

T
346.2
F634

SCIB 1

" DE LA ADOPCION "

SCIB
00018806

Carmen Flórez de Hernandez

//



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Biblioteca Universitaria
Fernandez de Madrid

46942

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Cartagena, 1983

DE LA ADOPCION

Carmen Flórez de Hernandez

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de ABOGADO.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Cartagena, Noviembre 1983

"DE LA ADOPCION"

RECTOR	Dr. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
SECRETARIO GENERAL	Dr. CARLOS MENDIVIL CIADORO
DECANO	Dr. FABIO MORON DIAZ
SECRETARIO ACADEMICO	Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ
PRESIDENTE HONORARIO DE TESIS	Dr. BELISARIO BETANCUR CUARTAS
PRESIDENTE DE TESIS	Dr. RAFAEL H. DE LAVALLE
EXAMINADORES:	Dr. ANIBAL PEREZ CHAIN



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
 FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, 1983

ARTICULO 83

REGLAMENTO DE LA FACULTAD

La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en las tesis de grado.

Tales opiniones deben ser consideradas como propias de su autor.



Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Cartagena,

DEDICATORIA

En especial a: Alfredo y mis hijos María José, Laura Sofía, Alfredo de Jesús, quienes fueron mi aliciente en los momentos difíciles de estudiante y quienes me animaron a continuar hasta llegar al fin.



CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCION	10
CAPITULO 1: CONCEPTO DE LA INSTITUCION DE LA ADOPCION.....	13
1.1. EL SENTIDO MODERNO DE LA INSTITUCION.....	14
1.1.1 EN EL CAMPO HUMANO, AFECTIVO Y SOCIAL.....	14
1.1.2 EN EL CAMPO JURIDICO	21
1.1.3 ADOPCION, FENOMENO DEMOGRAFICO Y ABORTO	25
1.1.4 POSICION DE LA IGLESIA	28
1.2 EL SENTIDO DE LA ADOPCION EN LA HISTORIA	30
1.2.1 EVOLUCION JURIDICA DEL CONCEPTO	30
1.2.2 PRINCIPIOS BASICOS QUE ENFOCARON EL TRATAMIENTO JURIDICO DE LA ADOPCION	35
CAPITULO 2: LA ADOPCION EN COLOMBIA - NORMAS ANTERIORES AL AÑO DE 1975	39
2.1. RESEÑA HISTORICA	39
2.1.1 REGIMEN COLONIAL	39

	Pag.
3,4.2,2, El criterio de los derechos y obligaciones de los padres respecto a sus hijos menores....	87
3.5 EL PERMISO PARA SALIR DEL PAIS Y OTROS TRAMITES ADMINISTRATIVOS	92
CAPITULO 4: LA ADOPCION PLENA	97
4.1 QUIENES PUEDEN ADOPTAR	97
4.2 QUIENES PUEDEN SER ADOPTADOS	100
4.3 EFECTOS DE LA ADOPCION PLENA	102
4.4 LA ADOPCION SIMPLE	106
4.5 TRAMITES JUDICIALES	108
4.5.1 NECESIDAD DE LA SENTENCIA JUDICIAL Y CARACTERISTICAS DE LA MISMA	108
4.5.2 EL PROCESO MISMO DE ADOPCION	110
CAPITULO 5: RESULTADOS PRACTICOS DE LA LEY 5a. DE 1975 *	115
5.1 EVOLUCION DEL CONCEPTO SOCIAL EN COLOMBIA DESPUES DE LA LEY 5a. DE 1975	116
5.2 MIS SUGERENCIAS DE POSIBLES REFORMAS A LAS NORMAS VIGENTES	120
BIBLIOGRAFIA	122



9

INTRODUCCION

Ni carne de mi carne
ni hueso de mis huesos
y a pesar de ello, milagrosamente mío
No vayas a olvidar ni por solo un instante
que si no te formaste bajo mi corazón,
dentro de él, en cambio, tú creciste.

Una nueva tesis sobre el tema de adopción, parecerá destinada en un principio a repetir conceptos ya expuestos por algunos autores, a recopilar datos consignados en otros ensayos, o simplemente a llenar un requisito académico para la obtención de un título.

Sin embargo, el tema de la adopción la considero como uno de los más importantes en el Derecho de Familia, puesto que se constituye en el estandarte de la niñez desamparada. He analizado las normas vigentes sobre la materia e interpretaciones dadas sobre las mismas, sobre su contenido profundamente humano, si bien trágico en algunos de sus aspectos, infinitamente bello, noble y respetable en toda su esencia; esta recopilación de datos, lo que considero un privilegio, ha contribuido en el campo formativo de mi criterio profesional, ese acercamiento de conjunto humano-jurídico, por así llamarlo, me ha hecho pensar, espero que sin exceso de optimismo, que mi trabajo de tesis

pueda implicar algún nuevo aporte en la comprensión de la adopción como institución.

Es para mí importante insistir en esta tesis, sobre aspectos humanos y sociales, quizás no suficientemente valorados, por ello no me detengo ni profundizo sobre aspectos conocidos suficientemente y analizados por otros, limitándome simplemente a un enunciado superficial.

He sido testigo de la cruda situación padecida por niños, que pululan en nuestro medio, no debería, presentarse la situación de niños abandonados, ni de padres o madres forzados por situaciones diversas a entregar a sus hijos; no deberían existir niños privados de su derecho al amor y al cuidado de sus padres, ni al calor de un hogar ni al afecto formativo e insustituible de la célula familiar. Pero la realidad social es bien distante de lo ideal, y ello nos obliga forzosamente a volver los ojos a las soluciones humanas, eficaces que garanticen la plenitud del ser y de la dignidad de estos niños. Ciertamente es que esta situación social real plantea para algunos soluciones diferentes: La solución del "NO SER", la solución de la muerte, el surgimiento de una nueva categoría de marginados, llamados "HIJOS NO DESEADOS", cuya existencia simplemente debería suprimirse.

También hay quienes creemos en soluciones humanas, que respetan la dignidad del hombre, la justicia social, el Derecho fundamental a la vida y para nosotros, sólo cabe preguntarnos, ante los males sociales que aquejan a la infancia, el por qué la adopción, medida de

protección ideal, como que convierte en los hijos deseados por excelencia a aquellos que pudieron en su origen ser repudiados, y que conlleva el pleno reconocimiento de la dignidad y de los derechos básicos del niño llenando a la vez de justa felicidad a padres y madres a quienes la naturaleza ha negado su capacidad generativa, porque, repito, esta institución tan sólo alcanza a un grupo relativamente pequeño, casi privilegiado, de los niños que podrían y deberían beneficiarse con ella.

Falta quizás un conocimiento más objetivo y generalizado de qué es la adopción, una mayor evolución social, una mejor valoración de la vida humana. Falta abandonar consejas y tabúes ancestrales reñidos con la realidad científica sobre el hombre, falta un concepto menos materialista de la familia y menos hedonista de la felicidad y del bienestar.

También sería necesario una evolución más audaz, más eficiente y más ágil de las normas positivas sobre protección a la infancia, pero aún antes que esto, una mayor comprensión y una más decidida aplicación de las vigentes junto con una capacitación más especializada y más humana y una mejor selección de los equipos humanos burocráticos encargados de esta protección a la niñez.

Tal vez mi tesis, al menos esta es la intención que me anima, contribuya, aunque sea en mínima forma, a estos propósitos.



CAPITULO 1

CONCEPTO DE LA INSTITUCION DE LA ADOPCION

I. CONCEPTO DE LA INSTITUCION DE LA ADOPCION

1.1 EL SENTIDO MODERNO DE LA INSTITUCION

1.1.1 EN EL CAMPO HUMANO, AFECTIVO Y SOCIAL

La adopción es ante todo una institución humana, natural y familiar, no jurídica, y por ello, preciso es ensayar a comprenderla primeramente desde tales aspectos, para poder después sí analizar correctamente las normas que la consagran y reglamentan en el ámbito del Derecho.

Ciertamente la unión conyugal de la pareja hombre-mujer es el inicio de la célula familiar, pero ésta no estará integrada verdaderamente sin la presencia de los hijos. Por regla general, el hijo ingresa a la familia por generación biológica. Los padres se preparan afectiva y psicológicamente a su nueva adopción durante el período pre-natal, el cual viene a tener especial significación e importancia de adaptación y preparación para el nuevo núcleo familiar.

Sin embargo, el hecho biológico de engendrar, a pesar de su trascendencia y significación, no es por sí sólo primordial ni determinante para las relaciones que surgen naturalmente entre los integrantes de

una familia humana, sino tan sólo el inicio de ellas, pero un inicio no necesario. El hecho biológico en sí es común al ser humano y al animal. La diferencia estriba en algo que sobrepasa y desborda lo simplemente biológico: la naturaleza espiritual, racional del hombre, su carácter sentimental y afectivo, que liga entre sí al padre y a la madre y consecuentemente a los hijos en una relación primordialmente consciente antes que instintiva, íntima y perdurable.

Ahora bien: esta relación familiar puede integrarse plenamente con prescindencia de su origen biológico, precisamente por ser esencialmente consciente, volitiva y afectiva, así como puede no existir aun mediando la generación biológica, justamente por carencia de los elementos de orden espiritual que las hacen verdaderamente humana. Estos principios, esquemáticamente enunciados, constituyen la esencia de la integración familiar adoptiva.

Ciertamente, el hijo ama a sus padres, los respeta y acata, no por un antecedente biológico del cual él no es consciente, ni porque a ellos les deba una existencia simplemente física. A su turno, los padres forman y acrecientan sus lazos paternos y maternos afectivos mediante la presencia física del hijo, su dependencia respecto a ellos y su respuesta al afecto que recibe.

Florence Rondell y Ruth Michaels nos describen así este claro proceso: "Todo niño; tanto si llega a su familia por nacimiento como si lo hace por adopción, descubre qué es una familia a través de las ex-

periencias de la vida familiar. El niño recién nacido no tiene manera de saber cuál de las muchas caras que se inclinan sobre él pertenece a uno de sus padres. No tiene manera de saber qué es un padre o una madre. El solamente sabe si está cómodo o incómodo, hambriento o satisfecho.

Gradualmente, a medida que pasan los meses, empieza a saber quién le da comodidad cuando está incómodo, comida cuando está hambriento. Empieza a conocer la sensación del brazo que lo estrecha cuando come y que le proporciona seguridad durante el baño. Conoce la voz que lo apacigua y le canta. Va creciendo en el conocimiento de quién responde a sus necesidades cuando llama. Es esta la persona en todo ese universo nuevo y extraño que le pertenece especialmente a él.

Es esta su primera captación de qué son los padres : Papá y Mamá. La madre y el padre que cuidan a un niño, que oyen su voz y tratan de interpretar su sentido, que lo confortan y lo apaciguan, lo alimentan y juegan con él, descubren por primera vez qué quiere decir el ser padres. Ellos no se convierten en padres en virtud de la concepción o del parto o por sí solos. Ellos se desarrollan como padres, justamente a medida que el niño se desarrolla en su propio conocimiento de qué son los padres. Es a través de las experiencias de la vida familiar que un niño y sus padres se desarrollan para ser una familia. Para todo padre, biológico o adoptivo, es el cuidado diario y amoroso por el niño y su capacidad de respuesta lo que construye el sentimiento paternal. Para cada niño, es el ser amado y cuidado lo que produ-

hogar de hijos por sangre y por adopción y entre ellos existe la misma situación que se presenta entre un hermano que ha nacido antes y otro que nació más tarde.

Viene pues la adopción a cumplir un papel de integración familiar y por ella el niño ingresa a su hogar en calidad de hijo y de hijo sin calificativos, que serían en el fondo discriminatorios. Es decir, a nivel familiar, personal y afectivo, la palabra adopción pierde sentido y significación, a no ser para explicar al niño que su presencia en el hogar tiene origen en una decisión y un anhelo especialmente profundo y maduro de sus padres, y que él desempeña un papel muy destacado en la composición e integración familiar. También le permitirá apreciar desde temprano y en forma por demás clara y elocuente, que el ser humano no está condicionado ni circunscrito a lo biológico, sino que en él tienen primacía los valores y sentimientos de tipo espiritual, que son capaces de crear todo ese extraordinario conglomerado afectivo que se conjuga en la familia. Este es, pues, el sentido personal, familiar y afectivo de la adopción. En la órbita social, la institución tiene implicaciones y alcances de similar importancia.

Es un lugar común decir que en la infancia reside el futuro de una nación. Del esmero y la atención que un país o un conglomerado social ponga en el desarrollo y formación de sus niños dependerán las calidades humanas de los hombres y las generaciones que hayan de orientarlo y dirigirlo.

Por ello es necesario apoyar y mantener la más exigente protección a la niñez, en todos los campos, como los de la salud y la educación. Pero ante todo es necesario tener en cuenta que en la formación de un ser humano hay un componente básico e insustituible, consistente en el núcleo familiar. Es allí donde el ser humano verdaderamente forma toda su personalidad y plasma su futuro como individuo y como integrante de la sociedad. Por esto, el primero y más importante de los derechos del niño es el de pertenecer a una familia y disfrutar del afecto de un hogar.

En la práctica y como se ha enunciado en la introducción a este trabajo, la organización social misma es culpable de su propia desintegración. Factores como la migración campesina, el desempleo, el analfabetismo, la inequitativa distribución del ingreso que crea la miseria, el marginamiento social y económica de grandes masas de población y la injusticia social de toda índole, el hedonismo y el pansexualismo, que llevan a la irresponsabilidad en la paternidad, el llamado "machismo" y muchas otras lacras sociales conocidas, son todas causas que se conjugan para crear un conglomerado creciente de niños desamparados, abandonados, descuidados y explotados. No hay medidas eficaces de protección a la maternidad y mucho menos a la infancia. El gaminismo es un fenómeno injustificable, la desnutrición y la mortalidad infantil son impresionantes. Hay numerosísimos hogares incompletos e hijos sin padres, cuyas madres, por buscar apoyo, pasan de compañero en compañero, convirtiéndose así los hijos de diferentes padres en carga y estorbo.



Todos estos males sociales deben solucionarse en sus causas, ciertamente. Pero las soluciones no son alcanzables en un término breve y mientras tanto, continúan creciendo generaciones de niños, cuyos traumas y carencias se van a reflejar en la sociedad a la que ingresan.

Urgen, pues, medidas de protección adecuadas. Existen paliativos, malos o deficientes en sí mismos, como son la institunacionalización en cualquiera de sus formas, o los llamados "HOGARES SUSTITUTOS", programa este último que ha venido impulsando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Pero una y otros adolecen de múltiples inconvenientes para el niño, en ningún caso pueden aceptarse como medidas destinadas a prolongarse en el tiempo y en manera alguna pueden sustituir lo insustituible el hogar estable, definitivo, permanente.

Aparece entonces como la única medida de protección, que garantiza plena y definitivamente los derechos del niño y de su dignidad de ser humano, la adopción. Cualquiera otra puede servir para satisfacer necesidades materiales del menor, proveer al cuidado de su salud y nutrición, suministrarle vestidos y habitación. Pero ninguna otra servirá al lleno satisfactorio de sus derechos en los campos fundamentales: el sentimental, el afectivo, el espiritual.

Se convierte así el niño en la razón de ser esencial de la institución, en su justificación primordial, quedando desde luego en un segundo plano inclusive el noble anhelo de los padres que está desde luego presente en toda adopción, e inclusive el propósito de integración familiar que la adopción cumple. Existe, pues, la adopción primordialmente pa-

ra el infante, considerado en sí mismo, como persona humana y como componente del conglomerado social. Y en su calidad de hijo, sus intereses vienen a ser, como sucede con todo hijo, los que deben primar, inclusive sobre los individuales de cada uno de los padres.

1.1.2 EN EL CAMPO JURIDICO

No siendo la adopción una creación del Derecho, como se ha dejado explicado, sino una institución que fluye en la naturaleza de la familia humana y de la tendencia natural y consciente del hombre y de la mujer a reproducirse, pero entendiendo este término no simplemente en su acepción biológica, sino principalmente en la de perpetuarse en el afecto y la formación de los hijos, forzoso es que las normas positivas del Derecho reconozcan su existencia.

Pero tal reconocimiento no puede ser, como ha ocurrido en el pasado, al margen de la realidad humana y familiar de la institución ni buscando especulaciones simplemente académicas dentro del espíritu que orienta y explica instituciones del derecho que son ajenas a la materia de la adopción, vale decir, a las disciplinas del Derecho de Familia.

Las normas descarnadas, redactadas o interpretadas con criterio predominantemente civilista, carecen de sentido, de calor y de vida, llevan a interpretaciones exegéticas que deforman la institución, disminuyen su alcance y sus proyecciones sociales, la limitan y no pueden

ser comprendidas en su esencia o no alcanzan a plenitud sus fines.

Es el caso, por ejemplo, de definir la adopción como una ficción jurídica mediante la cual se confiere el carácter de hijo a quien no lo es por naturaleza, frente a la plena y tangible realidad humana y familiar implicada en la adopción, que nada tiene de ficción. O el de atribuirle a la adopción un carácter contractual, ese rebuscado y ficticio, pero el cual por cierto, también se atribuyó a la institución del matrimonio.

Si la adopción es una realidad en el ámbito de la familia y si el hijo adoptivo es tan hijo como el biológico, así lo debe considerar el Derecho. Si en el hogar no existe discriminación para el hijo adoptivo, mal puede establecerse en la ley. La tendencia moderna, afortunadamente, es la de acercarse más a la realidad humana de la adopción. El jurista se está asomando, por así decirlo, a la intimidad del hogar, para comprender mejor la relación familiar que allí existe y traducirla más fielmente, al terreno de la especulación jurídica. Y este proceso de humanización obviamente ha incidido también en la actividad legislativa.

