el Registro Civil de tal forma que se borre todo rastro que lo identifique como adoptado y por el contrario, aparezca como un verdadero hijo legítimo. Esta tendencia es la calificada por la doctrina Universal como la " Legitimación Adoptiva " y que tiene por fin evitar, entre otras cosas, que los adoptantes recurran a medios fraudulentos como es, el de registrar a un menor que no es hijo de ellos, como hijo legítimo, con el fin de evitar que el menor algún día vea el acta original de su Registro Civil

y note su verdadero vínculo; nosotros nos atrevemos a asegurar que con el tiempo incluso los hijos extramatrimoniales, adoptivos y legítimos serán registrados solamente como hijos de fulano con fulana, sin distinción de su filiación y los Códigos sólo hablarán de hijos, excluyendo del léxico jurídico los términos: legítimo, extramatrimonial y adoptivo.

Entre nosotros la llamada adopción plena tiene ciertas características que la hacen semejar a la llamada legitimación adoptiva que existe en otros países y en la doctrina nacional y extranjera; pero su diferencia principal consiste en que en la adopción plena a pesar de que en la sentencia se consignan los datos necesarios para que se reemplace el acta original de nacimiento, al margen de la nueva acta se colocará la expresión "Adopción Plena"; y esta expresión obviamente, señala rastros que identifican al menor como adoptado y eso es lo que precisamente trata de evitar la legitimación adoptiva, ya que busca borrar todo resto o indicio que señale al menor como adoptado



0.13 EFECTOS DE LA ADOPCION

0.13.1 Generalidades



Antes de entrar a hablar de cada uno de los efectos de la adopción, debemos precisar que según el artículo 275 del Código Civil la adopción requiere sentencia judicial y los efectos de ella (la adopción) se producirán desde la admisión de la demanda, si la sentencia fue re favorable; además, el artículo 276 señala que " Por la adopción sin importar que sea simple o plena, adquieren adoptante y adoptivo, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo ".

De lo anterior podemos concluir que el efecto general de la adopción es crear entre adoptante o adoptantes y adoptivo los derechos y obligaciones que surgen entre padre o madre e hijo legítimo. Con relación a lo prescrito por el artículo 275 del Código Civil, cabe destacar que con anterioridad a la vigencia de la ley 5a. de 1.975, la adopción se lleva a cabo por Escritura Pública y por ende, debía ser otorgada ésta para que la adopción produjera sus efectos; de tal forma que si el adoptante fallecía antes de otorgarse la mencionada escritura, la adopción caducaba. Hoy día la adopción no requiere de Escritura Pública, ya que perdió la adopción ese carácter contractual que la identificaba con la vigencia del Código Civil y la

ley 140 de 1960; sino que requiere sentencia judicial, y como la ley 5a. dice que la adopción produce sus efectos desde la admisión de la demanda cuando la sentencia fuere favorable, se eliminó también el hecho que la muerte del adoptante hiciera caducar la adopción, es decir, actualmente si el adoptante muere antes de producirse la sentencia de adopción, por ese hecho no caduca la adopción, ya que el trámite de la adopción deberá continuar y comunicarse a los herederos del adoptante fallecido la existencia del proceso de adopción, dando aplicación, si fuere necesario a los artículos 81 y 318 del Código de Procedimiento Civil. (9)

Hemos dejado claro que la adopción sea simple o plena, crea entre el adoptante y el hijo adoptivo los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo; por ende, le son aplicables al adoptante y adoptivo las disposiciones del Libro I y título XII del Código Civil que hablan sobre los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos; en consecuencia, los hijos adoptivos deben obediencia y respeto a sus adoptantes, el adoptivo aún ya emancipado queda obligado a cuidar de sus adoptantes en su ancianidad,

(9) Dichos artículos hacen relación a que los herederos del adoptante deben ser notificados personalmente de la existencia del proceso de adopción. Y si no se pudiere notificar los personalmente se hará por edicto emplazatorio con el fin de que se apersonen del proceso.

y en cualquier circunstancia que necesitare auxilio de él; los adoptantes se obligan con el adoptivo a darle cuidado personal, crianza y educación, los gastos que ocasionen estos últimos pertenecen a la sociedad conyugal y estando separados los esposos - si fuere adopción conjunta - corresponderá a ambos los gastos, en proporción a su capacidad económica; corresponde al adoptante el derecho de corrección de su adoptivo. Obviamente todos estos derechos y obligaciones se perderán por las mismas causas que lo pierden los padres e hijos legítimos.

Aunque la ley 5a. de 1.975 es muy clara al decir en el artículo 276 del Código Civil que : " Por la adopción adquieren adoptante y adoptivo, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo ", nosotros consideramos que el artículo transcrito no hace distinción entre adopción simple o plena, si debemos tener en cuenta la clase de adopción, cuando de la obligación consagrada en el artículo 260 del Código Civil se trata; ya que según dicho artículo la obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos legítimos por una y otra línea conjuntamente, y si nos atenemos al vínculo que surge en cada una de las adopciones, esta obligación no podrá transmitirse al abuelo en la adopción simple, porque en esta adopción el vínculo del parentesco no surge entre el adoptivo y el padre del adoptante;

o sea, que en la adopción simple el adoptivo no tiene abuelo por parte de su adoptante, y con justa razón la obligación alimentaria que en principio le corresponde al adoptante no podrá transmitirse al padre del adoptante, por no tener este último ningún vínculo con el adoptivo en razón del cual deba otorgarle alimentos.

Nosotros no pretendemos hacer alarde de conocimientos, pero en esta ocasión es necesario reconocer la incongruencia entre los artículos 276 y 260 del Código Civil y sería conveniente dejar en claro esta situación.

También gozan los padres adoptantes del ejercicio de la patria potestad consagrado en el Libro I Título XIV del Código Civil; y por ende, si se trata de adopción conjunta ambos cónyuges ejercerán la patria potestad conjuntamente, con las limitaciones consagradas en la misma ley; gozarán los adoptantes del usufructo legal hasta la emancipación de los hijos adoptivos; para algunos autores éste no es un verdadero usufructo, ya que no es una limitante o desembarcación del derecho de dominio, sino un simple derecho de goce que impropriamente se le califica de usufructo, este respetable criterio no es compartido por el Código Civil, que en sus artículos 292 y 293 lo califican como usufructo; y en último de los mencionados da a entender que los padres adoptantes no serán obligados a

prestar caución en razón de su usufructo legal. También como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, gozarán los adoptantes de la administración de los bienes del adoptivo y sólo carecerá de esa facultad cuando los bienes le hayan sido donados o legados al adoptivo bajo esa condición. Difiere la administración que ejerce el padre de los bienes de su hijo, con lo que hace el adoptante con los bienes del adoptivo, en que en este último caso el adoptante responderá en su gestión hasta de la culpa leve, y es sometido a las formalidades de caución e inventario solemne de los bienes que le pertenecen a su adoptivo; son también aplicables entre adoptante y adoptivo, las demás consecuencias del ejercicio de la patria potestad consagrada en los artículos 288 a 311 del Código Civil, con la observación que si se trata de adopción simple la patria potestad será ejercida conjuntamente por el o los adoptantes y los padres biológicos del adoptivo, y como quiera que según el artículo 88 del Código Civil, el que vive bajo la patria potestad sigue el domicilio paterno y en este caso, los padres (adoptivos y biológicos), lo más lógico es que tengan diferentes domicilios, será entonces el juez quien para poder cumplir con el fin de la adopción de brindar le un hogar al menor, designe el domicilio que más convenga al adoptable; que a nuestro modo de ver debe ser el del adoptante.

Otros de los efectos de la adopción se pueden clasificar así :

0.13.1.1 Con relación al nombre

Por regla general señala la ley, que el adoptivo llevará el apellido del adoptante, a menos que se trate de la adopción simple y que se haya convenido expresamente que el adoptivo lleve su apellido de origen, al cual se le podrá agregar el del adoptante. Este criterio se vino a adoptar con la vigencia de la ley 5a. de 1.975, lo que quiere decir que con anterioridad a esa ley, existía un verdadero problema con relación al nombre del adoptivo, ya que en ocasiones se mantenía el apellido de sangre y en otras se suprimía para colocarle el del adoptante.