El doctor Roberto Suárez Franco, en su libro, "Derecho de Familia", registra así esta evolución del concepto jurídico: "Tal es hoy día la finalidad de la adopción: No rendir culto por los adoptivos o los adoptantes a sus antepasados, no suplir a la naturaleza y servir exclusivamente de consuelo a quienes carecen de hijos, sino procurar

una condición legítima al ser que se ha instruido y por quien se tiene un afecto semejante al que siente un padre por sus hijos de sangre"2).

A su turno, el Dr. Arturo Valencia Zea expresa al respecto lo siguiente: "Considerar que la paternidad y la filiación son apenas un hecho biológico, o sea, que es únicamente la circunstancia de engendrar y ser engendrado lo que crea el estado de padre e hijo, constituye una concepción incompleta de los problemas jurídicos y de la paternidad y la filiación. El derecho y la biología no andan siempre de acuerdo, ni es necesario que formen siempre un todo indisoluble.

El hecho biológico se ha considerado ciertamente, como fuente para establecer los conceptos padre, madre e hijo; pero ese hecho único no es capaz de crear todo ese conjunto de sentimientos, de amor, de consideración y de respeto que existe entre padres e hijos, y que es lo que suministra un auténtico contenido espiritual y dinámico a los citados conceptos.

El verdadero padre o la verdadera madre son los que han creado, educado e infundido en sus hijos una vida moral y psicológica y no meramente quienes fueron causa biológica de una escueta existencia orgánica.

Un concepto profundo y vital de la paternidad y de la filiación se nutre más de contenidos espirituales que de contenidos mecánicos o simplemente biológicos".3)

2) SUAREZ FRANCO, Roberto. "Derecho de Familia" Ed. Temis, Bogotá 1979.
3) VALENCIA ZEA, Arturo. "Derecho Civil" Tomo IV. Ed. Temis, Bogotá 1978.

La consideración pues de estos factores de orden familiar y personal, ha llevado a una importante evolución del concepto de adopción entre los juristas, evolución que ha ido dando cabida en el campo legal a ciertas características fundamentales, que se han abierto reconocimiento en las legislaciones modernas. Diría que estas características pueden resumirse así:

1. La adopción equipará a los padres y a los hijos adoptivos con los padres y los hijos por sangre.
2. Los hijos adoptivos tienen los mismos derechos y obligaciones que los hijos de sangre y lo propio ocurre a los padres respecto a sus hijos.
3. La adopción no es revocable bajo ninguna circunstancia.
4. Los hijos adoptivos llevan el apellido de los adoptantes.
5. La adopción está establecida en favor de menores.
6. En resumen, la adopción implica el reconocimiento jurídico del vínculo de parentesco que se crea entre padres e hijos, correspondiente al de la filiación legítima.



1.1.3 ADOPCION, FENOMENO DEMOGRAFICO Y ABORTO

Existe una determinada proporción de individuos de uno y otro sexo afectado por problemas de esterilidad personal; existen además incompatibilidades g enéticas u otras causas más o menos complejas, que desembocan en tales dificultades o imposibilidades generativas.

Esta proporción ha venido incrementándose en los últimos años como consecuencia del control natal y esto incide en que el porcentaje de parejas que desean adoptar también presentan un incremento paulatino. Como es fácilmente comprensible, la mayoría de estas parejas se deciden a adoptar, una vez constatan su propia dificultad o imposibilidad para engendrar.

A su vez, los niños adoptados proceden de casos de abandono o de casos en los cuales sus progenitores se encuentran en imposibilidad de prestarles la atención requerida.

Pero el número de nacimientos también ha descendido en forma acelerada, brusca e igualmente como consecuencia de tales campañas.

Es decir, existe hoy un fenómeno por el cual, mientras la proporción de padres y madres aspirantes a adoptar se aumenta, disminuye el número de niños que pueden ser adoptados.

Los doctores Luis Rueda Gómez y Carlos Corsi Otálora observan cómo en



la década de los cincuenta surgieron las tesis de Malthus sobre crecimiento geométrico de la población, sobre todo entre grupos socialmente marginados y cómo dichas tesis crearon el temor, entre los grupos de concentración de capitales de las grandes potencias económicas, encabezadas por los Estados Unidos, de que el crecimiento demográfico de las clases desprovistas y de los países del Tercer Mundo, implicaba una amenaza a su propio bienestar y subsistencia, basados éstos en una economía consumista del desperdicio y del acaparamiento. Los países de la izquierda socialista también fueron arrastrados por el temor a la vida y ni Rusia ni la China osaron recoger el desafío temporal a la capacidad creadora del hombre implícito en un crecimiento demográfico natural a determinadas etapas históricas de cada pueblo.

Este temor fue el origen del mito de la llamada "Explosión Demográfica" sobre el cual se montó y difundió en todo el planeta la campaña de control natal que, iniciándose con la difusión de métodos anticonceptivos químicos y mecánicos, se extendió rápidamente al uso masivo de la esterilización definitiva y del aborto como métodos generalizados para conseguir rápidas y drásticas reducciones en las tasas de nacimientos.⁴⁾

La situación de campañas y políticas antidemográficas, sin duda caótica, contradictoria y antiética, va teniendo resultados nefastos e impredecibles para la humanidad.

4) RUEDA GÓMEZ, Luis y CORSI, Carlos. "Colonialismo Demográfico". Ediciones Paulinas. Bogotá 1972.

El doctor Luis Rueda Gómez en conferencia dictada ante el Centro de Estudios Colombianos: "Las últimas cifras conocidas de las Naciones Unidas sobre abortos legales en el mundo, muestra la cifra increíble de sesenta millones de aborto por año, producidos con el beneplácito de las normas positivas. El aborto, entonces no viene a ser sino un paso más, una consecuencia necesaria y natural de las campañas de control demográfico.

Ahora bien, varios estudios médicos sobre los anticonceptivos químicos y mecánicos demuestran cómo algunos de ellos causan como efecto colateral la esterilización permanente, no solamente, en la mujer usuaria directamente, sino inclusive en las hijas mujeres de madres que lo han consumido, por efectos secundarios en el sistema orgánico glandular y consiguientes modificaciones genéticas que se evidencian en la descendencia. Es justamente este efecto esterilizante, que puede llamarse indirecto e involuntario, unido al de las esterilizaciones provocadas por amputación de trompas y por vasectomía, el determinante del incremento en las proporciones de esterilidad o disminución de la fecundidad, causante a su vez de la existencia de un número creciente de personas que buscan en la adopción la descendencia que biológicamente no pueden tener.

Simultáneamente, la anticoncepción, la esterilización y el aborto masivos, causantes de un descenso drástico en las tasas de nacimientos, disminuyen la existencia de niños adoptables. Y como es justamente en los países ricos y en las sociedades plenamente desarrolladas en donde las tasas netas de incremento de la población se acercan al crecimiento

poblacional cero no han llegado a un crecimiento negativo, es también allí en donde la adopción, siendo más anhelada por padres sin hijos, es al mismo tiempo más imposible por la inexistencia de niños.

Esto explica en parte por qué los adoptantes de países desarrollados vienen a adoptar a otros que, como Colombia, aún conservan tasas de crecimiento demográfico positivo.

1 1.4 POSICION DE LA IGLESIA

Frente a este monstruoso genocidio del aborto, crimen masivo y creciente, que se comete en nombre de una civilización de la muerte, surge la adopción como una de las soluciones. Frente a la respuesta neo-malthusiana del asesinato intrauterino, la adopción convierte al niño que podría haber encontrado su tumba en el vientre materno, en el hijo deseado por excelencia, exalta su dignidad de persona y le garantiza a plenitud el reconocimiento de sus valores y derechos humanos. Se convierte así la adopción en un himno a la vida y rescata los valores familiares, espirituales y sentimentales que caracterizan una verdadera civilización.

La Iglesia Católica reconoce esta noble función de la adopción. Es así como la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el aborto provocado del 18 de noviembre de 1974, la incluye expresamente como alternativa: "Lo que por el contrario incum-

be a la ley es procurar una reforma de la sociedad de las condiciones de la vida en todos los ambientes, comenzando por los menos favorecidos, para que siempre y en todas partes sea posible una acogida digna del hombre a toda criatura humana que viene a este mundo. Ayuda a las familias y a las madres solteras, ayuda asegurada a los niños, estatuto para para los hijos naturales, y organización razonable de la adopción. Toda una política positiva que hay que promover para que haya siempre una alternativa concretamente posible y honrosa para el aborto".

En el mismo sentido, la XXXI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Colombiana, en su Exhortación Pastoral acerca del aborto provocado, se expresó así: "La adopción beneficia por igual a la madre, al hijo, a los padres adoptivos y a la sociedad. A la madre le permite cumplir con el hijo por ministerio de terceros, la responsabilidad que no puede cumplir por sí misma; ofrece al hijo el hogar que él necesita para crecer como persona. Para el niño representa la posibilidad de ser acogido y esperado con cariño, de escapar del injusto rechazo de un ambiente hostil y convertirse en heredero de alguien. Para los padres adoptantes significa la posibilidad de realizar espiritualmente una paternidad tal vez frustrada por la naturaleza y desplegar en ambas dimensiones el amor conyugal. La misma sociedad se beneficia porque asegura así en forma eficaz, el cuidado de los niños huérfanos y abandonados.

Las instituciones que promueven la adopción no deben convertirse en



fácil amparo de la irresponsabilidad de los padres. Deben promover, por el contrario el sentido de la responsabilidad, no sólo en quienes adoptan, sino también en quienes dan sus hijos en adopción Por el bien de los niños y de la sociedad. Sin embargo, es urgente multiplicar los centros de adopción por parte de la Iglesia, del Estado y de las instituciones particulares, hacer conocer la legislación del país en la materia y motivar a los cónyuges cristianos que están en posibilidad de adoptar niños abandonados, para que realicen esta obra de amor humano y cristiano."

1.2 EL SENTIDO DE LA ADOPCION EN LA HISTORIA

1.2.1 EVOLUCION JURIDICA DEL CONCEPTO

No se sabe con exactitud el origen real de la adopción, pues al hablar de la historia de esta institución, no encontramos datos suficientes sobre lo que fue el origen y desenvolvimiento social y humano de la misma. Parecería como si la adopción se hubiese desarrollado callada y naturalmente en estos campos y más bien hubieran sido los legisladores y los juristas los únicos que hubieran dejado una huella de su individual concepto sobre la institución. Pero estos conceptos son casi exclusivamente jurídicos, muy al margen de la realidad familiar y personal, más bien tratando de adecuarlos a otras instituciones existentes en la ley o de asimilarlas a formas ajenas a ella misma, con resultados obviamente extraños y artificiosos.

Algunos tratadistas sostienen que tiene su fuente en la India, otros arguyen que se remonta a Asiria y Babilonia; sin embargo, podemos afirmar sin temor que la adopción se remonta al origen mismo de la humanidad. Al efecto, sería pertinente recordar la historia de Moisés relatada

en el Exodo: "Un hombre de la casa de Levi fue a tomar por mujer una hija de Levi. Concibió la mujer y dio a luz un hijo; y viendo que era hermoso, lo tuvo escondido durante tres meses. Pero no pudiendo ocultarlo ya por más tiempo, tomó una cestilla de papiro, la colafateó con betún y pez, metió en ella al niño y la puso entre los juncos, a la orilla del río. La hermana del niño se apostó a lo lejos para ver lo que pasaba.

Bajó la hija del Faraón a bañarse en el río, y mientras sus doncellas se paseaban por la orilla del río, divisó la cestilla entre los juncos, y envió una criada suya para que la recogiera. Al abrirla vio que era un niño que lloraba. Se compadeció de él y exclamó: Es uno de los niños hebreos. Entonces dijo la hermana a la hija del Faraón: ¿quieres que yo vaya y busque una nodriza de entre las hebreas para que te críe ese niño? yete, le contestó la hija del Faraón. Fue pues la joven, y llamó a la madre del niño. Y la hija del Faraón le dijo: Toma este niño y críamelo, que yo te pagaré. Tomó la mujer al niño y lo crió. El niño creció y ella lo llevó entonces a la hija del Faraón, que lo tuvo por hijo y lo llamó Moisés, diciendo: de las aguas lo he sacado".

En Israel, comentan los evangelistas, se practicó la adopción y la biblia nos enseña que Jesucristo no era hijo carnal de José, sino su hijo adoptivo por ordenación divina. A su turno, San Pablo, en la Epístola a los Gálatas, se vale de la adopción como imagen para explicar el difícil tema Teológico de la filiación divina del hombre", pero al llegar la plenitud de los tiempos, envió Dios a su hijo, nacido de mujer, na-

cido bajo la ley, para rescatar a los que se hallan bajo la ley, y para que recibiéramos la filiación adoptiva". Es así como en Roma y Grecia, la institución cobró auge especial con fines eminentemente religiosos y políticos; como también en los pueblos germánicos donde adoptó finalidades guerreras.

Pero frente a este testimonio histórico, que nos habla de la formación de nexos afectivos, sentimentales y familiares, similares a los existentes entre padres e hijos, con prescindencia del antecedente biológico, encontramos una historia normativa que se aparta, muchas veces en forma esencial, de estos conceptos, y cuya evolución centenaria hasta nuestros días ha venido a alcanzar su madurez, mediante su coincidencia con la realidad humana y social.

Vale la pena recordar cómo en el Antiguo derecho romano clásico existieron la adrogación y la adopción propiamente dicha. La adrogación estaba instituída con fines religiosos, de intereses patrimoniales y aún políticos del adrogante, y versaba sobre una persona mayor "Sui juris" o no sometidas a patria potestad o dependencia, y venía a suplir funciones de continuidad familiar, a falta de descendencia masculina del adrogante. La adrogación en sus diferentes formas distaba mucho de cumplir los fines y propósitos de la adopción, por estar instituída en favor de adultos, por perseguir finalidades que satisfacían primordialmente los intereses del adrogante, por su excesivo formalismo y por las limitaciones en su aplicabilidad.



En cuanto hace a la adoptio, era más asimilable a la institución misma, por cuanto al tener como sujeto personas "alieni juris", es decir, sujetas a la potestad de otro; si bien se requería la emancipación preliminar, permitía la adopción de menores, quienes así ingresaban en calidad de hijos de la familia del adoptante. Pero también era una institución muy formalista y compleja.

Sin embargo, la filosofía envuelta en las normas romanas parece haber sido eminentemente "juridicista" y alejada de la realidad personal. Era por ello que se rebuscaban argumentos para justificar su existencia tales como los religiosos, o sea el de rendir culto a los antepasados en las familias sin descendencia masculina, o los argumentos patrimoniales, como era el de asegurar heredero y continuidad al nombre y a la fortuna familiar en igualdad de circunstancias, o aún los políticos, como el de asegurar la sucesión en el poder a determinados gobernantes o dinastía sin heredero varón.

Aparentemente, el alejamiento entre la institución jurídica y la realidad familiar que inspiró la época romana, se perpetuó por centurias.

Y con posterioridad al derecho Romano, parece casi perderse las huellas de la adopción como institución jurídica.

En 1792 después de la Revolución, reaparece en Francia una nueva reglamentación explícita, si bien muy deficiente. Más tarde, a instancias de Napoleón, se logró su inclusión por parte de la Comisión Preparato-

ria del Código Civil. Sin embargo, no logró Napoleón imponer su criterio en cuanto a que se recogieran los legados del derecho Romano y se suprimiera toda diferencia entre el hijo por sangre y el hijo adoptivo.

La legislación del Código exigía una edad mínima en el adoptante de cincuenta años y que no tuviera descendiente legítimo. Debía además haber tenido al adoptivo durante su minoridad y éste último debía ser mayor de edad. El adoptivo debía solicitar el consejo de su padre y de su madre e inclusive obtener su consentimiento, si era menor de veinticinco años. Esta reglamentación, exigida para que la adopción fuera jurídicamente viable, revestía sin embargo un especial interés desde un punto de vista específico: las relaciones afectivas y familiares interpersonales. Ello confirma, de que la adopción existió como institución familiar natural y subsistió por siglos a pesar del derecho, a espaldas suyas, mientras éste no fue capaz de entenderla y de consagrarla como realidad de facto.

A partir más o menos de la nueva ley francesa, se detecta tanto en Francia como en el resto del mundo una serie de cambios y ajustes paulatinos en torno a las normas relacionadas con la adopción y con la protección de la infancia en general, cambios que significaron una humanización cada vez mayor del derecho en estos aspectos.

La filosofía de prácticamente todas las legislaciones modernas coincide en reconocer a la adopción características que la equiparan con la

filiación legítima, y en asignarle finalidades primaria de protección a la infancia y de interés social.

1.2.2 PRINCIPIOS BASICOS QUE ENFOCARON EL TRATAMIENTO JURIDICO DE LA ADOPCION.

De la brevísimas reseña histórica que precede, podemos sintetizar así la filosofía orientadora de las normas que han regulado la adopción a través del tiempo, ya que ésta se refiere a las regulaciones jurídicas y no a la institución misma.

- 1.- En la antigüedad griega y romana, las normas asimilaron la adopción basándose en razones religiosas, para asegurar el culto a los antepasados o para garantizar sucesión masculina o varones que carecieron de ella. Generalmente sólo se permitía la adopción de adultos.
- 2.- Por muchos siglos, el derecho vio en la adopción un medio de "consolar ancianos" y un mal sustituto de la filiación biológica.
- 3.- En general, las leyes desautorizaron la adopción coexistente con la filiación legítima.
- 4.- Frecuentemente se reglamentó la adopción como medida revocable.
- 5.- Los juristas consideraron la adopción como una ficción jurídica, dentro de una concepción puramente biológica y materialista de las rela-

ciones paternofiliales.