Afortunadamente en la actualidad no existe problema, ya que si se trata de adopción plena, los apellidos del adoptivo serán los del adoptante y si de adopción simple se trata, el adoptivo llevará el apellido del adoptante a menos que haya convenido este último, con los padres de sangre que el adoptivo lleve su apellido original, al que si el adoptante quiere, podrá agregarle el suyo; esto último es simplemente facultativo.

0.13.1.2 Con relación al derecho de alimentos

Según el artículo 411 en sus numerales 7 y 8 se deben alimentos

a los hijos adoptivos y a los padres adoptantes; lo que quiere decir que por el hecho de la adopción surge entre adoptante y adoptivo el derecho de prestarse alimentos, pues lo que para uno es un derecho, para el otro es una obligación. Cuando el artículo 411 en su numeral 8 dice que se deben alimentos "a los padres adoptantes", no está condicionando la obligación alimentaria a que la adopción se haya llevado a cabo conjuntamente por marido y mujer, ya que bien puede una sola persona haber adoptado a un menor y por ese hecho se obliga a que en el momento determinado deba darle los alimentos debidos, o por el contrario, el derecho a exigir de ese adoptivo los alimentos que por la ley le debe.

Según el artículo 414 del Código Civil los alimentos que se deben recíprocamente adoptivo y adoptante son los alimentos necesarios; cosa que nos parece ilógica, por ende, consideramos que el juez, dado el caso, deberá conceder los alimentos congruos y no los necesarios, ya al adoptante o al adoptivo; a más de ser lo más acorde con la misma finalidad de la ley.

0.13.1.3 Con relación al matrimonio

Por el hecho de la adopción se crea un parentesco llamado parentesco civil, el cual varía de acuerdo con el tipo de adopción que se

lleve a cabo, así, si de adopción se trata, el adoptivo entra a formar parte de la familia del adoptante y los parientes de éste, serán también parientes del adoptivo; así, los hijos biológicos del adoptante pleno serán hermanos del adoptivo pleno y su parentesco con su familia de origen se rompe; pero la ley no obstante que el adoptivo se desvincula de su familia de origen, no permite que el adoptivo contraiga matrimonio con un hermano de sangre, ni con quien fué su madre o madre de sangre. En la adopción simple por su parte, el parentesco se forma de la siguiente manera: el adoptivo sólo establece parentesco con su adoptante, y éste con su adoptivo y los hijos de este último; lo que significa que el adoptivo no es hermano de los demás hijos biológicos que tenga el adoptante y carece de abuelo por parte de su adoptante.

El artículo 140 del Código Civil señala una prohibición en materia de matrimonio por parte del adoptivo, como consecuencia del parentesco que surge de la adopción y dice que se origina una causal de nulidad en el matrimonio celebrado entre el adoptante y el adoptado.

El mencionado artículo dice textualmente en su numeral 11 "El matrimonio es nulo y sin efectos en los siguientes casos... 11; cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva; o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fué esposa del adoptante". Como quiera que el numeral transcrito no hace dife

rencia entre adopción simple o plena, es lógico comprender que el impedimento matrimonial cobija tanto al adoptado en forma simple, como el que lo fué en forma plena; podemos agregar también que dicho numeral es incompleto en su redacción, dando lugar a una situación anómala, ya que la norma no contempla como causal de nulidad del matrimonio, el hecho que haya sido contraído entre la hija adoptiva y quien fué esposo de la adoptante. Aunque en la práctica no sean muchos los casos de esta naturaleza que se presenten, sería bueno que en el futuro se corrigiera esta deficiente redacción del numeral 11 del artículo 140 del Código Civil.

0.13.1.4 Con relación a los derechos hereditarios

Tanto el hijo extramatrimonial (antes natural), como el adoptivo, fueron mirados con mucho recelo por el legislador durante mucho tiempo; pero fué a partir de la vigencia de la ley 29 de 1982, cuando su situación hereditaria vino a equipararse a la del hijo legítimo.

En principio debemos dejar claro que tanto el adoptado en forma simple, como el que lo fué en forma plena son los legitimarios del adoptante y este último a su vez legitimario del adoptivo; lo que quiere decir, que tanto el adoptante como el adoptado recibirán a la muerte del uno o del otro una cuota parte de los bienes del que

hubiere muerto, llamada legítima; o en otras palabras, legitimarios son tanto los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, personalmente o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial, como los descendientes, los padres adoptantes y los padres de sangre del hijo adoptivo simple, como lo señala la ley 29 de 1.982. En la mencionada ley no se hace distinción sobre los padres adoptantes; si son en la adopción simple o en la plena; por ende, debemos entender que se refiere tanto a los padres adoptantes en la adopción simple, como en la plena; además, la misma ley 29 de 1.982 al señalar quienes son legitimarios dice que ellos podrán recoger la herencia personalmente o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial y no incluye la descendencia adoptiva; consideramos que por el hecho de no mencionarla no es que la excluya del todo, ya que los adoptivos tienen los mismos derechos que los legítimos, y por ende, pueden representar a su padre adoptivo; salvo en la adopción simple (cuando el causante es el padre del adoptante), ya que en este caso el parentesco surge entre el adoptante, el adoptivo y sus hijos; lo que quiere decir, que el adoptivo simple carece de parentesco con relación al padre de su adoptante, y por ende, no podría pensar en representar a su adoptante en una sucesión en que no tiene vocación hereditaria. Excepcionalmente el hijo adoptivo simple puede representar a su padre adoptante en la sucesión del padre de éste último, cuando se

dá la concurrencia de adopciones simples; es decir, una persona que ha sido adoptada en forma simple, adopta también en forma simple a otro; en este caso, este último podrá representar a su adoptante simple en la sucesión de quien fué a su vez, adoptante simple de su padre adoptante. Esto con fundamento en la primera adopción simple (la de su padre adoptivo simple), ya que ella hace surgir el parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de este último, sin importar que esos hijos sean a su vez, adoptivos simples. Para una mejor ilustración nos hemos planteado el siguiente ejemplo hipotético :

(A) adopta en forma simple a (B); (B) a su vez, adopta en forma simple a (C), posteriormente muere (A) y se dá en (B) cualquiera de los casos de representación (premuerte, repudio, indignidad y desheredamiento). Si miramos la adopción que hace (B) de (C), el parentesco surge entre adoptante (en este caso B), adoptivo (que sería C) y los hijos de éste (que en este caso concreto no existen). Por lo tanto (C) no tiene parentesco con (A) y no podrá representar a (B) en la sucesión de (A). Pero si miramos la adopción que hace (A) de (B), en este caso el parentesco surge entre adoptante (que es A), adoptivo (que es B) y los hijos de éste (que es C); por ende, (C) es pariente de (A) y puede representar a (B) en la sucesión de aquel.

En este caso consideramos que el adoptivo, en forma simple puede representar con base en la primera adopción, ya que la segunda adopción no extingue los efectos de la primera.

Con relación a la adopción plena no existen limitaciones a la representación, ya que como lo señalamos anteriormente, el adoptivo entra a formar parte de la familia del adoptante como cualquier hijo legítimo e incluso es desvinculado de su familia de origen de tal forma que no guarda ningún parentesco con ellos (sólo algunas prohibiciones), y por lo tanto no podrá heredar, ni ser heredado por ellos, aún cuando no exista ningún pariente adoptivo con vocación hereditaria en su sucesión; en este caso recibirá los bienes del adoptivo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en su condición de beneficiario dentro del quinto orden sucesoral. Pero con relación a la adopción simple existen ciertas limitaciones a la representación así: si quien muere es el padre adoptante simple, a sus hijos adoptivos simples sólo los podrán representar sus hijos y no ningún otro descendiente, ya que el parentesco de la adopción simple se limita a ellos; también con fundamento en el mismo parentesco, el hijo adoptivo simple no podrá representar a su padre en la sucesión del hermano de éste, ya que no tiene parentesco con el hermano de su adoptante simple. Ahora bien, si quien fallece es el hijo adoptivo simple, esto carece de importancia para efectos

de la representación, a menos que este último haya adoptado también en forma simple; además, en este caso (muerte del adoptivo simple), sus órdenes sucesorales se reducen en cuanto a sus parientes adoptivos al primer y segundo orden; pero en este último sólo cubija a los padres adoptantes simples, ya que carece de parentesco con los demás ascendientes por parte de sus adoptantes; a más de que no existen hermanos adoptantes ni tampoco sobrinos de la misma naturaleza; en consecuencia, no existen con relación a sus adoptantes en forma simple el tercero y cuarto orden sucesoral.

La existencia de descendencia por parte del adoptivo simple-causante hace que se excluya a los demás órdenes sucesorales; pero si el adoptivo simple carece de descendencia se pasa al segundo orden sucesoral que es compartido por los padres adoptantes y los ascendientes consanguíneos; esto en razón de que el adoptivo simple no ha salido totalmente de su familia de sangre y conserva vínculos con ellos y con los adoptantes simples; en este caso ambos padres (adoptantes y consanguíneos) recibirán igual cuota.

La ley 29 de 1.982 en el artículo 50, que reemplaza al 1046 del Código Civil dice que en la sucesión del adoptivo simple, los adop

tantes y los padres de sangre, recibirán igual cuota; nosotros consideramos que la expresión "padres de sangre" simplemente se limita al caso concreto de concurrencia de padres; pero si no existen los padres adoptantes simples ni padres de sangre, cualquier otro ascendiente consanguíneo recibirá la porción herencial, más no podrá recibirla ningún ascendiente en la línea de los padres adoptantes, por no existir parentesco entre ellos y el adoptivo simple de cuya sucesión se trata. De todas formas cualquier tipo de padres que existan (consanguíneos o adoptantes), excluirán a cualquier otro ascendiente consanguíneo, y si llegaren a existir sólo padres consanguíneos o sólo adoptantes, éstos recibirán la totalidad de la herencia y se repartirá entre los dos por cabezas; pero si llegaren a existir ambos padres adoptantes simples y uno solo de los padres de sangre, la herencia se dividirá en dos mitades, una para los padres adoptantes y la otra mitad para el padre consanguíneo.

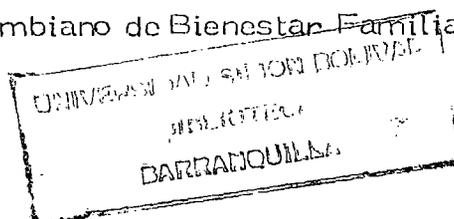
Con relación a la cuarta de mejoras, tanto los adoptivos plenos como los simples pueden ser mejorados; sólo que estos últimos sólo lo serán en la medida en que efectivamente tengan un parentesco con la persona de cuya sucesión se trata; por consiguiente sólo pueden ser favorecidos por su adoptante fallecido, el hijo adoptivo y los hijos de él.

En síntesis, podemos decir que tanto en la adopción simple como en la plena, el adoptivo es legitimario del adoptante; y éste a su vez en ambas adopciones también es legitimario del adoptivo; tanto el adoptivo simple como el pleno pueden ser mejorados, con las limitaciones a que hemos hecho mención anteriormente; tanto el adoptivo simple como el pleno heredan la misma cuota que le hubiere correspondido al hijo de sangre, ambas clases de hijos adoptivos excluyen a los demás herederos de las otras órdenes sucesorales.

En la adopción simple subsisten dos parentescos con relación al adoptivo - el consanguíneo y el civil - en este último se reducen los órdenes sucesorales a los dos primeros, y específicamente en el segundo orden, a los padres adoptantes. Paralelamente existe en el adoptivo simple su vínculo consanguíneo, con la vigencia de todos los órdenes sucesorales que de ese vínculo se derivan.

0.14 TRAMITES ADMINISTRATIVOS DE LA ADOPCION

En esta parte de nuestro trabajo vamos a referirnos a todas aquellas actuaciones que deben realizarse ante la entidad administrativa encargada de llevar a cabo los programas de adopción; es decir, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Debemos dejar claro



que tanto la ley 5a. de 1.975, como su decreto reglamentario 752 del mismo año, no consagran la totalidad de los trámites administrativos que se deben llevar a cabo ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para efectos de la adopción; es así como el decreto 752 sólo habla de uno de esos trámites, el cual es de los permisos para poder trasladar al menor al exterior. Los demás trámites administrativos son regulados por las resoluciones que expide la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de evitar que se presenten vacíos en la legislación vigente en materia de adopciones.

Una de las varias resoluciones del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar relacionada con la adopción es la número 000773 de 1.981, que establece que " los hospitales, clínicas, centros de salud y demás establecimientos de asistencia pública o social, que tengan conocimiento de un menor abandonado en sus dependencias, están en la obligación de comunicarlo de inmediato al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ". (Ver anexo 1). Todo esto con el fin de que el defensor de menores abra la correspondiente investigación y previos los trámites del decreto 1818 de 1.964 y 752 de 1.975, declare el estado de abandono en que se encuentra el menor; y una vez declarado el estado de abandono, se procederá a hacer un acta mediante la cual se entrea el menor al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para su custodia y cuidado (Ver anexo 2).

En ocasiones el menor no es declarado en estado de abandono por el defensor de menores, sino que el menor es entregado directamente por sus padres al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a una institución debidamente autorizada por él o a un centro hospitalario con el fin de que sea dado en adopción, en estos casos también debe elaborarse un acta mediante la cual se oficialice la entrega del menor (ver anexo #3) sobre acta de entrega del menor por su progenitor en centros hospitalarios. Una vez realizadas cualquiera de estas diligencias previas, en su caso, entonces si queda el menor en posibilidad jurídica de ser adoptado y obviamente deben existir los candidatos adoptantes, para que se pueda llevar a cabo la adopción .

Ahora la pregunta es : qué deben hacer las personas que desean adoptar a un menor .

Pues bien, si se trata de posibles adoptantes residentes en Colombia , ellos deben dirigirse a las oficinas regionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y manifestar su intención de adoptar a un menor, entonces se procederá por parte del defensor de menores a la Trabajadora Social a hacer un estudio preliminar sobre los posibles adoptantes, en dicho estudio se analizarán sus motivos para adoptar, ocupación, ingresos, sexo y características

del futuro adoptivo y todos aquellos datos que sirvan para establecer si reúnen los requisitos básicos para ser adoptantes, tales como su edad y estado civil, si de parejas se trata. Si de ese examen preliminar resulta que sí reúnen los requisitos mínimos para adoptar, se les entregará un formulario de solicitud de adopción (ver anexo # 4) acompañado de un volante de instrucciones para facilitar su diligenciamiento y del cual mostramos un ejemplo en este trabajo (ver anexo # 5). Una vez diligenciado el formulario por los aspirantes se procede al análisis de la solicitud de adopción por parte del personal especializado de la zonal del Bienestar Familiar, los cuales a su vez emiten su concepto sobre preselección o rechazo de los aspirantes ; si lo primero, se le suministra a los solicitantes la información sobre los requisitos y documentación exigidos por la legislación colombiana para poder tramitar el proceso de adopción.

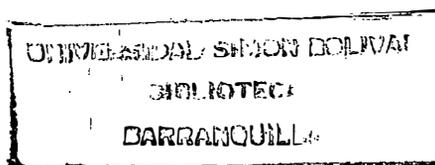
La selección definitiva se da cuando los aspirantes han allegado todos los documentos exigidos por la ley nacional, es decir, la solicitud de adopción en formularios suministrados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ya diligenciada, copia del registro o los registros civiles de nacimiento del o los solicitantes, certificación sobre la capacidad económica del o los solicitantes (sueldo , rentas, etc) copia del registro civil de matrimonio de la pareja so

licitante, certificado de honorabilidad y buena conducta del solicitante expedido por la autoridad competente, tres cartas de personas que conozcan a los interesados, certificando su aptitud para adoptar, certificado de buena salud física y mental de los interesados, expedido por un médico legalmente autorizado, estudio socio-familiar realizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en Colombia, o por una institución oficial o privada, debidamente autorizada por el gobierno de donde sean los adoptantes (en caso de ser extranjeros), los extranjeros deben aportar el permiso de las autoridades de inmigración de su país para el ingreso del niño que se le dará en adopción, además los documentos de los extranjeros deben enviarse en original, debidamente autenticados ante el consulado colombiano y traducido al español por un traductor oficial, y su posterior autenticación por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Una vez realizada la selección definitiva, el paso posterior es la presentación de la demanda de adopción ante el juez competente para que previo los trámites legales dicte la sentencia de adopción.