6.- Como consecuencia de la misma concepción biológica, casi invariablemente existieron discriminaciones bastante severas en contra del hijo adoptivo, hasta llegar a la negación del derecho al nombre y el derecho a la herencia.

7.- Por la misma razón, también fue frecuente mantener una relación jurídica simultánea del adoptivo con su familia de sangre y con la adoptante.

Estos criterios han variado sustancialmente en los últimos cincuenta años. Los juristas han entendido que, si bien "La ley jamás podrá crear vínculos de paternidad", al reglamentar la adopción, la ley no está creando tales vínculos, solamente los está reconociendo. Tales vínculos son creados por la naturaleza afectiva del ser humano. Al no reconocerlos apropiadamente, en la creencia de favorecer a la naturaleza, ésta va a resultar violentada por la norma positiva.

También han entendido los juristas y legisladores que la adopción va mucho más allá que el solamente servir de consuelo a personas sin hijos. El aporte de ciencias como la psiquiatría y la psicología, han demostrado la importancia esencial e insustituible que tiene para el correcto desarrollo y formación del ser humano, el ambiente y la afectividad que únicamente puede proporcionar la célula familiar.

Por tal razón el derecho actual antepone a los intereses de tipo individualista en la adopción, los de interés social y de protección a la infancia. Estos nuevos enfoques orientan las normas nuevas vigentes en casi todos los países que acogen la institución en sus normas.



CAPITULO 2

LA ADOPCION EN COLOMBIA
NORMAS ANTERIORES AL AÑO DE 1975

2. LA ADOPCION EN COLOMBIA NORMAS ANTERIORES AL AÑO DE 1975

2.1 RESEÑA HISTORICA

2.1.1 REGIMEN COLONIAL

La adopción rigió en Colombia, como lo anota el doctor Roberto Suárez Franco, inicialmente por el derecho recibido de Castilla, que lo había tomado de Roma. Se encontraba regulado por el Fuero Real, las Siete partidas y las Leyes de Toro, todas estas leyes rigieron en la colonia sin que hubiesen quedado derogadas por otras posteriores.

El FUERO REAL, originario de ALFONSO X "EL SABIO" en el siglo XIII, estatuto que acogió la adopción dentro de los lineamientos del derecho romano, podía adoptar el varón que careciera de descendencia para heredarle, pero el advenimiento de descendencia ulterior invalidaba la adopción.

Las SIETE PARTIDAS, de la misma época. Fueron promulgadas también bajo el reinado de ALFONSO X "EL SABIO", es la obra más importante del derecho histórico castellano y una de las que alcanzaron más

difusión por su alta autoridad doctrinal, en todos los países del occidente "Europeo" y aún en la América española, éstas fueron escritas entre los años 1256 y 1263.

Acogieron, asimismo, la adopción en sus formas romanas originales de adrogación y adopción propiamente dicha. El adoptivo podía heredar sin perjuicio de los herederos forzosos, y el adoptivo sucedía al causante siempre que en la adopción se le hubiera reconocido como heredero.

Podía adoptar cualquier hombre libre que no estuviese bajo patria potestad, siempre y cuando tuviese 18 años más que el adoptado y no fuese impotente. No podían adoptar las mujeres, salvo que hubiesen perdido un hijo en batalla al servicio del Rey.

La adopción hecha por una mujer, no le confería la patria potestad sobre el adoptado porque era incapaz de adquirirla. El tutor podía adoptar a su pupilo después de que éste cumpliera 25 años y aún se requería el permiso del Rey.

La adrogación debía hacerse por otorgamiento del Rey y la adopción por otorgamiento del Juez.

Las LEYES DE TORO.- Proceden de una reunión de Cortés, celebrada en la ciudad de Toro en 1505, durante el reinado de Juana "LA LOCA". Estas leyes preceptúan que los adrogados y adoptados nunca heredan

en perjuicio de herederos forzosos, son llamados a la herencia intestada cuando en la adopción o adrogación se haya expresado que sean herederos; pueden ser instituidos herederos en los límites fijados a la libre disposición; sólo los adrogados tienen derecho a la cuarta parte de los bienes del adrogante.

Producida la independencia de la Corona Española, se adoptó la Constitución de Cúcuta de 1821, en virtud de cuyo artículo 188 se decía: "Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso". Es decir continuaron en vigencia las leyes españolas en materia de adopción.

Durante el régimen federal de 1853, el Estado Soberano de Cundinamarca adoptó su propio Código Civil, el cual fue sancionado en 1859. Como es sabido, este estatuto siguió casi textualmente el Chileno, redactado por Andrés Bello, sobre el modelo del Código de Napoleón. Sin embargo, Don Andrés Bello fue enemigo de la adopción, bien fuera por considerarla contraria a la naturaleza, bien con el criterio de que ella atentaba contra la institución familiar. Por ello el modelo chileno no incluyó la adopción entre sus normas.

Es así como el Código de Cundinamarca, que sí la incluye en veintidós artículos de su libro I, fue relativamente original, y retornó para ello a las fuentes francesas, españolas y románas.



No obstante esta meritoria y afortunada originalidad, este primer código conservó las deficiencias y aberraciones de sus fuentes, que casi en su integridad, habrían de perdurar por más de un siglo en nuestra legislación. Basta poner de presente que en el artículo 305 que disponía que "El adoptado y el adoptante no adquieren ningún derecho a heredarse sin testamento y que el adoptado conserva los derechos y obligaciones que le corresponden en su familia natural".¹⁾

Aberración, que dicho sea de paso, mantiene sus vestigios en la adopción simple actual, como se indicará al ocuparse de tal figura.

El Código de Cundinamarca pasó a ser el de la Unión en 1873, acogándose casi textualmente lo referente a este tema. Poco después por la Ley 57 de 1887 este Código pasó a ser el de la República Unitaria, con vigencia para toda la nación.

Vale la pena detenerse a tevisar cómo reglamentó nuestro Código Civil el tema de este estudio, en los dieinueve artículos que integraron el Título 13 del Libro I.

Se comienza en el artículo 269 por definir la adopción como "... el prohiamiento de una persona, o la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza", definición que acoge la filosofía jurídica de la época, dándole un carácter meramente supletivo a la filiación adoptiva a falta de la filiación biológica. Filosofía individualista y materialista, ratificada plenamente en el artículo 272, a

cuyo tenor "No podrán adoptar los que tengan descendientes legítimos 1" y peor aún, en el párrafo del artículo 287, según el cual, la adopción, "... también fenece por el hecho de tener el padre o madre adoptante descendencia legítima".

Entre las deficiencias de la legislación del Código sobre este tema, ninguna más inhumana, más injusta y cruel, ni más alejada de la realidad familiar, personal y social, que esta que acabo de mencionar, y que denota la absoluta incomprensión de la esencia misma de la institución regulada. Ciertamente, dentro de la ilógica filosofía inspiradora, la adopción como institución postiza, ficticia y supletoria, no era estable y definitiva, sino que podía deshacerse, terminar y fenecer, no solamente por el advenimiento de descendencia legítima, de cualquiera de los adoptantes, sino por la muerte de ellos, o por las mismas causales que sirven de fundamento para el desheredamiento de un legitimario, caso en el cual "... volverán la persona y los bienes del adoptivo al poder o la guarda de la persona de quien dependía el adoptivo antes de la adopción, si dicho adoptivo no tuviese la libre administración de sus bienes."²

Para los legisladores de 1853, en nada se tenían en cuenta ni los intereses del menor, ni los valores afectivos, espirituales y formativos de la célula familiar. El niño era un objeto que podía pasar de una dependencia, de una familia, de una guarda a otra, de una moral a la contraria, a la nada, al limbo, al orfanato; todo por hechos completamente ajenos a él mismo, o inclusive, a la voluntad de

sus padres adoptantes, cuyos deseos no eran tenidos en cuenta para que subsistiera la adopción en aquellos casos en los que la ley disponía su fenecimiento. Así que ni siquiera puede decirse que esta norma fuera simplemente individualista, al acoger los intereses egoístas y personales de los adoptantes, porque aún estos podían ser conculcados inexorablemente por la legislación positiva.

La adopción así reglamentada se convertía así en una institución neta y aisladamente jurídica y era además necesariamente precaria, por cuanto fenecía a la muerte de los adoptantes a menos que el adoptivo muriera primero que aquéllos, caso poco probable. Podía, además hacerse a favor de un mayor de edad. Art. 277, sólo podía tener lugar entre personas de un mismo sexo, so pretexto de evitar motivos corruptores en caso contrario, salvo la adopción por cónyuges. Tal disposición denota una indebida presunción de deshonestidad, una incomprensión de la adopción, y a ella se prestaba el permiso para la adopción de adultos (artículos 273 á 275).



Así mismo, se consagró una absurda contradicción: Por el artículo 281 se establecía que entre adoptante y adoptivo surgían los derechos y obligaciones correspondientes a padre o madre e hijo legítimo, dando al adoptante menor la patria potestad sobre el adoptivo. Pero por otra parte, el adoptivo sólo podía heredar al adoptante por testamento y en ausencia de ascendientes legítimos; en concurrencia con éstos, sólo podía percibir una décima parte de los bienes herenciales, es decir, menos de lo que en igualdad de circunstancias podía percibir el hijo natural, e inclusive menos de lo autorizado

a extraños a través de la cuarta de libre disposición. A su turno, el adoptante en ningún caso podía suceder a su adoptado, colocándolo también en inferioridad de condiciones que al extraño, todo ello en virtud del artículo 282. Norma inconsulta, contradictoria e injusta, reñida con la naturaleza misma y con los más elementales principios de la simple gratitud.

En cuanto a formalidades, exigía el Código que precediera en todo caso autorización judicial obtenida la cual debía correrse escritura pública, firmada por el juez, el adoptante, el adoptado o quienes hubiera prestado el consentimiento, el notario y dos testigos. La escritura debía registrarse. Era necesario el consentimiento del adoptado y si éste era menor, se requería, además, el de las personas llamadas a consentir en su matrimonio o el de aquéllas bajo cuyo poder o guarda se encontrare. Este requisito, en opinión de Rodríguez Piñeres y Uribe, hacía imposible la adopción de impúberes, por la incapacidad absoluta de éstos para prestar consentimiento. Se exigía, además, que entre adoptantes y adoptivos hubiera una diferencia de edad no menor a quince años y, si el adoptante era casado y la adopción no era conjunta, se requería el consentimiento del otro cónyuge.

Este régimen normativo naturalmente, no sólo no favorecía la adopción sino que la hacía legalmente desaconsejable, por inhumana, precaria y discriminatorio. Pero lo más absurdo de él no es tal vez que haya sido consagrado en 1853, bajo las circunstancias explicadas;

es más incomprensible que, en un país con orfanatos atestados, con un grave problema social de infancia abandonada, con altísimos índices de mortalidad infantil por desnutrición, descuido y abuso, haya subsistido intacto hasta 1960, es decir, por más de un siglo.

2.2 LA LEY 140 DE 1960

El primer cambio en el estatuto legal de la adopción se produjo por la Ley 140 de 1960, según ponencia que había sido presentada ante el Senado por el doctor Hernando Carrizosa Pardo.

La Ley 140 de 1960 fue la primera en introducir cambios en el estatuto legal de la adopción, contiene dos reformas sustanciales: en el artículo 271 que preceptúa: "No se opone a la adopción el que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos". En segundo lugar, en lo referente a derechos hereditarios tanto del adoptivo como del adoptante, establece así el artículo 280:

- a) En concurrencia el adoptivo con hijos legítimos del causante, llevará la mitad de lo que corresponde a cada uno de ellos.
- b) Con ascendientes, hijos naturales y cónyuges, su porción será igual a la de un hijo natural.
- c) Con hijos naturales, su porción será igual a la de cualquiera de ellos.
- d) Con el cónyuge, solamente parte por mitad.
- e) Faltando hijos legítimos y naturales, ascendientes y cónyuge, here-

da con los hermanos, por partes iguales.

- f) La descendencia legítima del adoptivo no concurre a la sucesión del adoptante, sino a falta de descendientes (legítimos o naturales), ascendientes y cónyuges, para partir con los hermanos, también por mitad."³⁾

Como se deduce de los literales d) y f) de la explicación que antecede, la nueva norma continuó dando al adoptivo un trato discriminatorio también en el terreno sucesoral, inferior al dado al hijo natural, el cual excluye a los hermanos del causante y cuya descendencia legítima siempre tiene el derecho de representación sucesoral, ocupando el puesto del padre. Por otra parte, se mitigó la prohibición para que el adoptante heredara al adoptivo, el cual, siendo mayor de dieciocho años, podía instituir como heredero testamentario al primero en la porción de su libre disposición; esto equivalía a dar al adoptante la condición sucesoral correspondiente a un simple extraño.

Así mismo, se continuó la posibilidad del fenecimiento de la adopción o de su revocación. El primero se producía por las mismas causales que autorizan el desheredamiento, según el artículo 1266, previa autorización judicial y mediante escritura pública; la segunda podía producirse por el simple acuerdo de las partes, también mediante escritura. Se suprimieron como causales al advenimiento de hijos y la muerte del adoptante, pero se añadió el mutuo acuerdo.

Se clarificó, lo cual fue muy importante, lo relacionado con el con-

sentimiento del adoptado, autorizando expresamente que, si fuere este incapaz, lo prestaren las personas llamadas a autorizar su matrimonio, o en su defecto, un curador especial, o los directores de la institución de beneficencia en donde se hallare recluido el menor. Con ello se despejó definitivamente la duda sobre imposibilidad de adoptar impúberes. También se dio al adoptivo calidad de legitimario del adoptante, dándole así cabida, en las condiciones indicadas, en la sucesión intestada de aquél. Los demás artículos de la Ley 140 contienen cambios menores o de redacción con respecto a los artículos del Código, conservando disposiciones absurdas, como la de disponer que el adoptado continúa formando parte de su familia de sangre, conservando derechos y obligaciones en ella, o la de limitar las relaciones de parentesco emanadas de la adopción o las surgidas entre adoptante y adoptivo.

La otra innovación de la Ley 140 consistió en crear la llamada adopción provisional, figura inspirada mas en buena intención que en razones científicas o en las verdaderas necesidades de la infancia o en sus intereses personales y afectivos. El niño no puede ser sujeto de ensayos o pruebas durante ningún período de su vida, ni los afectos que él naturalmente desarrollo en un hogar pueden estar sometidos a variaciones, ni pueden ser asunto eventual sujeto a cambios que le producirán traumatismos en su desarrollo.

Sin embargo, el Doctor Cárrizosa justifica así su iniciativa bondadosa "Otra reforma sustancial del proyecto, destinada a facilitar la



adopción, convirtiéndola en instrumento del poder social, es la facultad que se reconoce al Juez de Menores para entregar en adopción provisional un menor de doce años, que se encuentre moral o económicamente abandonado por sus padres, por un término prudencial fijado por el mismo Juez, con las seguridades que éste determine y bajo su vigilancia. Vencido el plazo dicho, si quien la pretende persiste en ella y el Juez la considera conveniente a los intereses del menor, podrá tornarse en definitiva, llenando los presupuestos ordinarios; de lo contrario, fenecerá esta adopción provisional. Se trata de un período de período de prueba, destinado a evitar adopciones prematuras que más perjudican que aprovechan al adoptivo, al mismo tiempo que una atribución judicial para proveer, en favor de los niños desamparados, las buenas intenciones de quienes quieran favorecerlos."4)

Esta norma que, a pesar de sus tremendas deficiencias significó un cierto avance y algunas correcciones a injusticias anteriores, como ha quedado explicado, quedó prácticamente intacta por quince años más. Es lástima que su autor, quien habiendo sido un jurisconsulto notable y profundo, no hubiera sido ciertamente un especialista en derecho de familia y no hubiera captado tampoco la esencia de la adopción, perdiéndose así la oportunidad de reformar su reglamentación jurídica a fondo, con quince años de anticipación, dándole así el impulso y la utilidad social que él mismo anheló conseguir con su proyecto.

2.3 CONCEPTO DE LOS TRATADISTAS

La consagración propiamente jurídica de la institución, que como ha quedado explicado fue evidentemente hostil a la misma en nuestro país hasta 1960, y solamente al expirar dicho año comenzó a tener algún viraje favorable, estuvo desde luego inspirada en los conceptos y opiniones de los jurisconsultos y tratadistas en derecho civil en torno al tema. Es por ello conveniente esquemáticamente revisar el pensamiento de los mismos.

Es importante no perder de vista la carga herencial de nuestras instituciones jurídicas, incluyendo entre ellas la adopción. Aparentemente, don Andrés Bello omitió a propósito incluir esta institución en su código, no obstante estar reglamentada en su modelo francés.

En Francia, a su turno, se había reglamentado la adopción a desgano, con la oposición abierta de muchos de sus redactores y más que todo, por presiones de Bonaparte, se logró su inclusión en el Código, pero sin que él mismo consiguiera que se diera acogida a sus propias concepciones al respecto.

Planiol y Ripert nos explican el desgano y las deficiencias del Código francés en el hecho de que sus redactores juzgaban inmoral una abdicación de los sentimientos naturales, cabe interpretar que para ellos, "naturales" era sinónimo de "biológicos", sin que pudieran captar la naturalidad de aquello que trasciende lo material, lo bio-



lógico. Según los mismos autores, la adopción siempre en concepto de los redactores del Código, era una simple ficción jurídica destinada a sustituir los afectos naturales.

Esta repulsión fue causa probable, como se ha señalado, de la omisión de don Andrés Bello. Ahora bien, al volver a incluir la adopción en el Código de Cundinamarca, sus redactores regresaron al modelo francés, principalmente i

Por ello quizás nuestros intérpretes y jurisconsultos no desarrollaron una visión propia de la institución, sino que se limitaron a reproducir las explicaciones dadas por las corrientes francesas, aquellas que inspiraron la filosofía plasmada en las normas, renunciando así a toda originalidad.