Si por el contrario, los posibles adoptantes residen en el exterior, deberán dirigir una carta de solicitud de adopción al Grupo Nacional Coordinador del Programa de Adopciones, con sede en Bogotá, en

dicha solicitud se expresará su intención de adoptar, las edades de los aspirantes, sus motivos para adoptar, su estado civil, nivel cultural, ocupación y características del menor que pretenden adoptar. A la mencionada solicitud se le hace su respectivo análisis por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y en especial por el Grupo Nacional del Programa de Adopciones; de ese análisis surge su rechazo, si sus motivaciones no se consideran suficientes por el Programa de Adopciones o cuando los datos aportados por los aspirantes son falsos; pero si la solicitud es analizada y se encuentra acorde con las exigencias del Grupo Nacional Coordinador del Programa de Adopciones, se responde la solicitud enviándole el formulario de solicitud de adopción; el cual debe ser diligenciado por el interesado en adoptar, en español y a máquina. Una vez diligenciado el formulario es estudiado para hacer su preselección o rechazo según el caso; si lo primero, se le suministra la información básica a los interesados con el fin de que anexen toda la documentación necesaria, la cual debe estar traducida y autenticada ante el cónsul colombiano. Con el estudio de la documentación allegada se tienen elementos muy valiosos para la aceptación o rechazo definitivo de la solicitud; y si se acepta la solicitud de adopción en forma definitiva, el paso siguiente debe ser la instauración de la demanda correspondiente.



Paso previo a la iniciación del proceso de adopción en la asignación del menor adoptable; y una vez asignado el menor para ser dado en adopción, debe darse a conocer a los adoptantes; si de extranjeros se trata, se les enviará la historia social médica, nutricional y psicológica del menor a más de una foto reciente del menor asignado.

Si se trata de adoptantes colombianos, el menor asignado se les debe presentar personalmente y se les comunicará su estado de salud. Como medida preventiva el defensor de menores, mientras se adelanta el proceso correspondiente, procederá a decretar la colocación familiar del menor en un hogar amigo, (10) o su internamiento en una institución de protección, como último recurso. Dictada la providencia que decreta la colocación familiar, el defensor de menores levantará un acta en la que se consignará nombre, domicilio de los que comparecen a ella, fecha, lugar de la diligencia y las personas que van a recibir al menor en su hogar. La colocación familiar deberá decretarse por un término inicial de tres meses, prorrogables por una sola vez y en el mismo lapso.

Corresponde únicamente al defensor de menores decretar la medida de colocación familiar, en poder de aquellas familias que se han inscrito en los centros zonales para desempeñar las funciones de hogar sustituto o amigo.

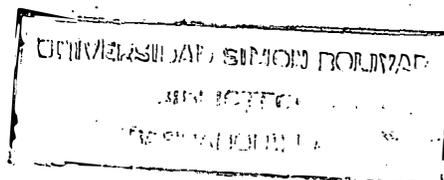
En los casos de emergencia cuando la ubicación la hubiere ordenado cualquier funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, diferente al defensor esta actuación deberá comunicarse al defensor para que éste dicte la medida mediante resolución o inicie la investigación correspondiente .

En ningún caso podrá decretarse la medida de colocación familiar en poder de los abogados particulares que tramitan demandas de adopción .

En apartes anteriores señalamos que el Decreto 752 de 1975 hace referencia solo a una de las actuaciones administrativas que se deben llevar a cabo en la adopción; esta diligencia consiste en el permiso que se otorga a los menores que son adoptados por extranjeros para poder ser llevados al país donde residen sus adoptantes .

La Ley 5 de 1975 en su Artículo 8 hace también referencia, aunque en forma somera, al mencionado permiso al decir " que las personas que residen en el exterior y cuya demanda de adopción haya sido admitida por el juez, deberá solicitar autorización al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para trasladar al menor al respectivo país, pero es el Decreto reglamentario 752 del mismo año, el que en sus Artículos 2 y 3 aclara y adiciona todo lo relaciona

do con dicha diligencia. En el primero de los artículos nombrados se dice que el Director de cada regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o el funcionario que él designe concederá la autorización de traslado de un menor al extranjero, pero siempre y cuando ya se hubiere admitido la demanda de adopción y que los interesados entreguen al funcionario que le toque dar el permiso, un documento en el cual declaren bajo juramento que se encargarán del cuidado del adoptable y señalen lugar y dirección donde lo tendrán o informen cualquier cambio de dirección y además, se comprometan a seguir las instrucciones de las autoridades colombianas en lo concerniente a la adopción. Hay que aclarar que en principio esta norma exigía que los presuntos adoptantes entregarán en forma personal el documento en que se comprometan a cuidar del adoptable, pero el Consejo de Estado en sentencia de 27 de Agosto de 1976 declaró nula la exigencia de la presentación personal de ese documento, fundamentándose en que el gobierno se excedió en la potestad reglamentaria al exigir una presentación personal que no requería la Ley que fue reglamentada, es decir, la Ley 5 de 1975.



-
- (10) Estos son Hogares inscritos ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el fin de brindarles temporalmente calor de hogar a un menor abandonado .

En esa sentencia expresó el máximo Tribunal que : " Para la Sala, aquel dispositivo excede los términos de la ley, ya que ni en este ni en ninguna otra norma legal se prevé como medida obligatoria la entrevista personal de los presuntos adoptantes con el juez " (refiriéndose expresamente al artículo primero del decreto 752 de 1.975).

" La ley no exige que el adoptante tenga que comparecer de manera personal y en ese punto, en verdad, si se rebusa la ley " .

El cargo más concreto que se hizo contra el artículo 2o. del decreto 752 de 1.975 fué que la presentación personal del documento compromisorio era violatorio del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil (11) , porque exigir que el mencionado documento fuese presentado personalmente por los solicitantes, restringió la posibilidad de hacerlo mediante apoderado. Pero en realidad, el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil se refiere al " poder para litigar " , mientras que el artículo 2o. del decreto 752 de 1.975 se re

(11) El mencionado artículo dispone que el poder se entiende conferido para todo el proceso; es decir, todas las actuaciones judiciales necesarias para la buena ejecución del mismo.

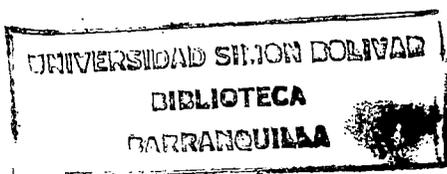
fiere a la diligencia administrativa requerida para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar pueda autorizar el traslado del menor al extranjero; por lo cual el mencionado artículo 70, no le es aplicable al caso; además por el carácter protector de la norma que tiende a evitar que el menor quede desprotegido en el exterior, es conveniente que los futuros adoptantes se presenten personalmente a la diligencia.

Corriendo el riesgo de ser repetitivos aprovechamos de nuevo estas líneas con el fin de manifestar nuestro desacuerdo con la declaratoria de la nulidad tanto de la entrevista personal de que habla el artículo 1o. del comentado decreto, como la de la presentación personal del documento compromisorio a que se refiere el artículo 2o. del ya citado decreto; ya que ese contacto directo del juez, como de la persona autorizada en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con los posibles adoptantes, da mucha más seguridad a los mismos, con respecto a las actuaciones que ellos vienen llevando a cabo y en determinados casos, se pueden descubrir los verdaderos propósitos de los adoptantes con la llevada del menor al exterior.