Con este exordio explicativo, puede facilitarse la comprensión del criterio de nuestros propios jurisconsultos y exégetas de la legislación original de nuestro Código Civil sobre adopciones, el cual, por cierto, aún deja huellas en los contemporáneos. Eduardo Rodríguez Piñeres se expresaba así: "La institución jurídica de la adopción es muy antigua, y tenía su explicación o su razón de ser, en muy serios motivos de orden religioso... Desaparecidos estos motivos con la introducción del cristianismo, la adopción perdió la sólida razón de ser en que se fundaba... En Francia había desaparecido casi del todo antes de la Revolución... A la influencia decisiva de Napoleón, que no tenía hijos cuando fue redactado el Código Civil, se le debió el res-

tablecimiento de esa institución, que tuvo resistencia considerable en el Consejo de Estado... A la verdad, es la adopción una institución que no presenta ventaja ninguna y que, por el contrario, tiene el inconveniente de atacar a la institución del matrimonio, por la facilidad que proporciona de poder conferir hijos ilegítimos una ficción legítima sin necesidad de legitimarlos, o, lo que es más grave aún, la de poder otorgar a hijos de dañado y punible ayuntamiento, esa filiación legítima, cuando ni siquiera se les puede dar una natural.

De ahí que muchas legislaciones hayan prescindido de tal institución, revivida en Francia so pretextos filantrópicos en orden a consolar a los matrimonios estériles y de facilitar el socorro a niños menesterosos, pero en realidad para satisfacer las necesidades del moderno "César".

En torno al carácter meramente "Supletorio" o de "Consolación" puramente individualista que para este autor tenía la adopción, son también muy ilustrativos estos conceptos: "Para que una persona, hombre o mujer, casada o soltera, pueda adoptar, es menester que carezca de descendencia legítima. Se funda esta exigencia en la base sobre la que descansa la misma institución. La de proporcionar la satisfacción de tener un hijo a quien no se le había otorgado la naturaleza en una unión legítima. Además, no sería razón, que habiendo descendencia legítima, se pudieran introducir a la familia hijos extraños, que fueran de aquellos que el padre no tuviera facultad para darles

siquiera la calidad de naturales, o que no pudieran tener respeto de la madre ni esa calidad, o que teniéndola, no pudieran ser legitimados por ella en ningún caso, como si fueran concebidos en incesto, o siendo ella casada." 5)

Es decir, el autor en cita encontraba plenamente justificados los errores del Código, dentro del criterio general, para él, de que la institución no debería existir. La única crítica de Rodríguez Piñeres a las normas que él comenta, se refiere al régimen sucesoral en la adopción, el cual considera absurdo y de redacción equivocada.

Muchos años más tarde, en un jurista de tanta nota como lo fue el doctor Hernando Carrizosa, al cual ya se ha hecho referencia al comentar la Ley 140, de su concepción, y quien estuvo en todo caso orientado por las mismas tradiciones de un Fernando Vélez, al menos en la esencia de sus concepciones jurídicas, podemos sin embargo encontrar una capacidad de asimilación y de cambio, no obstante su avanzada edad en ese momento. Decía el profesor Carrizosa Pardo: "Es cierto que la adopción no ha entrado en nuestras costumbres, ni ha servido para conseguir los fines sociales que de ella puedan esperarse, lo que da visos de razón a los autores que la impugnan. Pero ello ha de atribuirse, en gran parte, por lo menos, a la reglamentación defectuosa que entre nosotros ha tenido. Y así debe ser, porque a pesar de las opiniones transcritas, la institución de que tratamos puede adquirir gran importancia social y servir de adecuado instrumento para resolver el problema familiar y afectivo a muchas

personas...: para darles calor de hogar a niños que sin ella jamás lo podrían obtener; para satisfacer los justos goces de la paternidad a quien se los haya negado la naturaleza; para colocar, por último dentro de la familia, sin el estigma de la ilegitimidad, a hijos de filiación natural o ilegítima".⁶

No obstante tan claros y evolucionados criterios, no alcanzó el doctor Carrizosa, como quedó explicado, a dar a su proyecto el vuelco y el alcance que aparentemente él mismo añoró, como se infiere de la cita anterior.

Autores contemporáneos, como el profesor Roberto Suárez Franco, expresan conceptos aún más evolucionados y acordes con el criterio en boga: "Con el correr de los tiempos, esta concepción individualista sobre la adopción ha sufrido una modificación sustancial al suplirla por una eminentemente social; asegurarle un hogar a quien no lo tiene, a fin de que se le suministre educación y llegue a ser individuo útil a la sociedad".⁷⁾

Sin embargo, más adelante en su obra, este mismo autor, al comentar las modificaciones introducidas por la Ley 140 de 1960, en cuanto permite la coexistencia de hijos legítimos y adoptivos, trae el siguiente párrafo: "La reforma, que se mantiene hoy día, es conveniente en cuanto la adopción no obre en detrimento de los derechos del hijo legítimo; no se debe olvidar que la familia legítima es el fundamento más importante de la sociedad, y ella tiene sus bases en el matrimonio y la filiación".⁸

Y el doctor Arturo Valencia Zea, otro conocido tratadista de derecho de familia, cuyo criterio, como el del doctor Suárez Franco, en relación con el moderno criterio sobre la adopción ya había citado anteriormente en este trabajo, después de demostrar claramente que la adopción es una evidente realidad y de realzar la identidad que se produce en la práctica entre la filiación que de ella surge y la legítima, dentro de la familia, escribe párrafos como este: "Esto nos enseña que los vínculos de paternidad pueden acrecentarse y cobrar vida autónoma y plena entre las personas que biológicamente no se encuentran entre sí en una relación de engendrados y engendrados."

Quien a otro toma como su hijo, lo educa, le suministra un patrimonio cultural, jamás tolerará que se destruya ese nexo de paternidad.

En resumen, la paternidad y la filiación son, ante todo, una cuestión afectiva, (espiritual o psicológica), antes que una cuestión de sangre".⁹

La lectura de estas líneas haría pensar que el doctor Valencia Zea sí ha captado a plenitud el actual criterio jurídico sobre la institución.

Sin embargo, sin duda desconcierta saber que fue el doctor Valencia Zea el autor de ese engendro de dos cabezas que quedó plasmado en la Ley 5a. y que se denomina "ADOPCION SIMPLE", conflictivo y ambiguo, por la cual el adoptivo conserva dos familias y dos padres,



el cual en su obra justifica así: "Se trata de una adopción imperfecta, o sea menos plena y era la contemplada por el Código Civil y por la Ley 140 de 1960. Reconocía como fundamento el gran sentido y valor que se daba al parentesco de sangre y de consanguinidad, el cual se consideraba como algo indeleble que más podía borrarse.

La ley puede establecer una filiación adoptiva, pero nunca borrar la de sangre... Conforme a esta concepción, el adoptivo tiene siempre dos padres. El adoptante y el de sangre... La nueva ley de adopción (5a. de 1975) estimó oportuno conservar este tipo de adopción..."¹⁰⁾

Como es evidente de los comentarios precedentes, si bien el avance conseguido en nuestras concepciones jurídicas puede calificarse de radical, comparando los criterios desde Fernando Vélez hasta nuestros días, es igualmente evidente que aún queda camino por recorrer hacia una plena comprensión de los tratadistas y del derecho mismo de lo que es la esencia íntima de la adopción, para conseguir así una plena asimilación práctica de ella.

CITAS DEL CAPITULO II

- 1.- Buenahora Jaime.- Tesis de grado "La Adopción - Implicaciones Jurídicas y Sociológicas". Universidad Javeriana, editada por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia Bogotá 1977. pág. 44
- 2.- Código Civil - Artículos 284 á 287.
- 3.- Carrizosa Pardo Hernando. "Sucesiones y Donaciones" 5a. edición. Bogotá 1966. Pág. 662 á 663.

- 4.- Carrizosa Pardo Hernando, Op, Cit. pág. 663.
- 5.- Rodríguez Piñeres Eduardo. "Derecho Civil Colombiano" 2a. Edición, Bogotá 1925, T. II, pág. 286 á 288,
- 6.- Vélez Fernando "Estudios sobre Derecho Civil Colombiano" 2a. Edición, pag. 282 y 660,
- 7.- Suárez Franco Roberto, "Derecho de Familia". 2a, Edic. T.I. Editorial Temis, Bogotá 1979. Pág. 319 - 323 - 575 - 594 y 595.
- 8.- Suárez Franco Roberto. Op. cit. pag. 323,
- 9.- Suárez Franco Roberto. Op. cit. pag. 575,
- 10.- Suárez Franco Roberto. Op. cit., pág. 594 y 595,

CAPÍTULO 3

DE LA LEY 5ª. Y EL DECRETO REGLAMENTARIO 752 DE 1975



3. DE LA LEY 5A. Y EL DECRETO REGLAMENTARIO 752 DE 1975

3.1 ANTECEDENTES

Del análisis precedente sobre las normas legales que han regulado la adopción en Colombia, se deduce con claridad que la institución distaba mucho de ser propiciada por la ley. Inclusive, se ha demostrado cómo el trato discriminatorio contra el adoptivo, el régimen sucesoral para el mismo, la posibilidad del fenecimiento y el mantenimiento de derechos y obligaciones dentro de la familia de sangre, eran todas disposiciones disuasivas.

Las modificaciones introducidas por la Ley 140 de 1960, no obstante estar expresamente inspiradas por el propósito de terminar con estas anomalías e injusticias, no logró concretar tan laudable intención. Diríase que con semejantes estatutos, la adopción habría debido desaparecer. El que así no hubiera sido, como tampoco hubiera ocurrido lo propio en otras latitudes, a pesar del descuido legal que por siglos caracterizó el tratamiento dado por las legislaciones positivas, es prueba de que la adopción no es una institución jurídica, sino natural.

En Colombia, la adopción subsistió, así fuera como institución de hecho, casi siempre a espaldas de la ley y bajo la ficción, aquí sí cabe la expresión, ante el derecho, de una filiación legítima.

Preciso es reconocer el papel desempeñado así mismo por una serie de instituciones y entidades de protección a la infancia, generalmente de carácter religioso, que coadyuvaron inmensamente a mantener la adopción dentro de uno de sus propios fines de interés social.

Entre estas instituciones privadas, debe destacarse a "La Casa de la madre y el niño", fundada por doña María López de Escobar hace cerca de cuarenta años, pionera entre las que subsisten para el patrocinio y promoción de la adopción en Colombia, así mismo la "Fundación para la adopción de la niñez abandonada, FANA", fundada por doña Mercedes Rosario Pineda de Martínez y la "Fundación Los Pisingos", fundada por doña Rosa de Escobar. Estas tres instituciones jugaron un papel preponderante de presión para conseguir un cambio legislativo y para orientarlo, usando su seria experiencia y su profundo conocimiento de la adopción. El aporte de estas tres entidades y sus esfuerzos, fueron sin duda, decisivos para que a nivel del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se iniciaran estudios tendientes a lograr una legislación acorde con la realidad misma de la adopción.

Fue así como, con el patrocinio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se reunió el Primer Seminario Nacional sobre adopción,

del cual salió una comisión encabezada por el doctor Arturo Valencia Zea, que en junio de 1973 publicó un proyecto el cual, cerca de año y medio más tarde, dio origen a la nueva Ley 5a. de 1975 y a su Decreto Reglamentario, el 752 del mismo año.

El proyecto al cual hago referencia, contiene, casi integralmente, las disposiciones que más tarde fueron acogidas por el legislador.

Para un mejor entendimiento del proceso legislativo, se hará un breve análisis de las disposiciones que no fueron consagradas.

Contemplaba el proyecto la posibilidad de extinción de la adopción, por decisión judicial y a petición del defensor de menores, para el caso del total abandono de las obligaciones del adoptante. En relación con este punto, el doctor Luis Rueda Gómez, en carta inédita al entonces Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, doctor Rafael de Zubiría, fechada en agosto 22 de 1973, hacía la siguiente observación: "Dentro del mismo orden de ideas y dada la absoluta asimilación que debe producirse mediante la adopción, no me parece que ésta deba extinguirse en ningún caso, como en ningún caso se extinguen las relaciones entre padres e hijos. Es que esta es precisa y plenamente la relación que surge mediante la adopción. Así, pues, el incumplimiento de los deberes mutuos debe sancionarse por la ley de acuerdo con las normas generales. Quiere ello decir que puede desheredarse al hijo, o privarse de la patria potestad a los padres, e inclusive, presentarse el caso de una nueva adopción, sin necesidad de nor-

ma especial, sino invocando las presentes."

El proyecto del doctor Valencia Zea contenía, al lado de la adopción, normas que reglamentaban otra figura, que se denominaba "colocación familiar". Se trataba de una figura algo anodina, medio sucesora de la adopción provisoria de la Ley 140, una especie de período de prueba, inspirada más en buenas intenciones que en razones técnicas o en un conocimiento serio de la psicología infantil o de la realidad familiar.

Según esta idea, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podría colocar menores de dieciocho años que requirieran protección en establecimientos públicos o privados especializados en la crianza y educación de menores, o encomendarlos a personas idóneas que los solicitaren. Tal colocación familiar sólo podría terminar al contraer matrimonio el menor, o al llegar a la mayoría de edad, al ser reconocido el menor por el padre o por la madre, pudiendo éstos ejercer la patria potestad; o al ser estos mismos rehabilitados en su ejercicio; o al nombrársele al menor un guardador; por decisión del defensor de menores en guarda de los intereses del menor; o al ser integrado éste por adopción.

Como se ve, tal medida implicaba el riesgo actual de dejar a un menor en forma indefinida en un limbo afectivo y familiar, colocando su suerte al arbitrio de un ente burocrático muy poco ágil para responsabilizarse de decisiones oportunas.



61

Sē trataba en todo caso de medida extraña a la adopci3n misma que era la instituci3n que pretendia actualizarse, y por ello fue felizmente desechada.

El proyecto sufri3 otros cambios, ajustes y reducci3n de algunos de los t3rminos en 3l previstos para la declaraci3n de abandono, todo ello para mejorar la concepci3n original.

Es importante anotar que en su preparaci3n se tom3 como modelo la ley francesa de 11 de junio de 1966.

3.2 PRINCIPIOS GENERALES QUE ORIENTAN LA NUEVA NORMA

Antes de iniciar el an3lisis pormenorizado del estatuto legal actualmente vigente en Colombia, para su mejor compresi3n e inclusive para la cr3tica de algunas de sus disposiciones, conviene detenerse a hacer un esquema de su orientaci3n y de los principios que la inspiran en forma general.

Sē considera de justicia inicial tal esquema, aclarando que la Ley 5a. de 1975 implica un cambio esencial en la tradici3n jur3dica nacional, ya explicada, respecto de la adopci3n. Sē trata de un estatuto legal t3cnico, arm3nico (con la sola excepci3n de la adopci3n simple, la cual ser3 analizada individualmente), moderno y sin duda, con la excepci3n se sealada, inspirado tanto en las necesidades y realidades sociales y de la infancia en el pa3s, como en la realidad

afectiva y familiar, que, como tanto se ha repetido, están en la esencia de la adopción.

Por primera vez, la adopción encuentra en esta ley un estatuto que le hace justicia, porque se aparta de viejos moldes jurídicos estereotipados, para acoger en cambio realidades de carne y hueso.

Ciertamente la Ley 5a. adolece de varios defectos, y, como toda obra humana, es susceptible de perfeccionamiento y reforma. Pero es una norma positiva que, como está, permite el fomento de la adopción. Por otra parte, preciso es decirlo, es una norma que no ha sido comprendida ni aplicada en todas sus posibilidades y alcances, a pesar de haber transcurrido varios años de su vigencia, por cuanto si ella captó la esencia de lo que reglamenta, no ha ocurrido lo propio con sus intérpretes, ni con los funcionarios a cargo de su aplicación integral.

Dicho lo anterior, se señala que, al menos en el caso de la adopción plena, se da al hijo adoptivo estatus real de legítimo. Como se ha explicado, fácil es colegir que es esta la transformación más de fondo del nuevo estatuto y es al mismo tiempo la que se desarrolla en todas sus implicaciones en gran parte del articulado.

En segundo lugar, el enfoque de la Ley gira primordialmente en torno a la finalidad básica de la adopción, cual es la de ser medida de protección a la infancia y de interés social. Tal filosofía orien-

ta innovaciones tales como la declaración administrativa de abandono, la cual se analizará separadamente, en vista de su trascendencia, medida que antepone el bienestar del menor a muchas otras consideraciones que, aunque tradicionales, son en realidad muy secundarias. Ello explica que la adopción esté reglamentada de manera permanente y estable y muchas otras de las disposiciones vigentes.

3.3 TRAMITES ADMINISTRATIVOS PREVISTOS EN LAS NUEVAS NORMAS.

3.3.1 LA DECLARACION DE ABANDONO Y SU ALCANCE JURIDICO

3.3.1.1 La Teoría

Las normas vigentes sobre adopción crearon una nueva figura jurídica aplicable a los menores adoptables, cuyo sentido y alcance completo aún no ha sido plenamente desentrañado, a pesar de sus muy profundas implicaciones. Se trata de la declaración administrativa de abandono.

Nuestros tratadistas de derecho de familia apenas si la mencionan, sin haberse todavía ocupado de hacer un análisis a fondo al respecto. En las múltiples tesis de grado que sobre el tema de la adopción se han escrito con posterioridad a la vigencia de la Ley 5a. de 1975 tampoco se ha encontrado de fondo al respecto. Nada se ha producido en el campo de la jurisprudencia que conduzca a delimitar el alcance

del ordenamiento legal sobre el tema y en los medios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar más bien diríase que se nota un cierto temor por llegar a interpretaciones de fondo sobre esta novedosa institución y antes se ha tratado de evadir, cuando se ha presentado la necesidad fáctica, el tener que llegar a deducir todas las consecuencias jurídicas de los textos legales y de su espíritu.