También mostramos un poco de desacuerdo con el hecho de que la simple admisión de la demanda con la presentación del documento

compromisorio, acompañado de otros anexos que señalaremos más adelante, sean suficientes para la autorización de la salida del menor del país, por parte del funcionario designado en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; ya que en ocasiones los adoptantes pueden señalar tanto nombre como dirección falsos o que en el curso del proceso los futuros adoptantes cambien de dirección y no lo reporten al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de darle un rumbo distinto al menor que se les ha entregado. Por esto consideramos que esta medida debe adoptarse con mucho cuidado y aunque no somos partidarios de lo que propone el doctor Núñez Cantillo (12) al decir que se debe conceder el permiso una vez que la sentencia sea favorable y no antes, nosotros consideramos que lo mejor sería que se autorizara al juez para que en cualquier estado del proceso, de oficio o a solicitud de parte, siempre que considere que existen las garantías suficientes para el menor, otorgue el permiso para que este último pueda salir del país. Hasta el momento hemos señalado que para poder otorgar el permiso de salida al exterior al menor que va a ser adoptado por extranjeros se debe primero esperar que el juez

(12) Adolfo Núñez Cantillo, Derecho de Familia, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional. Página 138.



haya admitido la demanda de adopción y luego presentar un documento al funcionario encargado en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el cual se exprese bajo juramento que se encargarán del futuro adoptivo, digan el lugar y dirección donde lo tendrán y se comprometan a informar sobre cualquier cambio de dirección, además de comprometerse a cumplir las instrucciones de las autoridades colombianas en lo relacionado con la adopción. Pero a más de lo anterior, a la solicitud deberá anexarse los siguientes documentos :

1. Copias autenticadas de la demanda de adopción y del auto admisorio de la misma.
2. Permiso autenticado de inmigración del país a donde se llevará al presunto adoptivo, o certificación del Cónsul correspondiente de que dará la visa una vez autorizada la salida por el funcionario competente.
3. Tres certificaciones autenticadas, sobre la aptitud de los presuntos adoptantes para cumplir con sus correspondientes deberes, expedidas por personas a quienes, por conocerlos personalmente y mantener con ellos relaciones de amistad, de trabajo o de otra índole apropiada, les conste que tienen las necesarias condiciones morales, sociales y de salud para cumplirlas.

"Una vez se han presentado los documentos , como señala Luis Fernando Mejía (13) el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dicta una Resolución, por medio de la cual se autoriza la salida del país y la expedida del pasaporte".

Otra de las actuaciones administrativas previas al proceso de adopción es la selección de los adoptantes; como quiera que la adopción es un acto eminentemente humano que desborda los simples aspectos legales, no basta que los futuros adoptantes sólo cumplan los requisitos legales para poder adoptar; es necesario además, que los padres sean seleccionados de tal forma, que no haya duda respecto de las calidades humanas de los futuros padres adoptantes. La selección de los adoptantes debe estar a cargo del grupo interdisciplinario del programa de adopciones y siempre tendrán en cuenta las calidades de los adoptantes, pero basándose en los siguientes criterios de selección :

1. Debe tenerse en cuenta el estado civil de los adoptantes; así por ejemplo, es preferible dar un menor en adopción a una pareja de

(13) Luis Fernando Mejía, El Prooedimiento de la Adopción, Revista Universitas número 52. Página.195.

esposos, que a una sola persona que pretenda adoptar individualmente; ya que de esa manera el niño tiene la experiencia de un hogar normal, con padre y madre; por lo tanto las solicitudes de hombre y mujeres solteras deben aceptarse sólo en casos excepcionales.

2. Deben seleccionarse como posibles adoptantes a aquellas parejas que no lleven como mínimo cuatro años de casados; ya que se debe reflexionar mucho sobre tal decisión.

En el caso de que la adopción se pretenda hacer por una persona que estuvo divorciada, pero que se volvió a casar, es difícil aplicar este criterio de selección, por lo que debe hacerse un estudio social muy completo sobre los posibles adoptantes.

3. Hay que tener en cuenta la edad de los futuros adoptantes, no sólo para determinar si cumplen con el requisito de la edad mínima y diferencia de edad entre adoptante y adoptivo, sino que también debe tenerse en cuenta la edad con el fin de que los niños de temprana edad sean asignados a parejas jóvenes. Se trata de evitar a toda costa, que cuando el adoptivo llegue a la adolescencia, encuentre unos padres adoptantes envejecidos y cansados que no pueden apoyarlo en esa etapa tan importante de la vida; en algunos

países europeos se ha adoptado el hecho de no permitir una diferencia de edades entre adoptante y adoptivo, superior a los 40 años. Entre nosotros no se ha adoptado un límite máximo de edades entre adoptante y adoptivo.

La mejor forma de darle desde el punto de vista de la edad, los padres más adecuados a los adoptivos, es ciñéndose a las mismas leyes de la naturaleza; y con base en ellas se han fijado criterios de selección de niños y padres; así a los recién nacidos y hasta los dos años, se le asignarán padres de 25 a 35 años, a los menores entre los dos años y medio y los siete años, se le asignarán padres de 36 a 45 años, a los niños entre los siete años y medio y los 12 años se le asignarán padres de 46 a 50 años, y a los niños mayores de 12 años se le asignarán padres de 51 a 55 años.

4. Debe haberse realizado un examen de salud tanto física como mental, el cual será tenido en cuenta para que el menor sea dado a padres sanos física y mentalmente. En ocasiones habrán limitaciones físicas en el adoptante con las cuales pueda convivir normalmente con su adoptivo; pero existirán otras limitaciones que no podrán permitir que se lleve a cabo la adopción. Lo que se pretende es encontrar los padres ideales para el niño y evitar aquellos aspirantes cuyas condiciones limiten el cuidado del niño o lo afecten emocionalmente.

5. Deben tenerse en cuenta también las condiciones socio-económicas del adoptante; aunque las buenas condiciones económicas no sean lo más importante, debe tenerse en cuenta que los padres adoptantes deben ser personas que estén en capacidad de brindarle al adoptivo la satisfacción de sus necesidades básicas, tales como, educación, vivienda, alimentación; por lo tanto no deben seleccionarse como adoptantes a aquellos que su presupuesto se vea afectado con la llegada de un nuevo miembro a la familia.

6. También se debe tener en cuenta que cada vez que se presenten solicitudes de adopción de extranjeros y de colombianos, deberá preferirse a los colombianos; claro está, siempre y cuando ambos solicitantes se encuentren en igualdad de condiciones, esto con el fin de que los niños adoptables se desarrollen en su propio medio social y cultural.

Todos los anteriores criterios de selección de los padres adoptantes se aplicarán solamente a aquellas personas que aspiran a adoptar y que no han tenido al menor (futuro adoptivo.) bajo su cuidado, con anterioridad a los trámites de la adopción; ya que en aquellos casos en que el adoptante ha cuidado de hecho al menor, existe entre el adoptante y el adoptivo un vínculo afectivo que debe ser respetado; legalizando la situación en beneficio del menor.

0.15 INSTITUTOS AUTORIZADOS PARA DESARROLLAR PROGRAMAS DE ADOPCION

Los programas de adopción, es decir, el conjunto de actividades tendientes a brindar un hogar a un menor expósito, o a un menor en estado de abandono o que se encuentre en una institución de asistencia social, o que haya sido entregado por sus padres o guardador para ser adoptado, deben ser llevados a cabo por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o por instituciones privadas que hayan sido autorizadas por él, para ese efecto, según lo consagrado por el artículo 11 de la Ley 5a. de 1.975. Ahora bien, para poder ser autorizadas instituciones privadas para la realización de programas de adopción deben éstas cumplir ciertos requisitos, tales como :

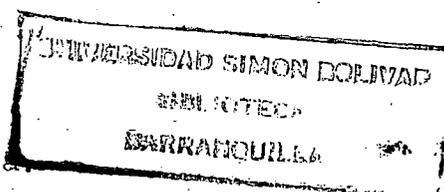
- Elevar solicitud al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, acompañada de la Resolución del Ministerio de Salud que les haya reconocido la Personería Jurídica o un certificado de vigencia de la misma, expedida por el mencionado Ministerio.
- Una copia auténtica de los estatutos de la institución; y además,
- Deberán demostrar que cuentan con el personal especializado

y auxiliar capacitado para el cuidado de los menores, y la administración interna de la institución, y que las instalaciones y su dotación le permiten desarrollar en forma adecuada los programas de adopción.

Estas licencias una vez concedidas, no tendrán tiempo definido de duración, pero podrán ser canceladas cuando se compruebe que dejaron de cumplir con las condiciones morales o materiales exigidas para el buen desarrollo de los programas de adopción.

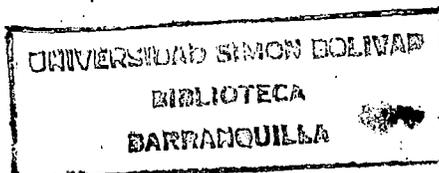
Actualmente tienen licencia de funcionamiento para desarrollar programas de adopción las siguientes instituciones :

1. La Casa de la Madre y el Niño, que fué la primera institución a la que se otorgó licencia de funcionamiento en Colombia; funciona en Bogotá.
2. Ayúdame, con funcionamiento en Bogotá.
3. Fundación para la Adopción de la Niñez Abandonada (FANA) que funciona en Bogotá.
4. Los Pisíngos, con sede en Bogotá.



5. Tierra de Hombres de Colombia.
6. El Paraíso, que desarrolla programas de adopción en Villavicencio.
7. Chiquitines, con sede en Cali.
8. Casa de María y el Niño, en Medellín.
9. La Casita de Nicolás, también con sede en Medellín.

Todas las anteriores instituciones privadas están autorizadas para llevar a cabo programas de adopción a nivel nacional e internacional, pero cuando se trata de solicitudes de adopción de este último tipo, éstas deberán dirigirse primero al Grupo Nacional Coordinador del Programa de Adopciones, con sede en la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en Bogotá, y ellos se encargarán de remitir dichas solicitudes a las diferentes zonales con el fin de que sean atendidas.



0.16 TRAMITE JUDICIAL DE LA ADOPCION

0.16.1 Competencia

En partes anteriores de este estudio señalamos que la adopción requiere sentencia judicial y que los efectos de la misma, se producirán desde la admisión de la demanda si la sentencia fuere favorable (Art. 275 Código Civil); lo que quiere decir, que si la adopción requiere de una sentencia y de una demanda, necesariamente ha de requerir también de un proceso de adopción, que es el medio expedito para llegar de la demanda, a la sentencia. Este proceso es un proceso civil que se tramita como un proceso de jurisdicción voluntaria (Art. 651 Código de Procedimiento Civil).

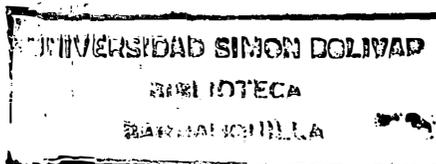
Ahora bien, si para llegar a establecer el parentesco civil entre adoptante y adoptivo se requiere de un proceso de adopción, con un trámite especial, ha de requerirse también, un juez que conozca de la tramitación de ese proceso para poder dictar su sentencia; ese juez no puede ser cualquier juez sino uno determinado, y para determinar el juez que ha de conocer del proceso de adopción, han de tenerse en cuenta los factores que sirven para determinar la competencia, y en especial dos de esos factores; ellos son el factor subjetivo y el territorial. De acuerdo con el primero de los factores, si

el adoptable es un menor conocerá del proceso un juez de menores y si es por excepción un mayor de 18 años, conocerá del proceso un juez civil del circuito; y de acuerdo con el segundo de los factores, conocerá siempre del proceso de adopción el juez del domicilio o residencia del adoptable.

En conclusión, si se trata de adopción de menores de 18 años conoce del proceso de adopción el Juez de Menores del domicilio o residencia del adoptable, pero si se trata de adopción de un mayor de 18 años (de acuerdo con la excepción del Artículo 272 del Código Civil), conocerá del proceso de adopción el Juez Civil del Circuito del Domicilio o residencia del adoptable (Artículo 2 Ley 5ª. 1975).

0.16.2 Demanda

Una vez conocido el juez competente para conocer del proceso de adopción, el medio eficaz para poner en movimiento a el Organó Judicial del Estado, que él representa, es la presentación de la demanda de adopción. Obviamente la presentación de la demanda se hará a través de un apoderado o por la misma persona interesada cuando esté facultada por el Estado Colombiano para ejercer la profesión de abogado.



Lo primero que debe contener la demanda de adopción es la declaración de voluntad del adoptante o adoptantes de prohijar a un menor como hijo legítimo; esto no lo consagra expresamente el Artículo 3 de la Ley 5a. de 1.975, por lo que nos remitimos al Artículo 75 del Código de Procedimiento Civil que consagra los requisitos generales de toda demanda, y específicamente el numeral 5o., el cual expresa que la demanda deberá contener...." 5o. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad....". A más de lo anterior, debe expresarse el tipo de adopción que se pretende realizar, si Plena o Simple.

La demanda debe contener también el consentimiento de los padres del adoptable y si alguno de ellos falta se aplicará lo dispuesto en el Artículo 274 del Código Civil y en todo caso, siempre que el menor fuere púber será necesario su consentimiento; a más del consentimiento deberá contener la demanda los datos necesarios para la plena identificación del demandante tales como su nombre, edad, y domicilio o residencia; también será necesario identificar plenamente al menor que pretenda adoptarse, consignando en la demanda su nombre, edad, domicilio o residencia, lo mismo que el nombre y domicilio de sus padres de sangre o guardador, a menos que se trate de menores abandonados. Contendrá también la demanda, los hechos y motivaciones que sirvan de fundamento a las peticiones

nes del demandante, los fundamentos de derecho que se pretendan invocar, la clase de procedo a que corresponda la demanda y la petición de pruebas que se van a hacer valer en el curso del proceso, además de todos los requisitos generales que debe contener toda demanda.

Redactada la demanda con todos los requisitos señalados anteriormente, deberá el actor anexar los documentos que señalaremos en seguida, para que pueda ser admitida la demanda cuando se le presente al juez competente; esos documentos que se deben anexar a la demanda son :

1. La prueba de la edad de los adoptantes y el adoptable, cuya función es la de servir de medio para que el juez compruebe si los adoptantes cumplen con los requisitos de la edad mínima que se les exige y la diferencia de edad con su adoptable; en ocasiones suele ocurrir que no se puede determinar la edad del adoptivo con su registro civil de nacimiento, como el caso del menor expósito que carece de registro civil; en este caso el defensor de menores debe dar aplicación al Artículo 400 del Código Civil para que al momento de solicitar su registro, se determine su edad por medicina legal.

En caso de que los adoptantes sean extranjeros los documentos idóneos para determinar la edad de ellos debe ser el que exige la legislación de su país, pero deben ir autenticados por el Cónsul de Colombia en ese país o el de una nación amiga; y si no están en castellano, deberán ser traducidos por persona autorizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por un traductor oficialmente autorizado.

Lo relacionado con la autenticación de documentos expedidos en el extranjero y su traducción se aplicara a todo documento que se pretenda utilizar como prueba en el proceso de adopción.

2. La prueba del matrimonio, cuando marido y mujer adopten conjuntamente; es decir, sean las personas unidad por matrimonio válidamente celebrado, las que pretendan adoptar conjuntamente; y como es seguro que esta prueba debe ser escrita, si son extranjeros los adoptantes, deberán autenticar la prueba ante el Cónsul colombiano del lugar de celebración del matrimonio y si se encuentra redactada en idioma diferente al castellano deberá hacerse su traducción según lo explicado en el punto anterior.

3. La declaratoria del estado de abandono declarada por el defensor de menores, previos los trámites señalados en el Decreto 1818

de 1.964 y 752 de 1975, en los casos del Artículo 282 del Código Civil, según el cual se encuentran en estado de abandono : Los ex pósitos, los menores entregados a un establecimiento de asistencia social cuando no hubieren sido reclamados por sus padres o guardadores dentro de los tres (3) meses siguientes a su entrega y el menor que haya sido entregado por su representante legal para que sea dado en adopción, ya sea por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de una institución debidamente autorizada por él. En cualquiera de estos casos en que se pretenda adoptar uno de estos menores, debe acompañarse a la demanda la declaratoria del estado de abandono por el defensor de menores.

4. Certificación sobre la vigencia de la Licencia de Funcionamiento de la institución donde se encuentra albergado el menor, expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; esto en los casos en que el menor se encuentre albergado en una institución privada que desarrolle programas de adopción.