A esta declaración de abandono se refieren expresamente los artículos 282 y 283 del Código Civil, tal como han quedado modificados por la Ley 5a. de 1975, el artículo 4o. numeral 3o. de esta Ley, los artículos 4o. y 5o. del Decreto Reglamentario 752 de 1975, e indirectamente, por vía interpretativa, el artículo 274, parágrafo, del Código Civil.

Para empezar a comprender en qué consiste esta declaración de abandono, hay que poner de presente que el actual artículo 274 del Código Civil establece que la adopción requiere el consentimiento de los padres del menor, o de uno de ellos, cuando falta el otro, o de su guardador.

Esta exigencia tiene su origen y razón de ser únicas precisamente en la Autoridad Paterna que, por Derecho Natural y por consagración legal ejercen los padres sobre los hijos menores y en virtud de la cual tienen el deber y el derecho de tomar respecto a ellos importantísimas decisiones en su beneficio, las cuales están consagradas en el

Libro I Título XII del Código Civil. En los casos previstos por la Ley y a falta de los padres, el hijo menor es colocado bajo guarda y el guardador ejerce las funciones inherentes a esta Autoridad Paterna.

Ahora bien, ningún hecho puede revestir tan profundas implicaciones y trascendencia en el futuro de un menor y en su vida toda como su adopción. De ahí que para ninguna decisión que le concierna puede ser tan significativo el pleno ejercicio del poder jurídico que las normas positivas reconocen en primer lugar a los padres biológicos de un niño, que para prestar el consentimiento a su adopción.

Este mismo artículo 274 en su parágrafo, faculta supletivamente, a falta de los padres y del guardador, al Defensor de Menores o bien a la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, bajo cuya protección se encuentre un menor, para prestar el consentimiento a la adopción que exige la Ley.

La norma se explicita en qué casos. "a falta" de los padres o del guardador del menor, puede prestar el consentimiento alternativo que ella autoriza y aquí comienza la labor del intérprete para desentrañar el sentido de la Ley. El artículo 30. de la Ley 5a. de 1975 dice: "La demanda de adopción deberá contener... 3o) El nombre, edad, domicilio o residencia del menor que pretende adoptarse, así como el nombre y domicilio de los padres o del guardador, salvo que se trate de

66

menores abandonados", y agrega el artículo 4o. de la misma: " A la demanda se anexará: ... 3o) La declaración de abandono decretada por el defensor de menores, en los casos del artículo 282".

Estos numerales de los artículos citados indican que en la demanda debe indicarse el nombre y domicilio de los padres o del guardador del menor, con el único objeto de que el juez pueda llamarlos al proceso para rendir dentro del mismo el consentimiento a la adopción que a ellos compete: pero en tratándose de menores abandonados, de aquellos de que trata el artículo 282 del Código Civil, no será necesario suministrar este dato y en su lugar, debe aportarse al proceso la declaración de abandono.

Esta ha venido siendo por demás la interpretación unánime que ha venido dándose en estrados judiciales desde la vigencia de las nuevas normas. Quiere esto decir que, si el consentimiento a la adopción no es dado dentro del proceso por los padres o por el guardador, debe obrar, como requisito previo, la declaración administrativa de abandono, para que el citado consentimiento pueda ser dado, alternativamente por el Defensor de Menores o por la institución de adopción. Dicho en otras palabras, ni el defensor de menores ni la institución de adopción tiene facultad para consentir en una adopción, si no media la declaración administrativa de abandono, la cual viene, por así decirlo, a conferirles una facultad que, sin ella, sería privativa de los padres o del guardador a falta de ellos. Además, siempre que se trate de menores que se encuentren en una de las tres situaciones previstas en el artículo 282 del Código Civil, es necesario adjun-

tar a la demanda de adopción, esta misma declaración administrativa, caso en el cual el juez del consentimiento sabrá que los padres o el guardador del menor no tienen por qué ser citados al proceso y que su función dentro del mismo, para efectos del consentimiento necesario, ha de ser prestado en la forma alternativa prevista en el artículo 274 del Código Civil.

El único efecto jurídico de la declaración de abandono, su única razón de ser, viene a ser precisamente esta: Ha sido creada exclusivamente para conferir facultad, bien al defensor de menores, bien a la correspondiente institución de adopción, para prestar un consentimiento a la adopción dentro del proceso y sin ella, ambos carecen de tal potestad.

La argumentación expuesta se refuerza con mayor análisis de la situación creada al respecto por la Ley 5-a. de 1975.

En efecto, dice el artículo 282 del Código Civil, reformado por la norma citada: "Para efectos de la adopción, se entiende que se encuentran abandonados:

- 1) Los expósitos.
- 2) 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 (3) meses.



3) 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.

Y agrega el artículo 283: "Corresponde al Defensor de Menores declarar el estado de abandono de un menor, previo procedimiento señalado en los artículos 8o. y 9o. del Decreto 1818 de 1964."

Del examen del primero de los artículos citados se deduce que se refiere a tres categorías de menores, en forma taxativa, todas las cuales implican situaciones de abandono de facto: la de los expósitos, la de los menores dejados durante un término definido en un establecimiento asistencial, y la de menores entregados precisamente con miras a su adopción, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a una entidad con licencia del mismo. Tales tres situaciones de hecho, constituyen por sí mismas un abandono físico y moral de los deberes de los padres en relación con su hijo y del ejercicio de los derechos correlativos y constituían antes de la vigencia de la Ley 5a. y siguen constituyendo ahora, causal suficiente según la legislación pre-existente para que el juez suspenda la autoridad paterna y la patria potestad sobre el menor afectado. y

En tales condiciones, superfluas serían las disposiciones de la Ley 5a. sobre declaración administrativa de abandono en los casos contemplados por el reformado artículo 282 del Código Civil. Bastaría



que, en las situaciones de abandono previstas se aplicara la legislación anterior y se nombrara al menor guardador o curador y ellos prestaran el consentimiento necesario a la adopción, previo un proceso diferente. No olvidemos tampoco que la misma Ley 5a. prevé que el guardador, cuando el menor adoptable está sujeto a guarda, sea quien consiente y en tal caso, no se precisa la declaración de abandono, precisamente porque entonces el guardador ejerce las funciones que el consentimiento supone y requiere.

Pero si la nueva Ley modificó el artículo 282 y el siguiente 283 del Código Civil, forzoso es concluir, como lo indica la regla de hermenéutica, que tales modificaciones se hicieron con el propósito de que produjeran algún efecto. No se trata de normas inocuas ni contradictorias con las preexistentes, sino complementarias, restringidas las nuevas al caso específico que reglamentan: el de la adopción. Y con la consecuencia única de suspender, para efectos de la misma, la autoridad paterna y la patria potestad, con miras a que, pasando el ejercicio de las mismas al defensor de menores o a la entidad de adopción, únicamente en lo referente a la posibilidad de prestar un consentimiento a la adopción cumplan procesalmente tal función, la cual implica en principio en quien la ejerce el ejercicio de la autoridad paterna, la cual no pudiendo encontrarse al tiempo en cabeza de los padres y de terceros, debe suspenderse respecto a los primeros para que pueda ejercerse por los segundos. Además y por lo dicho, ni el defensor de menores ni la institución de adopción podrían utilizar la facultad que a ellos alternativamente confiere la resolu-

ción administrativa de abandono para ningún acto de representación del menor distinto al de prestar o negar su consentimiento dentro de un proceso de adopción. Debe considerarse además que la facultad de declarar administrativamente el estado de abandono fue conferida al defensor de menores dependiente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) mediante un procedimiento específico señalado en los artículos 4o y 5o del Decreto Reglamentario 752 de 1975, con aplicación de las formas previstas en el Decreto 1818 de 1964. Como los casos previstos en el artículo 182 del Código Civil como quedó expuesto, se refieren a situaciones de abandono de hecho y pre-existentes a las cuales se trata de dar un reconocimiento jurídico, este implica un procedimiento que en principio no ha de ser litigioso, como lo sería el judicial.

Por esta razón también se justifica la agilización práctica buscada, creando un procedimiento administrativo, a diferencia del judicial tradicional y la mayor expedición conseguida es sin duda requerida por la necesidad de solucionar con prontitud un abandono que crea situaciones de grave repercusión para el menor que en él se encuentra y que exige soluciones inmediatas tanto desde el punto de vista humano como en el terreno del derecho y de la ley.

Pero el establecimiento de un procedimiento de carácter administrativo el cual en principio no ha de ser litigioso y por regla general debe ser más expedito que el judicial, tampoco impide ni la presencia dentro del mismo de los padres biológicos del menor ni su oposi-

ción a la declaración de abandono que de él puede resultar. Así lo prevee expresamente el Decreto 1818 de 1964, y además los actos administrativos y éste es uno, tienen recursos que permiten su revisión en casos de inconformidad con ellos y existe inclusive la posibilidad de la revocatoria directa, para permitir la corrección de eventuales errores, omisiones o injusticias.

En resumen , tendríamos que a partir de la vigencia de la Ley 5a. y su decreto reglamentario, actualmente la autoridad paterna y la patria potestad terminan o se suspenden, según el caso, de dos maneras: 1) Por la vía judicial y en forma general, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 83/46 y 75/68 y el Decreto 2820 de 1974. 2) Por la vía administrativa y en forma excepcional y restringida, para los sólo efectos de prestar o negar el consentimiento requerido por la ley dentro de un ulterior proceso de adopción, en los casos previstos por el artículo 282 del Código Civil, de conformidad con lo preceptuado por el Decreto Reglamentario 752 de 1975 y por el procedimiento señalado en los artículos 8o. y 9o. del Decreto 1818 de 1964.

Para terminar, esta interpretación evidentemente es la que corresponde al espíritu del legislador y a su intención al crear la nueva figura jurídica de la declaración administrativa de abandono. No otra cosa se desprende claramente del siguiente texto, tomado de la presentación hecha por el Ministerio de Justicia al entregar el proyecto al Congreso: "Es una importante innovación... Muchas personas han abandonado a sus hijos o simplemente los han entregado a instituciones para su adopción... Posteriormente y conforme a su propio interés,

cambian de parecer y crean toda clase de dificultades que en modo alguno se justifican. La declaración de abandono, en casos que el proyecto expresamente contempla, tiende a evitar tales dificultades, además de hacer saber a los padres que una vez configuradas las circunstancias del abandono, perderán todo derecho sobre sus hijos abandonados. Con ellos se consultan solamente los intereses del menor".

3.3.3.2.3. TRAMITES PARA LA DECLARACION DE ABANDONO

El artículo 283 del Código Civil preceptúa que compete al defensor de menores declarar el estado de abandono de un menor y señala como procedimiento aplicable, el que está determinado en los Artículos 8º y 9º del Decreto 4818 de 1964.

Cabe desde luego proferir esta declaración en los tres casos señalados en el artículo 282 del Código, es decir, para menores expósitos, menores dejados en una institución de asistencia social durante un período superior a tres meses, o menores entregados por su representante legal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o a una institución con licencia para tramitar adopciones, otorgadas por aquél.

Estos tres casos de abandono de hecho están además reglamentados para su trámite, por los artículos 4º y 5º del Decreto 752 de 1975.

Los artículos 8º y 9º del Decreto 1818 facultan a la división de menores, hoy defensor de menores del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para abrir investigación, cuando quiera que se tenga conocimiento de un menor física o moralmente abandonado y en peligro, dándole al funcionario facultades más o menos discrecionales para la investigación correspondiente y exigiéndole que, realizada ésta, y con citación de los padres del menor, o de las personas de quien éste dependa, y en su presencia, se dicte la correspondiente providencia (en este caso la declaración de abandono), de manera verbal, breve y sumaria, pero dejando de ella un resúmen escrito.

Es necesario diferenciar dos tipos de requisitos a llenar: los que podrían llamarse generales y los que pueden considerarse específicos, según se trate de situaciones propias de cada uno de los tres numerales del artículo 282 del Código. Analizaré por separado cada una de estas categorías.

3.3.2.1. Requisitos Generales.

Dentro de estos, se exige invariablemente la presentación de los siguientes documentos:

1. Registro de nacimiento del menor, cuando no existe, la Defensora a cargo de la Oficina hace el registro ante la Notaría.
2. Una fotografía del menor.
3. Un certificado médico sobre el estado de salud del menor. Es

una exigencia algo arbitraria, aún dentro de la discrecionalidad prevista, por cuanto el estado de salud y el de abandono nada tienen que ver el uno con el otro.

4. Si el abandono es solicitado por una institución privada, se exigen certificados sobre su representación y personería así como sobre la vigencia de su licencia para tramitar programas de adopción. En este caso, también se exige poder otorgado al abogado que tramite.

3.3.2.2. Requisitos Específicos.

A más de la documentación referenciada anteriormente, es necesario presentar una adicional, según se trate de cada uno de los tres casos contemplados en el artículo 282 del Código así:



INCISO 1º- EXPOSITOS

En tratándose de esta categoría de menores, los cuales, como el término lo indica, son aquellos cuyo origen, procedencia e identidad generalmente se ignoran, quienes usualmente son encontrados en las más variadas circunstancias, es necesario acompañar copia de la denuncia por abandono presentada ante autoridad competente, como lo pide el Decreto 752 de 1975.

Con frecuencia, en estos casos se exige la publicación de la fotografía del menor en un periódico local. Tal medida puede ser útil, unida a una espera prudencial antes de dictarse el abandono, para e-

Evitar actuar en casos de extravío accidental de un niño.

INCISO 2º MENORES ENTREGADOS A UN ESTABLECIMIENTO DE ASISTENCIA SOCIAL.

El caso aquí contemplado es de ocurrencia frecuente. Se trata de menores abandonados por sus progenitores a parientes en hospitales, generalmente, bien sea después del nacimiento, o bien después de haberlos internado para tratamientos diversos. Por lo común, no es posible localizar tales padres o parientes.

En tales circunstancias, exige el Decreto 752 que se adjunte a la solicitud de abandono una certificación suscrita por el Director del establecimiento en donde fue abandonado el niño, en el cual conste la fecha de ingreso del mismo, lo cual armoniza con el requisito fijado en estos casos por la Ley 5a, según el cual el abandono solamente puede dictarse transcurridos tres meses después del abandono, contados a partir de la fecha de ingreso.

Algunos comentaristas de la Ley 5a han criticado la brevedad de este término, el cual en el proyecto inicial era de seis meses. Nos parece que la crítica no tiene fundamento, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de niños dejados al cuidado de una institución de asistencia social y abandonados allí. Es de suponer en estos casos un abandono intencional y una elusión consciente de toda responsabilidad e interés por parte de quien confinó el encargo. El bie-

nestar del niño, primera y última razón de toda medida de protección legal a la infancia, exige fundamentalmente prontitud y oportunidad. Cualquier dilación implica un perjuicio moral y material para el niño, y en este caso, no se ven razones suficientes que justifiquen una extensión del término previsto. Antes por el contrario, este puede ser demasiado largo cuando un niño ha sido dejado en un hospital, en donde se carece de medios para atenderlo durante tres meses y en donde corre riesgos de toda índole, comenzando por el de contagio. La práctica tampoco indica la necesidad de modificar este término de la Ley.

Además, conviene poner de presente que la Ley está señalando un término mínimo, el cual si las circunstancias lo aconsejan, y obrando dentro de la discrecionalidad de que goza el funcionario, podrá extenderse prudencialmente.

INCISO 3°. MENORES ENTREGADOS PARA SER ADOPTADOS, BIEN AL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR O A INSTITUCIONES CON LICENCIA, POR SUS REPRESENTANTES LEGALES.

Es este el caso más simple. Se trata de niños entregados por sus padres, la mayoría de las veces madres solteras, expresamente para su posterior adopción, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a alguna de las entidades privadas autorizadas por este, para adelantar programas de adopción.

Tanto el Instituto como las entidades privadas, mantienen actas o documentos en los cuales constan estas entregas. Sin embargo, estos documentos como es obvio, son fundamentalmente confidenciales.

Por una parte, su divulgación atentaría contra el más elemental derecho a la intimidad. Por la otra, uno de los principios más importantes y más respetables en materia de adopción es el de la completa escisión entre el pasado y el presente del niño adoptado, entre su origen biológico y su actualidad familiar. En caso alguno parece conveniente que los padres biológicos conozcan la identidad de los adoptantes, ni viceversa.

Precisamente, para acoger el principio de lo anterior, el Decreto 752 de 1975, previó que, en tratándose de menores comprendidos en el inciso que comentamos, bastará para obtener su declaración de abandono, adjuntar a la solicitud".....certificado del Instituto o de la institución, mediante el cual se acredite que recibió al menor para darlo en adopción " (artículo 5° D.R. 752 de 1975). Es decir, en estos casos el documento de entrega del menor puede ser mantenido con la debida reserva y reemplazado por una certificación que acredite el hecho.

Vale la pena señalar que en estos casos, la entrega del menor equivale realmente a un consentimiento expreso y genérico para la adopción, prestado por el representante legal del niño. Pero como este consentimiento se produce extra-proceso, bien está que la Ley no lo

considere suficiente para llenar el requisito del mismo exigido por el artículo 274 del Código Civil, sino que se requiera el trámite previo de la declaratoria administrativa del abandono del menor, para que, entonces y en virtud del mismo, el consentimiento procesal corresponda darlo bien al defensor de menores, o bien a la institución a cuyo cuidado se encuentre el menor.

Esta Resolución administrativa una vez dictada se notifica.

3.4 CAPACIDAD DE LA MADRE MENOR DE EDAD PARA ENTREGAR SU HIJO EN ADOPCION



3.4.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA HUMANO

Es un hecho social de ocurrencia relativamente frecuente en nuestro medio el que, como parte del fenómeno del madre-solterismo, exista una proporción importante de madres menores de edad la cual si bien se redujo cuantitativamente como consecuencia de la Ley 27 de 1977 que disminuyó la mayoría de edad a los dieciocho años, no ha perdido su significación.

Esta situación reviste especial importancia dentro del tema que nos ocupa, por cuanto justamente es esta categoría de madres quienes en mayor imposibilidad se encuentran para atender a sus obligaciones como madres, las más impreparadas psíquica, moral, laboral y materialmente, aquéllas cuya maternidad podría decirse, ha sido más accidental, inesperada y desprotegida.

Por tales razones son quizás aquéllas para quienes más se justifica la adopción como solución no solamente a su propio problema, sino principalmente al que casi siempre va a derivarse para sus hijos.

Por otra parte, si es regla general el que toda madre que toma la decisión de entregar un hijo en adopción, procura mantener su decisión en reserva y con razón desde luego, dada la incomprensión social ante tal

actitud, y si tal deseo justificado debe ser protegido por razones de respeto al derecho a la intimidad, a la dignidad humana, a la consideración que estas madres merecen, con mayores veras tal sigilo y reserva deben guardarse si se trata de menores de edad, frente inclusive a sus padres y parientes, por ser justamente las personas antes quienes mayores temores suelen albergar las madres más jóvenes,

Es que nuestros medios sociales en sus diversos niveles, son tolerantes y cada vez más laxos frente a situaciones personales otrora inaceptables como el co=cubinato, la esterilización y el aborto. Pero el madre-solterismo es algo que no se perdona y que marca por igual a la mujer como al hijo. Este es rechazado, sobre todo en niveles medio y alto y la mujer misma es repudiada, tanto dentro del núcleo familiar como en los medios próximos que la rodean.

Enfrentada a una situación de esta índole, frecuentemente la mujer con el valor de llevar a término su embarazo, debe tomar sus decisiones sola, por temor a las reacciones que provocará el conocimiento de su estado entre sus padres, allegados o amistades. Si se trata de una menor de edad, el conflicto se agrava.

Pero la necesidad de reserva y sigilo no hace sino aumentar el problema tanto humano como jurídico, frente a la decisión de una madre menor de edad para entregar su hijo en adopción,



3.4.2 EL PROBLEMA DE ORDEN LEGAL

La situación humana y social que se acaba de plantear, como ha quedado enunciado, implica otro problema frente a las normas legales vigentes. Por una parte los artículos 1502 y 1504, inciso 3o, del Código Civil preceptúan que los actos jurídicos realizados por un menor adulto, que sería el caso, estarían viciados de nulidad relativa. La entrega hecha por la madre menor de dieciocho años y mayor de doce sería un acto jurídico nulo relativamente y, para salvar esta nulidad, la entrega debería ser hecha bien por los padres de la menor, bien por su curador (artículo 40 Decreto 2820 de 1974),

Pero por otra parte, los derechos y obligaciones entre padres e hijos fluyen como se ha dicho, por derecho natural del hecho biológico de la maternidad y la paternidad, sin consideración a la edad de los progenitores, y así lo reconocen nuestras normas positivas en el Libro I, Títulos 12 y 14 del Código Civil. Una madre natural, así sea menor de edad, tiene estos derechos y obligaciones y la entrega de su hijo en adopción, como también se ha señalado, es consecuencia directa e inmediata de ellos. Es más, una madre menor de edad puede tomar tal decisión y de hecho así suele ocurrir, como la única forma a su alcance para cumplir con sus obligaciones de madre y garantizar por este medio la supervivencia y el bienestar de su hijo.

He aquí el dilema jurídico que se tratará de analizar: según las normas que rigen la capacidad de ejercicio en el Código Civil, la madre menor de edad no está facultada para consentir en la adopción de su hijo o pa-

ra entregarlo en adopción, como lo prevén los artículos 274 y 282, numeral 3o. del Código. Según las normas que regulan los derechos y obligaciones entre padres e hijos, tendría tal capacidad irrespectivamente a su edad, como una consecuencia directa de tales derechos y obligaciones.

No se ha encontrado un análisis de este tema en los autores consultados, pero sí algunos conceptos y opiniones al respecto en documentos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (y, gr. Conclusiones y Recomendaciones del Simposio Internacional sobre Adopción, I.C.B.F. 1979 y otros), que inspirados en el criterio de la incapacidad de ejercicio, concluyen que la madre menor de edad no puede entregar su hijo en adopción. Sin embargo, es una conclusión que, tal como se ha visto presentada, adolece de todo análisis jurídico y se limita a exponer un criterio a priori sobre el tema. Como se considera que éste reviste implicaciones prácticas importantes y es de diaria ocurrencia y, como además, se encuentra lo suficientemente complejo en el campo de la interpretación jurídica, no se pueden aceptar conclusiones que no sean fruto de un estudio profundo y una hermenéutica sólida y objetiva.

Se tratará, pues, de profundizar más en el análisis de los dos criterios en el dilema.

3.4.2.1 El criterio de la incapacidad de ejercicio en los actos jurídicos.

El Código Civil en su artículo 1502 a su vez hace consistir la capacidad legal de una persona en la circunstancia de que ésta pueda obligarse por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra; y luego

en el artículo 1504 declara que son absolutamente incapaces, entre otros, los menores impúberes (mujeres menores de doce años) cuyos actos no producen ni aun obligaciones naturales. Para los menores adultos (mujeres mayores de doce y menores de dieciocho años) define que su incapacidad no es absoluta y que sus actos pueden tener efecto en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por la Ley.

Ahora bien, siendo el acto de entrega de un hijo hecho por una madre menor de edad un acto jurídico, como que ha de tener efectos en derecho, cuales son los de servir de base a una declaración de abandono, no, en los casos del numeral 3o. del artículo 282, lo, llenar el requisito de legalidad del consentimiento a la adopción prestado procesalmente, como sería el caso del artículo 274, Inc. 1o., tal acto jurídico, para su validez, requiere la capacidad legal de quien lo ejecuta. Siendo la madre que realiza la entrega o presta el consentimiento menor de edad, su decisión sería inválida o requeriría el consentimiento prestado por los padres o el curador de la madre misma.

Siendo las normas sobre incapacidad de interés público, su aplicación es general, restrictiva, no admiten excepciones no consagradas en forma expresa por la Ley.

Con dicha argumentación, aparentemente impecable según los textos legales citados, se puede negar, y de hecho casi se ha pretendido obrar en ocasiones, una declaración de abandono pedida con fundamento en el

citado artículo 282, numeral 3o. del Código Civil, en casos de minoría de la madre, o podría negarse el juez a aceptar un consentimiento prestado directamente dentro de un proceso de adopción, en igualdad de circunstancias.

Sin embargo, el planteamiento así hecho y el cual ha pretendido aplicarse en la forma expuesta, es un planteamiento incompleto por cuanto deja de lado la distinción legal entre nulidades absolutas y relativas, así como las consecuencias que de tal distinción se derivan.

En caso de madres impúberes, sería tal vez inobjetable, pero tales casos son extraordinarios biológicamente excepcionales y carecen de interés práctico.

En efecto, para el caso que se analiza, se trata de madres menores adultas, ubicadas en edades por encima de los doce y por debajo de los dieciocho años, generalmente de más de dieciseis. Sus actos jurídicos están pues viciados de nulidad relativa. En esta categoría de menores la incapacidad del menor adulto ya no es absoluta como la del impúber, sino que es relativa. Así, aquél puede realizar por sí sólo ciertos actos, tales como contraer matrimonio, otorgar testamento y administrar su peculio profesional. Además, para la celebración de los actos jurídicos respecto de los cuales el menor adulto es incapaz, no es necesaria la intervención directa de su representante legal, sino que basta con la autorización de este último para que los actos cumplidos directamente por aquél sean válidos".

El hecho de que se trate de nulidad relativa tiene además otras implicaciones de importancia, a más de las señaladas en el párrafo transcrito: Como lo preceptúa el artículo 1743 del Código Civil, la nulidad de un acto afectado de nulidad relativa no puede ser declarada de oficio, sino solamente a petición de parte interesada y puede ser saneada por el transcurso del tiempo, que de conformidad con el artículo 1750 ib, es de cuatro años,

Entonces se tendría que una madre menor adulta puede hacer por si misma entrega de su hijo para ser adoptado, Si al realizar el acto directamente no cuenta con la autorización de sus guardadores, estaría-se frente a un acto relativamente nulo, pero sin que el juez pueda declararlo así de oficio y rehusar el consentimiento prestado dentro de un proceso de adopción, ni el defensor de menores abstenerse de declarar con tal argumento un abandono solicitado.

Esto por cuanto la nulidad no puede declararse, siendo relativa, de oficio, sino a petición de parte. Como se trata de aplicación de normas expresas, el negarse a aplicarlas implicaría un caso de abuso de autoridad.

3.4.2.2. El Criterio de los derechos y obligaciones de los padres respecto a sus hijos menores;

Según este criterio, no bastaría aplicar al caso en análisis las normas sobre incapacidad relativa de una madre menor. El tratar de dilucidar el problema jurídico planteado con la sola aplicación de tales

normas, llevaría a situaciones hipotéticamente injustas y contra natura. La necesidad de que una madre menor tuviera que cobrar representada por sus padres en estas cosas, o al menos con su autorización, podría conducir en la práctica a que, si tal fuera la decisión de sus guardadores, el hijo de aquella pudiera ser entregado en adopción por éstos contra el querer de la primera, posibilidad monstruosa y afeñida con el Derecho Natural. La presencia de una nulidad, así fuere relativa, forzaría con el fin de obtener la autorización requerida, a informar a los padres de la menor, violando su derecho a la intimidad y creándoles muy posiblemente conflictos familiares y personales insolubles, etc.

Es necesario tener en cuenta que el Código Civil, en los artículos 12 y 14 del libro 1.º, que regulan las relaciones entre padres e hijos, señala a una serie de derechos y obligaciones que corresponden a los padres con relación a sus hijos. Constituyen tales normas la consagración positiva de las llamadas "Autoridad Paterna" y "Patria Potestad", instituciones del Derecho de Familia que tienen su fuente esencial en el Derecho Natural.

Los derechos que se consagran en cabeza de los padres sobre sus hijos se reconocen a su vez fundamentalmente para garantizar el cumplimiento de obligaciones recíprocas. Vale decir, los padres tienen el derecho de escoger un colegio para sus hijos, pero este derecho existe para garantizar la obligación que incumbe a aquellos de dar a estos educación y formación, las cuales se complementan en el colegio.

Si existe pues un conjunto de obligaciones impuestas a los padres para garantizar la vida, la salud, la alimentación, la formación y educación, el vestuario, etc., adecuados para los hijos, preciso es reconocer a aquellos sobre quienes tales deberes recaen, los derechos necesarios para cumplir cabalmente con ellos.

Si esto es así, mal puede resolverse el problema en estudio sin tomar en consideración las normas que consagran la Autoridad Paterna. Pues bien, este conjunto recíproco de obligaciones — derechos que integran la Autoridad Paterna —, corresponden a los progenitores por el hecho biológico de serlo, sin sujeción estricta a una edad determinada. Parecería que la ley positiva presume que quienes fisiológicamente son aptos para engendrar, ya tienen mental y psicológicamente el mínimo de madurez necesaria para asumir la responsabilidad inherente a su maternidad o paternidad, por cuanto las regulaciones de los Títulos 14 y 14 del Libro lo. citadas no están supeditadas a la mayoría de edad, vale decir a la plena capacidad legal de ejercicio.



Y es que si miramos el problema desde el ángulo de infante cuyos derechos elementales se trata de garantizar con estas normas, su derecho a la vida, a la salud, etc., no son relativos sino absolutos y no pueden estar condicionados a que sus progenitores tengan o no una edad específica, ni estar condicionados a la plena capacidad legal de ejercicio en los mismos, ni estar ligados a una autorización de otros, así sean los abuelos, que puede o no darse y que puede o no ser oportuna, ser o no adecuada y que, en todo caso, correspondería a personas de a-

quellas sobre quienes recaen directamente la obligación ética y la legal positiva.

Sin embargo, ciertos actos son de naturaleza demasiado íntima y de apreciación demasiado personal para que se permita a un representante legal realizarlos en su nombre.

Esto es así, en primer lugar, cuando el acto por realizar exige una manifestación personal de voluntad: es el caso del matrimonio o del testamento.

Si bien es cierto que, para los casos del ejemplo de la cita, matrimonio y testamento, existen normas expresas que facultan la celebración de tales actos por parte de menores adultos, eximiéndolos de la nulidad relativa, también es cierto que el acto de entregar un hijo en adopción tiene la misma naturaleza que aquellos "demasiado íntimo que exigen una manifestación expresa de voluntad y los cuales no conciben su realización por intermedio de un representante legal.

Además, el incumplimiento de las obligaciones de familia y el abandono de los derechos correlativos, tiene sanción legal no solamente en el orden civil, con la pérdida o suspensión de los mismo o con sanciones pecuniarias, como lo dispone la Ley 83 de 1946, sino en el campo del Derecho penal, mediante arresto de seis meses a dos años y multa de mil a cincuenta mil pesos (Artículos 40 y 41 de la Ley 75 de 1968), o en el caso del delito de abandono y exposición de niños, mediante penas

que van de uno a tres años, que se extienden hasta seis en el caso de muerte del niño (artículos 395 y 396 del Código Penal). Y tales sanciones obran en todo su vigor contra el menor de dieciseis años o mediante las medidas de seguridad previstas en el artículo 663 del Código de Procedimiento Penal, contra el menor de tal edad.

Frente a lo expuesto es claro que el mal puede aceptarse que la ley imponga una obligación sin consideración a la edad del obligado, sancione civil y penalmente su incumplimiento inclusive cuando el infractor es un menor, pero que, por otra parte, obstaculice o impida a la persona obligada para el cumplimiento de tal obligación, afectando de nulidad relativa cualquiera de los actos jurídicos enderezados a tal cumplimiento. Esta situación absurda y contradictoria, solamente puede resolverse admitiendo que existe una desarmonía en la ley, la cual debe disiparse mediante la interpretación lógica y científica.

Siguiendo, pues, las pautas señaladas y frente a la contradicción normativa que se ha puesto en evidencia, se observa que los preceptos contenidos en los artículos 1502 y 1504 Inc. 3o. del Código Civil, son de carácter general y se refieren a la capacidad o incapacidad de ejercicio para toda clase de actos jurídicos. Las normas de los Títulos 12 y 14 del Libro 1o. son en cambio especiales, pertenecen al Derecho de Familia y regulan las obligaciones y derechos entre padres e hijos. En estas circunstancias, debe aplicarse la regla interpretativa del artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, según la cual si en un mismo Código se hallaren disposiciones incompatibles entre sí, la disposición rela-

tiva a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general,

Así, si el acto jurídico de entregar un hijo para su adopción, o de prestar el consentimiento a ella es, como ha quedado explicado y lo corroboran autores como Planiol y Ripert, parte integrante de la Autoridad Paterna, la cual como un conjunto integral de deberes y derechos recíprocos, corresponde a los progenitores cualquiera que sea su edad, siendo su ejercicio una verdadera "Obligación Legal" para su titular, forzoso sería concluir que una madre soltera menor adulta si tiene capacidad especial para ejecutar tales actos jurídicos por sí misma y sin necesidad de representación o de autorización de su representante legal.

3.5 EL PERMISO PARA SALIR DEL PAIS Y OTROS TRAMITES ADMINISTRATIVOS.

Teniendo en cuenta la gran cantidad de adopciones realizadas por adoptantes extranjeros, así como la relativa demora en terminar un proceso de adopción, era necesario tomar previsiones en beneficio de los menores adoptables. En efecto, cuando la adopción se adelanta por parte de padres residentes en Colombia, el niño ingresa al hogar adoptante de manera casi inmediata, sin necesidad de esperar ningún trámite específico; ello permite que el menor goce de los cuidados individuales y del afecto familiar, sin dilación causada por motivos de trámites legales.

Cuando los adoptantes son residentes en el exterior, el niño no podría

salir del país hasta la terminación del proceso de adopción, y la demora en obtenerla, normalmente de unos cuatros meses en conjunto, es susceptible de producir serios perjuicios al menor, tanto en el orden de su salud y desarrollo físicos, como en el aspecto psíquico, debido a la prolongación de su situación de abandono y de privación afectiva y del período de su institucionalización. Ello también pesaría injustamente en los presupuestos de las entidades encargadas de su cuidado y atención temporal, suficientemente ajustados de por sí.



Consideraciones de este orden, llevaron a proveer una norma dentro de la Ley 5a. que permitiera a padres con residencia en el exterior, la posibilidad de recibir a su hijo, y encargarse de su crianza y cuidado, sin tener que esperar hasta la sentencia de adopción correspondiente. La idea está plasmada en su artículo 8o. el cual permite a adoptantes residentes en el exterior, cuya demanda ha sido ya admitida por el correspondiente juzgado, la posibilidad de trasladar a su hijo a su país, previo permiso concedido al efecto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Esta disposición fue además reglamentada por los artículos 2o. y 3o. del Decreto Reglamentario 752 de 1975.

Estas normas crean un nuevo trámite administrativo, que se cumple ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y que constituye un acto administrativo reglado. En efecto, el Instituto debe expedir el permiso de salida del país al menor, si se cumplen los requisitos exigidos por las disposiciones pertinentes.

Tales requisitos se reducen a presentar la correspondiente petición,

en la cual los adoptantes declaren bajo juramento que se encargan del cuidado del presunto adoptivo, indiquen el lugar y dirección donde lo tendrán, y se comprometen a seguir las instrucciones de las autoridades colombianas en lo concerniente a la adopción en curso, e informar a estas sobre los cambios de dirección y las condiciones del menor.

A tal petición se debe acompañar copia auténtica de la demanda del auto admisorio, de la misma, permiso de inmigración al país de destino, o certificación consular, que acredite el otorgamiento de la correspondiente visa una vez se conceda el permiso de salida, y tres cartas de recomendación suscritas por personas que conozcan a los adoptantes y de fe sobre sus condiciones morales, sociales y de salud.

El Decreto 752 exige que la solicitud fuera presentada en forma personal por los adoptantes ante el funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lo cual era justificado por el Instituto, autor del reglamento, con el argumento de que era conveniente forzar la presencia física de los padres en el país y además realizar una entrevista con ellos para poder juzgar sus cualidades. El primer argumento es en principio válido, pero existen casos en los cuales no se justifica exigir inexorablemente la presencia de los padres en el país, la cual implica dificultades y costos elevadísimos, y por lo tanto, limitación de oportunidades de adopción; sería el caso, por ejemplo, de una segunda adopción, para la cual los padres acrediten serios inconvenientes para su viaje. En cuanto al segundo argumento, es peregrino pensar que

en una fugaz entrevista se puedan juzgar calidades personales y, además, ésta se había convertido en la práctica en simple formalidad grotesca, por cuanto debido a las diferencias de idioma, era imposible toda comunicación.

La exigencia fue demandada ante el Consejo de Estado por el doctor Roberto Suárez Franco, y fue anuíada por exceder las facultades reglamentarias y modificar las reglas generales sobre presentación personal y representación.

En la práctica, sin embargo las instituciones privadas siguen exigiendo la venida a Colombia de los padres adoptantes, salvo muy justificadas excepciones. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cambio, después de criticar al Consejo de Estado, por considerar que su decisión propiciaba el tráfico de niños, adelanta sus propios programas de adopción con Holanda y Suecia; sin que nunca los adoptantes pisen el país.

En todo caso, hoy la petición puede hacerse mediante presentación ante notario extranjero con autenticación consular, directamente ante el cónsul colombiano, o por intermedio de apoderado, según las reglas generales.

La medida del permiso para salir del país antes de terminar el proceso de adopción correspondiente ha sido muy criticada, generalmente en medios no conocedores de la adopción misma. Sin duda se trata de una nor-

ma no común que encuentra plena justificación no ciertamente en procedimientos jurídicos sino en el interés del menor, y en razones sociales como ha quedado explicado, que son los motivos inspiradores hoy de la norma antes que los tecnicismos propiamente jurídicos, afortunadamente.

Adicionalmente existen ciertas tramitaciones de menor importancia. Para el caso de los adaptantes extranjeros se requiere, como lo exige el artículo 3o. del Decreto 752 de 1975, literal b), acreditar que el menor, en caso de obtener el permiso de salida del país, podrá a su vez ingresar lícitamente en el de destino. Ello supone una serie de gestiones ante las respectivas embajadas o consulados, y en ocasiones ciertas diligencias previas en el exterior, todo lo cual difiere según el caso particular de las reglamentaciones propias de cada país.

Adicionalmente, era necesario en Colombia obtener el paz y salvo fiscal del niño adoptable, caso muy ilustrativo de cómo nuestros reglamentos llegan al ridículo. Al eliminarse este requisito para la obtención de pasaporte (Ley 1a. de 1931) y se suprimió tan curiosa exigencia para nuestro caso, lógicamente, se hace indispensable la tramitación necesaria para obtener el pasaporte correspondiente del niño.



CAPITULO 4

LA ADOPCION PLENA

4. LA ADOPCION PLENA.

Como ya lo había señalado, al crear la Ley 5a. la figura de la adopción plena, estableció en el país un estatuto jurídico para el adoptivo que se ciñe al requisito de identificar la filiación adoptiva con la legítima, el cual caracteriza todas las legislaciones modernas. Analizaré pues en primer lugar, las disposiciones referentes a este tipo de adopción, para referirme posteriormente a la otra categoría adoptiva.

4.1. QUIENES PUEDEN ADOPTAR



Exigen las normas vigentes que el adoptante tenga capacidad legal, es decir, que no se trate de persona afectada por algunas de las causas de incapacidad absoluta o relativa previstas en la Ley. Debe también el adoptante tener una edad mínima de veinticinco años y una diferencia de edad con el adoptivo de por lo menos quince años.

Si la adopción es hecha conjuntamente por cónyuges, al menos uno de ellos debe llenar el requisito de la edad mínima. Estas son disposiciones lógicas, que no requieren comentario especial y que siguen, en

términos generales, parámetros similares a los impuestos por la misma naturaleza dentro de la maternidad o la paternidad biológicas. Por ello mismo es de lamentar que, habiéndose señalado edad mínima para el adoptante, no se hubiera fijado un límite máximo de edad, o una diferencia máxima de edades entre adoptante y adoptivo. La Ley 5a. manifiesta una especial y justa preocupación en la protección cuidadosa del interés del menor adoptable, y dentro de ella se hecha de menos el establecimiento de la diferencia máxima de edades. No es conveniente para ello un recién nacido, por ejemplo, ser adoptado por persona excesivamente mayor, por razones obvias. En la práctica, las instituciones privadas se ciñen más o menos a una norma no escrita, aconsejada por psicólogos: No dar en adopción recién nacidos a padres mayores de cuarenta y cinco años; si uno de ellos excede tal edad, por cada año de exceso corresponderá un año en la edad del adoptivo. Sin embargo, en las adopciones realizadas dentro de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar existe anarquía en una política de edades, como en muchos otros aspectos de la adopción que se confían al instinto del funcionario.

Cuando la adopción es hecha por persona casada no divorciada y de manera individual, no conjunta, se requiere el consentimiento del cónyuge no adoptante. Así mismo, es posible la adopción por parte del guardador, siempre que, previamente, haya obtenido la aprobación de las cuentas de administración de los bienes del pupilo.

Dentro de la filosofía de protección al menor que inspira a la norma, se permite al padre o madre naturales adoptar al hijo que tenga tal

condición, para mejorar su estatus legal. Ello permite además que el niño, inocente de culpas eventuales de sus padres, pueda ingresar sin estigmas ni discriminaciones, al seno de una familia integrada que le dé la protección a la que él tiene derecho.

Como es lógico en este caso la adopción puede ser hecha conjuntamente por el padre o madre naturales con su cónyuge. En el mismo orden de ideas, el hijo legítimo puede ser adoptado por el cónyuge de su padre o de su madre.

Pueden también adoptar quienes tengan o lleguen a tener más tarde hijos legítimos, naturales o adoptivos. Por último es importante destacar que quien pretende adoptar debe acreditar condiciones físicas, mentales y sociales tales que demuestren su capacidad de suministrar un hogar adecuado para el hijo.

Puede decirse que es esta una especie de consagración del principio de paternidad responsable en la adopción. Se trata de algo especialmente delicado y significativo, por cuanto envuelve el principio de selección de los padres para un niño, y no cabe duda que en ella está involucrada la más grave responsabilidad que corresponde a la administración de un programa de adopciones, sea esta pública o privada.

Desde luego, la fórmula legal que comento sobre condiciones generales que deben reunir los adoptantes es en extremo sintética y no puede ser de otra manera. Sin embargo, el lleno cabal de tales condiciones, su análisis profundo y técnico, la cuidadosa selección de adoptantes even-

tuales, es justamente el más importante fundamento de una adopción, y por ello debe exceder en la práctica toda previsión legal. De él depende en gran medida el éxito de una adopción y el futuro todo de la vida de un niño.

Esta selección de adoptantes tiene aspectos y facetas muy complejos y técnicos. Por ello, un programa de adopciones no puede improvisarse, ni debe ser manejado por el personal inexperto, cambiante, carente de condiciones, capacidades e inclusive, una mística propia, muy especiales.

En mi opinión muy personal, este sería uno de los talones de Aquiles en un programa de adopciones administrado por un organismo burocrático, cualquiera que él sea. Tal vez por ello, casi en todos los países del mundo, sobre todo en aquellos en donde la adopción es más apreciada y ha tomado más auge, es manejada por organismos privados especializados y sin ánimo de lucro, desde luego con estrecha vigilancia y control gubernamentales.

4.2. QUIENES PUEDEN SER ADOPTADOS.



Limita la ley las posibilidades de ser acogido en adopción a los menores de dieciocho años. La lógica de esta limitación es evidente y solamente se contempla una excepción: pueden adoptarse personas mayores de tal edad, siempre y cuando que, antes de cumplir la misma, el adoptivo hubiere estado bajo el cuidado del adoptante. Tiene la excepción el evidente propósito permitir la legalización de las adopciones de hecho, tan frecuentes entre nosotros, principalmente como con-



secuencia de la inconveniencia de los preceptos anteriores.

La medida con tal alcance es conveniente, aun cuando de limitada aplicación práctica, por cuanto la mayoría de las adopciones de facto en Colombia se disfrazan bajo la apariencia de filiación legítima y los adoptantes a posteriori no se atreven a evidenciar su secreto.

Sea el momento de comentar, en relación con la edad del adoptivo, que la adopción ideal, como asimilación y simbiosis total familiar entre padres e hijos, solo se consigue en toda su plenitud, con niños pequeños, ojalá recién nacidos. A medida que aumenta la edad en la que el hijo ingresa al hogar adoptante, esta simbiosis ha de ser menos perfecta y estar sujeta a mayores dificultades. La adopción de niños grandes que se aproximan ya, o se encuentran, en la pubertad, tiene mayores riesgos de fracaso e implica siempre riesgos de mutua dificultad de adopción, alejándose progresivamente con la edad del adoptado de la plena identificación con la filiación biológica. Por tal razón, la adopción de niños relativamente mayores no es propiamente tal en el sentido profundo y personal que hemos dado a la institución en este trabajo. Sin embargo, dada la realidad social del país, frente al hecho de que el abandono y el desamparo físico y moral puede afectar a niños de la más variada edad, debe considerarse la adopción también en estos casos como medida altamente conveniente y aun necesaria, a pesar de los riesgos que envuelve.

Conforme se señaló en el numeral precedente, pueden ser adoptados los hijos naturales por su padre o madre individualmente, o de manera conjunta con el cónyuge de aquellos, e inclusive, el hijo legítimo por el

cónyuge de su padre o madre.

Nada dice la ley respecto a la adopción del adoptivo, es decir, la posibilidad de una segunda adopción. Ante el silencio, la interpretación lógica es que si el adoptivo llegare a encontrarse en una situación de abandono de las previstas en el Artículo 282 del Código, quedare huérfano, o sus padres adoptantes consintieren en su adopción por terceros, podría perfectamente ser adoptado de nuevo .

4.3 EFECTOS DE LA ADOPCION PLENA.

Dispone el artículo 276 del Código que por la adopción adquieren adoptante y adoptivo los derechos y obligaciones de padre p madre e hijo legítimo; siendo genérica, la disposición tiene el sentido que indica su texto, unicamente en relación con la adopción plena.

Esta asimilación reconocida por la ley de la filiación adoptiva (plena) con la legítima, constituye el avance más importante y la modificación de mayor trascendencia introducidos por la Ley 5a.

El efecto de dar al hijo adoptivo la condición legal de hijo legítimo resume en ella los demás efectos previstos de manera específica por misma norma para la adopción plena; al punto que bastaría casi que la norma se hubiera limitado a disponer solo este efecto, por cuanto los demás son consecuencia de él.

Se prevé expresamente que el adoptivo lleve como apellidos precisamen-

te los de los adoptantes. Si existe similitud entre la filiación legítima y la adoptiva, lógica es esta disposición. Igualmente, produce la adopción el ingreso del adoptivo a la familia adoptante, en igualdad de condiciones con el hijo legítimo. Siendo ello así, se extingue todo nexo con la familia de origen, como lo dispone el artículo 278 del Código.

Valga a manera de comentario señalar ahora la importancia que dentro de la adopción tiene la eliminación de todo nexo, relación o aun conocimiento entre la familia adoptante y la de origen. En principio, el hijo adoptivo no tiene pasado; para él solamente existe el futuro que le deparen sus padres y su familia adoptantes.

Toda posible relación, vinculación eventual conocimiento de un pasado sin sentido, puede crear ambivalencias, problemas y traumas de diferente origen, principalmente para el niño mismo.

No quiere decir lo anterior que el niño deba desconocer la realidad de su condición adoptiva. Ello también es origen comprobado de toda suerte de problemas graves. Una relación como la existente entre padres e hijos nunca puede sustentarse en una mentira o en el ocultamiento de una verdad. La adopción es algo noble y bello, que no tiene por qué ser ocultado y cuyo conocimiento por parte del adoptado, con naturalidad, solamente puede existir su posición familiar e incrementar los lazos afectivos con sus padres.

De la simbiosis, si así puedo llamarla, entre adoptivo y adoptantes,

deduce el artículo 278 las siguientes conclusiones:

1) Los padres y parientes de sangre carecen de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo. 2) No podrá ejercerse en caso de adopción, acción de impugnación de maternidad, ni la de reclamación de estado, ni la de reconocimiento, ni ninguna encaminada a establecer la filiación de sangre del adoptivo.

Por otra parte, el parentesco surgido de la adopción no se limita al existente entre adoptivo y adoptantes, sino que se extiende a todos los parientes de sangre de estos últimos.

En lo referente a derechos sucesorales, el adoptivo tiene los que corresponden a un hijo legítimo. Es por tanto legitimario del adoptante y tiene derecho a heredar por representación del adoptante o a ser representado en la sucesión de aquel por sus hijos legítimos.

A su turno, el adoptante ocupa en la sucesión del adoptivo el lugar de padre o madre legítimos.

El doctor Roberto Suárez Franco, en su ya varias veces citada obra, dice no compartir el criterio de la Ley 5a. en lo referente a que la adopción plena elimina todos los vínculos del adoptivo con su familia de sangre. En efecto, sostiene este autor que la misma ley mantiene el impedimento matrimonial entre el adoptivo y sus consanguíneos en línea recta y sus hermanos de sangre.

Ello es cierto, pero vale la pena recordar que este impedimento tiene un doble fundamento: el ético, para proteger las relaciones interfa-



miliares y preservarlas en su verdadero alcance, y el biológico, en razón de las incompatibilidades genéticas existentes entre parientes. En el caso de la adopción plena, el primero de estos fundamentos se desdibuja ante la inexistencia de relaciones personales y afectivas, pero el segundo permanece intacto. En estas condiciones, se justifica la conservación del impedimento en la norma, sin que por ello haya contradicción importante con el principio de desaparición de vínculos con la familia de sangre.

Ciertamente la Ley 5a. (artículo 279 del Código), reformó el artículo 50 del Código Civil, en cuanto el último limitaba el parentesco civil al existente entre adoptantes y adoptado. Al extender este parentesco a toda la parentela del adoptante, se siguen todas las consecuencias legales para el adoptado con relación a la familia de sus padres adoptivos. No hay en ello anomalía, por cuanto la filosofía acogida en la Ley 5a. es justamente la de que la paternidad y la maternidad no tienen una esencia biológica, sino de relaciones afectivas, personales y sociales y por ello la adopción deja de ser una simple ficción de derecho.

Finalmente, conviene señalar que de la adopción plena se siguen las demás consecuencias y efectos que normalmente surgen de la filiación legítima, como son la patria potestad que ejercen los adoptantes, la obligación alimenticia, etc.



4.4. LA ADOPCION SIMPLE.

La Ley 5a. de 1975, que dio tan significativo paso al crear la adopción plena con los efectos que acabo de señalar, cometió a la vez el más inexplicable y anacrónico de sus errores, al dejar consagrada una adopción a medias, denominada "Adopción simple", en la cual se conservan prácticamente todas las fallas de que adolecía la institución durante la vigencia de la Ley 140 de 1960.

En la carta dirigida por el doctor Rueda Gómez al Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 22 de agosto de 1973, se encuentra el siguiente comentario sobre este tópico: "La adopción equivale en la práctica, y esto es de su esencia, a un prohijamiento totalmente asimilado a la filiación por sangre. Toda posible diferencia es más rastro de cierto complejo no del todo desaparecido en algunos medios sociales que de realidades afectivas. La legislación contribuye indudablemente a esta situación, estableciendo diferencias que perjudican seriamente a la esencia de la institución y, por ello, no creo que exista justificación alguna para limitar el paso definitivo que en este punto permite el proyecto mediante la adopción plena, y conservando una forma anacrónica, discriminatoria, injusta, cuya desaparición por tanto tiempo ha sido anhelada por adoptantes y adoptivos. La llamada "Adopción simple", peca contra la esencia de la institución porque mantiene, o mejor pretende que se mantengan, nexos con dos familias, obligaciones con varios padres, lo cual imposibilita en la práctica ese "prohijamiento", esa asimilación total, sin condiciones, esa integración familiar plena, sin la cual la adopción pierde el princi-

pal, diría el único, de sus sentidos.

Igual sucede con la discriminación en materia de derechos herenciales y normas sobre parentesco. Creo sinceramente que la conservación de la adopción simple falsearía todo lo que el proyecto tiene de moderno, de concordante con la realidad, de agresivo en la integración familiar, y por tanto, dejaría pendiente la necesidad de una reforma de posibilidades remotas y que rompería la unidad y uniformidad de las normas al respecto"

En resumen, en la adopción simple el adoptivo tiene, respecto a los adoptantes, la condición de hijo natural y hereda como tal.

Pero lo más grave de la adopción simple, surge de lo dispuesto en el artículo 277 a tenor del cual "Por la adopción simple el adoptivo continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones!"

La fórmula anterior no puede implicar nada diferente a que las normas de los Títulos XII y XIV del Código, relacionadas con los derechos y obligaciones entre padres e hijos legítimos y sobre patria potestad, respectivamente, se aplican al adoptado en adopción simple respecto a su familia de sangre y a sus padres adoptantes. Esto significa ni más ni menos que el adoptivo por ejemplo, debe obediencia a dos padres simultáneamente. ¿Qué sucederá en caso de desacuerdo? ¿Si tuviere bienes, la administración de los mismos estará a cargo de ambos padres, o

de uno de ellos y, en este caso, de cuál? ¿Y qué respecto del usufructo legal? ¿Quién tendrá derecho a tomar medidas respecto a su formación y educación?

Estos interrogantes demuestran las tremendas incongruencias de esta ambigüedad de la adopción simple.

Pero si el legislador no se atrevió a romper definitivamente con las taras heredadas del pasado, sí lo ha hecho la práctica. Puede decirse que la adopción simple no se usa, y si algún caso se ha tramitado, sería tan excepcional, que no justifica la existencia de la norma.

Ahora bien, depende del adoptante escoger entre adopción simple o plena y la primera siempre puede convertirse a la última por el juez a petición del adoptante.

4.5. TRAMITES JUDICIALES.

4.5.1. NECESIDAD DE LA SENTENCIA JUDICIAL Y CARACTERISTICAS DE LA MISMA.

El estatuto vigente conservó la necesidad de la sentencia judicial para la adopción, eliminando la antigua exigencia de elevar a escritura pública el fallo. Casi todas las legislaciones del mundo prevén la intervención judicial y no se ve razón suficiente que justifique suprimirla. Por el contrario, la intervención de un juez de menores, a más de permitir el examen de las circunstancias de hecho exigidas por la

108

ley para poder adoptar, facilita estudiar la conveniencia o inconveniencia de la adopción pretendida para el mejor; imparte además seriedad y solemnidad a un acto de suyo trascendental.

Del texto del actual artículo 275 del Código se deduce que la sentencia resultado del proceso judicial, es constitutiva, es decir, que la adopción se perfecciona en virtud de tal providencia, una vez ésta quedé debidamente ejecutoriada. La sentencia debe inscribirse en el registro civil y sirve de base para que el notario que haya expedido la partida original de nacimiento del menor, la anule y expida una nueva. Este requisito cumple una finalidad ad probationem respecto a la adopción, como ocurre con las partidas referentes a estado civil.

Cabe anotar que la sentencia que concede la adopción tiene efecto retroactivo, a la fecha del auto admisorio de la demanda, según lo dispone el mismo artículo 275. Inspira esta disposición el espíritu de buscar reflejar en la norma más una realidad familiar y social que que principios jurídicos tradicionales. El adoptivo adquiere para los adoptantes el carácter de hijo no en virtud de un pronunciamiento judicial, sino en razón de la relación afectiva que se forma desde su ingreso al nuevo núcleo familiar. Esta retroactividad puede tener importancia en beneficio del menor, en relación con la adquisición de derechos consecuenciales a su adopción; por otra parte, compensa eventuales dilaciones en la finalización de un proceso.

Este precepto es además congruente con el contenido en el inciso 3º

del artículo 5° de la Ley 5a, a tenor del cual "si el adoptante muere antes de proferirse la sentencia, el juez ordenará la notificación de la existencia del proceso a sus herederos, dando aplicación, si fuere necesario, a los artículos 81 y 318 del Código de Procedimiento Civil". Quiere esto decir que la muerte del adoptante no suspende el proceso, el cual continúa y puede terminar con sentencia favorable, caso en el cual el adoptivo se convierte en heredero del adoptante.

Finalmente, debo anotar que la sentencia en estos procesos tiene por disposición expresa de la norma, recurso de apelación y además, el extraordinario de revisión.

4.5.2. EL PROCESO MISMO DE ADOPCION.

El juez civil de menores del domicilio del adoptable es competente para la adopción de menores de 18 años. En el caso excepcional de adoptables mayores de la edad indicada, tiene competencia el juez civil del circuito.

Corresponde a este proceso el trámite señalado a los juicios de jurisdicción voluntaria, reglamentado en los artículos 649 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En realidad, estos trámites son bastante ágiles y permiten obtener sentencia dentro de términos bastante cortos, en la mayoría de los casos.

Siendo por disposición legal, parte en este proceso el defensor de menores adscritos al juzgado de conocimiento, el auto admisorio de la demanda debe serle notificado. Su intervención está prevista como garantía de protección de los intereses del menor adoptable y de la sociedad misma su intervención procesal debe en consecuencia enderezarse a verificar que con la adopción pretendida se cumplan las finalidades mismas de la adopción y los requisitos legales. Según la ley, el defensor cumple dentro del proceso las funciones asignadas al Ministerio Público en el artículo 651 del Código de Procedimiento Civil.

Es importante recordar que, como se señaló al hablar de la declaración administrativa de abandono, cuando el adoptable ha sido declarado en tal estado, corresponde al defensor de menores, en primer lugar, prestar el consentimiento procesal a la adopción en curso. Si no existe resolución de abandono, dicho consentimiento debe ser prestado dentro del proceso por los padres de sangre; si uno de ellos falta, conforme a lo previsto en los artículos 118 y 119 del Código, lo presta el otro, a falta de ambos, el guardador.

Obviamente, este último consentimiento debe prestarse en audiencia, con presencia del juez y del defensor. En este caso, existen muchas circunstancias que verificar, las cuales hacen especialmente delicada tal diligencia. Sucede que, en la práctica algunos despachos omiten esta diligencia, limitándose a suplirla mediante la aceptación de un documento presuntamente suscrito por la madre natural, con su firma autenticada ante notario. En otras ocasiones, cuando la audiencia se realiza,

esta se lleva a cabo por parte de un escribiente cualquiera del juzgado, sin la presencia ni del juez, ni del secretario ni del defensor, se sienta una constancia estereotipada, sin siquiera constatar que la compareciente sea realmente la madre del menor, menos aún se indagan los motivos que la mueven para entregar su hijo en adopción, ni si en realidad se lo está entregando a los presuntos adoptantes, o más bien al abogado que los representa, quien en tal caso se estaría convirtiendo en un traficante de menores.

Tales corruptelas han convertido de hecho la posibilidad de prestar el consentimiento a la adopción de manera directa por los padres, dentro del proceso y sin necesidad de la previa declaración de abandono, en una de las vías mayormente utilizadas para el tráfico de niños. Esto ocurre, desde luego, bien con la específica complicidad de los despachos judiciales que así actúan y del defensor de menores correspondiente, bien al menos por la indolencia y la omisión culpable de los funcionarios involucrados.

En el caso de que el adoptable fuere menor púber, se requiere además, su propio consentimiento a la adopción.

En cuanto a pruebas, deben adjuntarse a la demanda, como lo preceptúa el artículo 4º de la Ley 5a, la prueba de la edad de adoptantes y adoptable, la prueba del matrimonio, si la adopción la hacen dos cónyuges en forma conjunta, la declaración de abandono, en los casos previstos por el artículo 282 que he comentado, la certificación sobre la vigen-

cia de la licencia de funcionamiento de la institución en donde se encuentra el menor expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las pruebas sobre idoneidad física, mental y social de los adoptantes y las demás que se estimen conducentes. Tales requisitos hacen del proceso de adopción una causa sui generis, por cuanto exige la presentación de todas las pruebas con la demanda misma, siendo excepcionales los casos en los que, dentro del período probatorio de quince días que sigue a la admisión de la demanda, será preciso decretar nuevas pruebas. Esto permite tanto al juez como al defensor de menores realizar una revisión inicial del proceso, previa al auto admisorio o al vencimiento del traslado del mismo, según sea el caso, para observar si se cumplen los requisitos de fondo y de forma para la adopción. Esto justifica aún más la circunstancia de que, que en los casos de adopción por parte de personas residentes en el extranjero, se conceda permiso para la salida del país del menor, una vez vez el auto admisorio de la demanda se encuentre ejecutoriado, como ya ha sido comentado.

CITAS DEL CAPITULO IV

1. Leyes 83 de 1946 y 675 de 1968, Decreto 2820 de 1974.
2. "Anales del Congreso", noviembre 15 de 1973, pág. 937, citado por Jaime Buenahora, en su tesis de grado, "La Adopción", Universidad del Javeriano, 1977, pág. 65.
3. Suárez Franco Roberto. "Derecho de Familia", Editorial TEMIS, Bogotá, 1979, pág. 332.
4. Rojas Arbeláez Gabriel. "El Espíritu del Derecho Administrativo", vol. 1, Editorial Temis, Bogotá, 1972, pág. 122.
5. Gómez J. J. "Derecho Civil", Primer año, conferencias inéditas, pág. 225.

- 6. Gómez J.J. Op. cit. pág. 226.
- 7. Ospina Fernández, "Curso de Derecho Civil de los actos y negocios jurídicos y de los contratos", Universidad Javeriana, 1976. pág. 118.
- 8. Gómez J.J. "Derecho Civil". Primer Año, conferencias inéditas, pags. 127, 128.
- 9. Gómez J.J. "Derecho Civil". Primer Año, Conferencias inéditas, pag. 101.
- 10. Suárez Franco Roberto. Op. cit. pag. 343.
- 11. Suarez Franco Roberto. "Derecho de Familia", Tomo 1o, 2a. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1979, pag. 365.

CAPITULO 5

RESULTADOS PRACTICOS DE LA LEY 5A. DE 1975



115

5. RESULTADOS PRACTICOS DE LA LEY 5A. DE 1975

5.1. EVOLUCION DEL CONCEPTO SOCIAL EN COLOMBIA DESPUES DE LA LEY 5a. DE 1975.

La legislación antigua sobre adopciones en el país es sin duda corresponsable de que la institución en Colombia no estuviera suficientemente difundida; sería de esperar que, al contar con uno de los estatutos legales más modernos y más avanzados del mundo en la materia, la situación hubiera variado sustancialmente.

Desde 1975 se ha operado una evolución positiva en cuanto al concepto social de la adopción. Por una parte, los procesos legales adelantados por colombianos han aumentado y por otra parte la institución poco a poco ha ido perdiendo su ancestral carácter de algo reservado y sólo conocido en voz baja y a manera de secreto.

Sin embargo, el cambio en la actitud hacia la adopción dista mucho de ser tan espectacular como lo fue el cambio legislativo, lo cual tal vez sea lógico, porque las actitudes y los conceptos sociales suelen evolucionar más lentamente y requieren generalmente de va-

riás generaciones.

En efecto, las actitudes sociales pueden impulsarse y alentarse. Sin duda, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ha estado comprometido en campañas institucionales de protección a la infancia y en campañas concretas, como la de "Hogares Amigos", para suministrar hogar temporal a menores que así lo requieran. Sería ciertamente útil que se hicieran campañas también para hacer conocer de los colombianos la institución de la adopción y el estatuto legal que la rige.

Pero el hecho concreto del bajo porcentaje de adopciones por parte de colombianos, nos indica que la institución en el país dista mucho de responder locamente a las necesidades sociales de la infancia abandonada.

Este bajo porcentaje de adopción por colombianos explica por sí solo y justifica ampliamente la adopción por extranjeros, tan criticada por medios informativos y por personas que desconocen totalmente el tema y su problemática.

Otro problema que subsiste en las adopciones por colombianos consiste en las adopciones de hecho, disfrazadas de filiación legítima. El niño es llevado a una Notaría, en donde se le registra como hijo legítimo de los adoptantes. Tal práctica, ilegal y que supone falsedad, es además enormemente peligrosa para el niño mismo. Al falsifi-

carse su estado civil, carecerá de filiación conocida y, desde luego, corre el riesgo de perder inclusive todo derecho en la sucesión de sus falsos padres.

La estabilidad familiar misma queda en tela de juicio en estos casos, los padres pueden perder al hijo a quien ya aman y el niño estará permanentemente sujeto a quedar sin hogar y sin familia. Sin embargo, tal práctica no ha podido ser totalmente erradicada con la nueva legislación.

A pesar de haber disminuido persiste también la costumbre de ocultar el hecho de adopción no solamente a terceros, sino, lo que es más grave, ante el hijo mismo y ante los parientes próximos, recurriendo a una simulación de parto inclusive en ocasiones.

Actitud como esta obedece a una falta de conocimiento y comprensión de la adopción por parte de los padres y a una actitud equivocada frente a su propia paternidad o maternidad. Es producto por lo mismo de un óculto complejo ante su propia decisión, que los lleva a mantenerla oculta.

Con tal actitud en la base, la relación que surge de la adopción estará fundada en una mentira y ella producirá efectos nocivos en tal relación. Estarán siempre presentes para los padres el temor y el desasosiego por la posibilidad de que su secreto sea descubierto y

existirá además siempre la sensación de inseguridad e insatisfacción hacia su propia paternidad y maternidad; el hijo difícilmente será verdaderamente sentido como tal, estará de por medio el fantasma de la ficción.

Y cuando el secreto se descubra, lo que por regla general ocurre, la situación será peor. Es conocida por psiquiatras y psicólogos la reacción negativa que produce en el hijo el descubrimiento súbito de la verdad que le ha sido ocultada.

Todo esto es sin duda producto de adopciones insuficientemente maduras, así como de un lastre ancestral no totalmente extinguido de falsas concepciones sociales y humanas.

Otra experiencia negativa en muchas de las adopciones por compatriotas es el desinterés y el descuido por realizar prontamente los trámites legales necesarios. Muchas veces, los adoptantes al recibir su hijo y llevarlo a su hogar, lo sienten quizás tan suyos, que olvidan, o al menos descuidan perfeccionar legalmente su decisión, y demoran inclusive años en hacerlo.

Los anteriores comentarios nos demuestran que, en realidad, las nuevas normas no han cumplido aún todo su efecto favorable potencial, quedando por hacer una importante labor educativa y explicativa de la adopción.



5.2. MIS SUGERENCIAS DE POSIBLES REFORMAS A LAS NORMAS VIGENTES.

Siendo la Ley 5a. un estatuto altamente avanzado y benéfico, su mayor falla consiste en haber conservado, a manera de lastre jurídico de conceptos ya superados, la dualidad entre adopción plena y adopción simple.

Esta segunda categoría de adopción aparece como una intercalación totalmente artificial dentro de la norma. Ha quedado comentado cómo los textos legales se plasmaron de una manera tan superficial, que crean incertidumbre absoluta sobre quien ejerce la autoridad paterna y la patria potestad sobre el hijo adoptado por adopción simple. Si son los adoptantes, o son los padres biológicos, o más bien tales atributos corresponden a ambos, es una conjunción imposible y absurda.

No es posible concebir que la Ley cree una categoría de filiación a medias e institucionalice la discriminación y las categorías entre niños, que solamente pueden tener dentro de una familia la calidad de hijo, a secas y sin calificativos.

Por ello, considero que una de las reformas que podrá justificarse al estatuto legal vigente, debería consistir en eliminar toda referencia a la adopción simple y suprimir para la otra categoría su calificativo de plena.

120

En el curso de este trabajo al comentar sobre "quiénes pueden adoptar" hice énfasis sobre otra posible falla de nuestra Ley, al establecer un mínimo de edad para el adoptante, sin haber fijado un límite máximo de edad o una diferencia máxima de edades entre el adoptante y el adoptivo. La Ley 5a. manifiesta una especial y justa preocupación en la protección cuidadosa del interés del menor adoptable, y dentro de ella se hecha de menos el establecimiento de la diferencia máxima de edades.

En la práctica, las instituciones privadas se ciñen más o menos a una norma no escrita aconsejada por los psicólogos: no dar en adopción recién nacidos a padres mayores de cuarenta y cinco años. Sin embargo, en las adopciones realizadas dentro de los programas del Instituto de Bienestar Familiar existe anarquía en unos políticos de edad.

Es por ello que se hace necesario el establecer un máximo de edad a fin de evitar esta falla, que fue rechazada en las leyes anteriores cuando se consideraba, que la adopción estaba instituida para darle compañía a los ancianos, siendo el fin principal de ella, brindarle hogar a quien carece de él.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

CARRIZOSA, PARDO, Hernando. "Sucesiones y Donaciones" Ediciones Lesner, 5a. Edición Bogotá 1966

CASTRO, Jaime. "Exposición de motivos de la Ley 5a. de 1975" anales del Congreso Bogotá 1973.

FANDIÑO, FRANKY, Alvaro. "El Aborto" Ediciones paulianas, Bogotá 1975.

DE LA VALLE, GOMEZ, Rafael. Conferencias Ineditas de Derecho de Familia Cartagena. 1979.

LOPEZ GUERRERO, Calet. HOYOS, USTA, Alfonsina. Tesis "De la adopción" Universidad de Cartagena 1978.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. "Carta de Derecho Familiar" No. 10 Bogotá septiembre de 1979.

Anteproyecto de Ley sobre la Adopción" Bogotá Julio 18 de 1973.

Anteproyecto de Reforma a los Libros I y IV del Código Civil Colombiano y a la Ley 5a. 1975. Comisión Revisora sobre Régimen de Familia, Bogotá.

PLANIOL, Marcelo. RIPERT, George. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Editorial Cultural la Habana. Tomo II

RÓDRIGUEZ, PIÑEREZ, Eduardo. "Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano" 2a. Edición, Tomo II Librería Americana, Bogotá 1923.

ROJAS, ARBELAEZ, Gabriel. "El espíritu del Derecho Administrativo" Editorial Temis, Bogotá 1972

SUAREZ, FRANCO, Roberto. "Derecho de Familia" Tomo I 2a. Edición, Editorial Temis, Bogotá 1979. Conferencias de Derecho de Familia Universidad Javeriana Bogotá 1980

VALENCIA, ZEA, Arturo. "Derecho Civil" Tomo 5o. Reimpresión de la 4a. Edición, Editorial Temis, Bogotá 1978.

VELEZ, Fernando. "Estudio sobre Derecho Civil Colombiano" Tomo 1; Imprenta París-América, París 1923.