5. Prueba de las condiciones físicas, mentales y sociales que se exigen en el adoptante, según el artículo 269 del Código Civil; las condiciones físicas y mentales serán probadas por medio de las certificaciones médicas que acrediten el buen estado de salud física

ca y mental del adoptante; por otra parte, las condiciones sociales del presunto adoptante serán apreciadas por el Juez teniendo en cuenta las pruebas anexas a la demanda, y según el Artículo 1° del Decreto 752/75 el juez debía entrevistar personalmente al presunto (s) adoptantes, sin embargo, como la exigencia de la entrevista personal fue declarada nula por el Consejo de Estado, no es menester que se lleve a cabo. En subsidio el mismo artículo en su inciso 2° consagró que el juez podía prescindir de la entrevista personal a los presuntos adoptantes, si a la demanda se acompañaba certificación jurada y autenticada del director de la institución que tuviere al presunto adoptivo a su cuidado, mediante la cual se acredite que en ella se entrevistó personalmente a los presuntos adoptivos y que, como consecuencia de la entrevista la institución los considera socialmente aptos para adoptar; pero en este inciso se declaró nula por parte del Consejo de Estado la entrevista personal de los adoptantes, por lo tanto, y en especial para los presuntos adoptantes extranjeros se suele anexar a la demanda un estudio social practicado por un Trabajador Social de una institución debidamente autorizada por el gobierno de ese país, para realizar programa de adopciones; los jueces de menores están exigiendo este documento cuando se les presenta la demanda de adopción.

Para los presuntos adoptantes colombianos también se exige el es

tudio social de una institución autorizada para desarrollar programas de adopción. A nuestro modo de ver esta exigencia toma como fundamento el numeral 6o. del Artículo 4o. de la Ley 5a. de 1.975 que expresa : a la demanda se anexará ...

6. Las demás pruebas que se estimen conducentes, dando como resultado una libertad de medios probatorios.

Un anexo que obviamente no debe faltar cuando se litiga en favor de otro, es el poder necesario para poder presentar la demanda.

0.16.3 Trámite

Presentada la demanda ante el juez competente, éste la admitirá si reúne los requisitos antes mencionados (Art. 3 Ley 5a./75), más los generales de toda demanda y, además, si lleva todos los anexos previstos en los Artículos 77 numerales 1, 2 y 6 y 4 de la Ley 5a/75, en concordancia con su decreto reglamentario 752/75.

Una vez admitida el juez dará aplicación al trámite propio de los procesos de jurisdicción voluntaria; es decir, que en el mismo auto en el que admita la demanda, ordenará que se notifique personalmente al defensor de menores; también se le notificará al apoderado actor y al representante legal de la institución en donde se encuentre el menor, en aquellos casos en que el menor se encuentre

albergado en una de tales instituciones. Una vez vencido el término para la notificación, el negocio entra el despacho para decretar pruebas; por regla general existe una prueba dentro del proceso de adopción que no puede dejar de practicarse, ella es la visita social a la residencia de los futuros adoptantes en caso de ser colombianos o una audiencia en la que se oirá al representante de los futuros adoptantes, en caso de ser extranjeros. El término que tiene el juez para la práctica de las pruebas es de 15 días, los cuales podrán prorrogarse por otros 10 días más. Practicadas las pruebas se ordenará dar traslado del negocio al defensor de menores para que rinda su concepto con relación a la adopción que se pretende llevar a cabo y una vez rendido su concepto, entrará el negocio al despacho para fallo. En la sentencia, según el Artículo 6 de la Ley 5a./ 75, se consignarán los derechos y obligaciones que contraen adoptantes y adoptado; nosotros consideramos al igual que Suárez Franco que en la redacción del mencionado Artículo se incurrió en una impropiedad, ya que según el texto de la misma Ley (Art. 281 del Código Civil), los derechos y obligaciones entre adoptante y adoptivo son los mismos que entre los padres y los hijos legítimos; y éstos los consagra es el Código Civil.

La sentencia que declara procedente la adopción deberá contener los datos necesarios para su inscripción en el registro civil; claro es

tá, que hay que hacer la salvedad que si de adopción plena se trata, el acta de la sentencia reemplaza el acta de registro de nacimiento, al cual se le colocará al margen la expresión Adopción Plena; y en cambio si de adopción simple se tratare, la sentencia se anexará a los registros originales.

Contra la sentencia que niega o reconoce la adopción se pueden interponer los siguientes recursos :

1. El ordinario de apelación, y
2. El extraordinario de revisión por las causas y en el término que señala la Ley (Art. 379 y ss del Código de Procedimiento Civil).

Es menester dejar claro que según la redacción del Artículo 7 de la Ley 5a./75 parecería que sólo se puede pedir la invalidez de la sentencia que concorda la adopción; pero en realidad, el recurso se puede interponer tanto contra la sentencia que concede la adopción como contra la que niega la misma.

0.17 IRREVOCABILIDAD DE LA SENTENCIA DE ADOPCION

La revocabilidad de la adopción fué nota característica con la vigencia de la Ley 140/60 y del Código Civil de 1.887; fué así como en la

derogada Ley 140/60 se consagró que la adopción se podía revocar con el consentimiento mutuo de adoptante y adoptado si ambos eran capaces, o por las causas que dan lugar al desheredamiento.

Actualmente tanto la adopción simple como la plena son irrevocables; ya que por la adopción se crea un nuevo estado civil, y éste por naturaleza es irrevocable.

0.18 INTERVENCION DEL DEFENSOR DE MENORES

Según la Ley 5/75 en todo proceso de adopción de un menor es forzosa la intervención del defensor de menores, el cual desempeñará las funciones de Ministerio Público dentro del curso del proceso; pues bien, como quiera que según el concepto de algunos defensores de menores su labor no sólo se limita a representar a la sociedad en el proceso de adopción, sino que también están facultados para incoar el proceso de adopción, consideramos pertinente dejar claro nuestro concepto al respecto; así pues, somos partidarios de la tesis opuesta a la de esos defensores de menores: es decir, no creemos que los defensores estén facultados para iniciar el proceso de adopción; y en principio, consideramos que el mejor argumento para rebatir dicha tesis es el hecho que la Ley 5/75 ni si Decreto reglamentario 752/75 en ningún momento facultan ex

presamente al defensor de menores para iniciar el proceso de adopción como demandante, como si lo hacía el Decreto 1818/64 en su Artículo 10 (hoy derogado) con la llamada División de Menores del Ministerio de Justicia; además desde el punto de vista jurídico sería ilógico, que el defensor de menores actuará como demandante y como Ministerio Público, pues habría que correrle traslado a su propia demanda, tampoco podemos decir que como la Ley 5a. dice que corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desarrollar los programas de adopción, corresponda a él o a los defensores de menores instaurar las respectivas demandas, ya que dicha norma hace referencia a las cuestiones administrativas de la adopción. Por todo lo anterior consideramos que no están facultados los defensores de menores para dar inicio, mediante demanda en forma, al proceso de adopción; ya que esto compete a los abogados en ejercicio.

0.19 LA ADOPCION EN EL DERECHO INTERNACIONAL

0.19.1 Generalidades

Cuando se trató el tema de los criterios de selección de los adoptantes señalamos que en caso de presentarse como futuros adoptantes, una pareja de extranjeros y una de nacionales, en igualdad

de condiciones, se preferiría a los nacionales; esto con el fin de tratar que los adoptados queden en su mismo país de origen y a toda costa las posibles dificultades de tipo socio-culturales que se pueden presentar en el menor al ser desarraigado de su medio. Lo anterior nos dá a entender que los programas de adopción en principio pretenden que las adopciones se lleven a cabo por los nacionales del mismo país y que sólo cuando no fuere posible la adopción de los menores por los colombianos, se acudirá a la adopción por parte de extranjeros. Esta adopción que se lleva a cabo por extranjeros, es decir, cuando los adoptantes no son de la misma nacionalidad que el adoptivo o cuando el domicilio de los primeros se encuentra en un país diferente a Colombia, es lo que la doctrina ha denominado Adopción entre Países o Adopción Internacional; la cual se caracteriza porque las partes intervinientes en ella están sometidas a legislaciones distintas y en algunos casos hasta opuestas; así, los efectos que puede producir la adopción en el país del adoptado pueden ser diferentes a los efectos que esa misma adopción pueda producir en el país de los adoptantes.

0.19.2 Solución de Conflictos (Ley Aplicable)

Debido a la pluralidad de legislaciones que pueden regular la adopción Internacional en un momento dado, con relación a la Ley que

debe regirla y la que regule su forma y efectos, es necesario de terminar cuál es la Ley que va a regular esa adopción y sus efectos; y para determinar la Ley aplicable se ha acudido a lo contemplado en algunos tratados y lo que señala la doctrina: así tenemos que según el Código de Bustamante, que dicho sea de paso, no ha sido ratificado por nuestro país, la capacidad para adoptar y ser adoptado y las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetan a la Ley Personal (Ley Nacional) de cada uno de los interesados, los efectos de la adopción se regulan por la Ley Personal del adoptante, en lo relacionado con la sucesión de éste último y por la Ley del adoptado en lo relacionado con su apellido y los deberes y derechos con respecto a su familia de sangre, como también en lo atinente a su sucesión con respecto al adoptante; en cuanto a la forma de la adopción rige la Ley del lugar donde se celebre. Según el tratado de Montevideo de 1940, la adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas, sus condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes, en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en documento público y las demás relaciones jurídicas entre las partes se rigen por las leyes a que cada una de ellas se encuentre sometida.

Para los partidarios de la aplicación de la Ley Nacional, los efectos de la adopción se regularán por la Ley Nacional de cada una de

las partes (adoptante y adoptivo) y en caso de oposición entre los dos, debe preferirse la del adoptante, ya que según ellos, los efectos de la adopción vienen a producir detrimentos a los parientes del adoptante, según estos mismos autores, la forma de la adopción se regirá por la Ley del lugar donde se lleva a cabo (Locus regit actum) : también consideran que la Ley Nacional no debe aplicarse cuando afecta el orden público territorial .

Entre nosotros rige el principio de que la adopción es regulada por la Ley local : es decir, que cada vez que se pretenda llevar a cabo una adopción por extranjeros en nuestro país, estos deberán someterse a los requisitos exigidos por la legislación colombiana para que puedan adoptar .

Es menester aclarar que cuando los posibles adoptantes son extranjeros, la adopción que se permite llevar a cabo es la Plena : Por ser la más acorde con la situación en que queda el adoptable .



CONCLUSIONES

Al iniciar este trabajo no pretendimos constituirnos en loaders de nuestro régimen legal vigente en materia de Adopciones, ni tampoco convertirnos en censuradores del mismo, sino que queríamos hacer un análisis despersonalizado de ese régimen y a través de él, aplaudir las cosas positivas de nuestra Legislación y criticar las que consideramos negativas. Desde ese punto de vista nos atrevemos a hacer las siguientes anotaciones y recomendaciones a manera de conclusiones, con la firme esperanza de que serán entendidas y tenidas en cuenta en un futuro no muy lejano.

- Somos conscientes de que la adopción no es la mejor solución para acabar con el problema de los niños abandonados, ya que la mejor solución sin duda alguna, sería la de que sus padres biológicos no los abandonaran, sin embargo, teniendo en cuenta la incapacidad del Estado para combatir el problema del abandono en sus causas, consideramos a la Adopción como la solución menos mala y por eso debe regularse de tal forma, que no se presenten vacíos en las normas legales.

- Debe eliminarse la que hoy conocemos como Adopción Simple , dándole elevancia jurídica a la Adopción Plena como única forma de adoptar y dándole al adoptivo todos los derechos consagrados en la Ley a los denominados hijos legítimos ; aunque desde ahora expresamos que con seguridad, en un tiempo no muy lejano, la inscripción en el Registro Civil se hará con la sola determinación de hijo de fulano con fulana, sin ningún calificativo ya sea de legítimo, extramatrimonial o adoptivo, porque no será necesario tal distinción , ya que el derecho los protegerá por igual por el solo hecho de ser hijos, sin tener en cuenta la clase de hijo de que se trate .

- La sentencia en que se declare la adopción no deberá contener ningún dato que pueda identificar la procedencia y calidad del menor, por lo tanto no compartimos el criterio de que en la adopción Plena se consigne al margen del acta de registro, la expresión Adopción Plena e incluso somos partidarios de la eliminación numeral 9 del Artículo 140 del Código Civil que consagra la prohibición de contraer matrimonio el adoptivo Pleno con sus ascendientes o descendientes de sangre, ya que consideramos que esta prohibición debe ser más de orden moral que de orden legal .

- Con relación a la diferencia de 15 años de edad entre adoptante

y adoptivo, consideramos que debe consignarse en el texto legal la eximición del cumplimiento de tal requisito cuando uno de los adoptantes conjuntamente, es el padre o la madre biológica del menor, ya que podrían darse casos en que un padre o madre de sangre no puedan adoptar a su hijo, conjuntamente con su esposo ~~o esposa, por no cumplir con esta particular como que desde todo~~ punto de vista es ilógica .

- Debe reformarse el actual sistema legal que regula lo relacionado con la entrega del menor a los presuntos adoptantes, para que sea trasladado al exterior , ya que consideramos que no son lo suficientemente protectoras de la seguridad e integridad del menor, y en su reemplazo proponemos que se le dé más autonomía al juez para el otorgamiento de los permisos del traslado, en tal forma, que en cualquier estado del proceso, ya de oficio o a petición de parte, el juez siempre que considere que existen las garantías suficientes para el menor, autoriza su traslado ; claro está, que deberá exigirles por lo menos a los presuntos adoptantes que presenten el permiso de inmigración de su país para la entrada del menor .

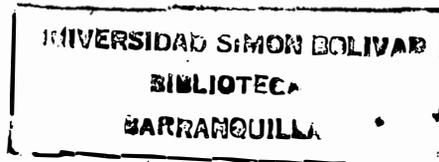
- Consideramos que debe volver a establecerse que para apreciar las condiciones sociales de los presuntos adoptantes, a más de las

pruebas allegadas al proceso, el juez deba entrevistarlos personalmente, ya que de esta forma tiene un mejor conocimiento sobre las personas a las cuales se les va a entregar el menor y se pone en práctica el famoso principio de inmediación de las pruebas .

- También consideramos conveniente que para la autorización del traslado del menor al exterior, deban los jueces exigir la presentación en forma personal, de los documentos necesarios para la consecución del permiso .

- Quizás debido al fraccionamiento que suele presentar el Código Civil, en el sentido de que muchas de las instituciones legales por él reguladas han sido reformadas por leyes especiales, sin tener en cuenta muchas veces a instituciones conexas con la reformada, suelen presentarse muchas incongruencias entre varias disposiciones de diferentes instituciones legales e incluso, en nuestro estudio esas incongruencias fueron percibidas en varios artículos de la institución legal estudiada. Por todo esto consideramos que para posteriores reformas de la adopción deben tenerse en cuenta otras instituciones legales tales como la Patria Potestad, los derechos y obligaciones entre padres e hijos legítimos. etc .





BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ CORREA, Eduardo. Curso de Derecho Romano, Bogotá, Editorial Pluma. 1979.
- AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Temis, 1980.
- BELLO, Andrés. Derecho Romano, Caracas, Ediciones Ministerio de Educación de Venezuela, 1959.
- BERNAL GONZALEZ, Alejandro. Procedimiento de Familia y de Menores, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, 1985.
- BUENAHORA, Jaime y CORDERO, Febres. La Adopción Implicaciones Jurídicas y Sociológicas, Bogotá, 1977.
- FRADIQUE MENDEZ, Carlos. Codificación de la Legislación de Familia, Bogotá, 1981.
- GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Introducción al Derecho de Familia, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Aspectos Sociológicos de la Adopción, Bogotá, 1981.
- . Proyecto de Adopciones Normas Técnico-administrativas, Bogotá, 1983.
- . Cartas de Derecho de Familia, Bogotá, números 17 de Enero de 1984 y 19 de 1985.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. Igualdad Sucesoral Ley 29 de 1982. Derechos Hereditarios de la Filiación Extramatrimonial, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1982.

LEAL ROJAS, Luis Eduardo. Paternidad Responsable y Adopción ,
Bogotá, Editorial Temis, 1977.

MEDELLIN, Carlos. Lecciones de Derecho Romano, Universidad
Externado de Colombia, Bogotá, 1980.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Bogotá.
Librería Jurídica Wilches, 1982.

----- . Derecho de Menores, Bogotá, Librería Jurídica Wilches,
1983.

NUÑEZ CANTILLO, Adolfo. Derecho de Familia (El Hijo Natural
Frente a la Legislación Colombiana), Bogotá, Ediciones Li
brería del Profesional, 1979.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, Tomo I, Bogotá,
Editorial Temis, 1981.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia, Bogotá, Editorial
Temis, 1983.

VELEZ, Fernando. (Actualizado por LOPEZ MORALES, Jairo).
Estudios Sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo I, Bogotá,
Ediciones Lex Ltda, 1981.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BARRANQUILLA



BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA