

LA ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN PARA SALVAGUARDAR EL DERECHO A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA EN COLOMBIA

Viviana Andrea Villafañe Soto*

RESUMEN

El presente trabajo de investigación desarrolla un estudio al concepto de adopción como medida integral para garantizar el derecho constitucional que tienen los menores de edad a tener una familia y al no ser separados de ella, estudio que se funda en el reconocimiento a la niñez que hacen Organizaciones Internacionales como la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, en las Convenciones Internacional y Americana de Derechos del Niño, y a su vez el reconocimiento de dicho derecho en el ordenamiento jurídico colombiano y en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional como derecho y primacía de los niños, niñas y adolescentes a crecer en un ambiente y entorno de tranquilidad, comprensión y vínculos afectivos que garanticen el completo desarrollo de ellos.

PALABRAS CLAVES

Derechos de los niños, niñas y adolescentes, familia, adopción, Corte Constitucional.

ABSTRACT

This research work develops a study of the concept of adoption as an integral measure to guarantee the constitutional right of minors to have a family and not to be separated from it, a study that is based on the recognition of children they make International Organizations such as the Organization of the United Nations and the Organization of American States, in the International and American Conventions on the Rights of the Child, and in turn the

* Abogada de la Universidad Santiago de Cali, aspirante al título de especialista en Derecho de Familia del mismo alma mater.

recognition of that right in the Colombian legal system and in the Jurisprudence of the Constitutional Court as a right and primacy of children and adolescents to grow up in an atmosphere and environment of tranquility, understanding and emotional bonds that guarantee the complete development of them.

KEY WORDS

Rights of children and adolescents, family, adoption, Constitutional Court.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	1
PALABRAS CLAVES	1
ABSTRACT	1
KEY WORDS	2
INTRODUCCIÓN	4
EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	6
DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA	8
RAZONES ESTABLECIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO POR LAS CUALES PUEDEN SEPARARSE LOS MENORES DE EDAD DE SU FAMILIA	12
LA ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DEL ESTADO PARA RESTABLECER EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA	15
CONCLUSIONES	18
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	20

INTRODUCCIÓN

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia expone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, la cual se constituye por la unión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Así mismo, la familia está reconocida por la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17, en el cual se expone que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. A su vez, estipula esta convención que los niños tienen el derecho a las medidas de protección que su condición de menor de edad requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Igualmente, el artículo 44 de la misma Carta Magna, estipula que son derechos fundamentales de los niños, entre otros el derecho a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, para lo cual, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger al menor de edad garantizando su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos. Por tal motivo, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

Los niños, niñas y adolescentes en Colombia, son sujetos de especial protección, por tanto no solo la familia, sino la sociedad y el Estado deben garantizar el bienestar y protección de sus derechos fundamentales, el código de infancia y adolescencia en su artículo 22 establece el derecho de los menores de edad a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Al respecto, indica la norma que sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos. Igualmente, expone que sus padres deberán estar al cuidado y velar de manera permanente y solidaria de la custodia del menor, pero que dicha obligación se extiende además a quienes conviven con los menores de edad.

Igualmente, el Comité de los Derechos del Niño, de la Organización de Naciones Unidas estableció que garantizarle el derecho a los niños, niñas y adolescentes implica la obligación de no separar a los menores de sus padres, a menos que ello vaya en el interés superior del menor, el comité estipula que los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que los padres puedan asumir la responsabilidad primordial de los hijos, a apoyar

a los padres a cumplir con sus responsabilidades, en particular reduciendo privaciones, interrupciones y distorsiones que son dañinas para la atención que se presta al niño; y a adoptar medidas cuando el bienestar de los niños pequeños pueda correr riesgo. Lo que lleva implícito el reconocimiento de que los padres y madres deben cuidar a sus hijos en pie de igualdad, y así se debe reconocer que las prácticas y los modelos familiares son variables y cambiantes, pero ello no debe afectar a los niños pequeños dado que cada una de estas relaciones puede hacer un aporte diferenciado a la realización de los derechos del niño consagrados por la Convención Americana de Derechos Humanos y que diversos modelos familiares pueden ajustarse a la promoción del bienestar del niño.

Pero también, existen razones para que el Estado separe a los menores de edad de su familia, y esto ocurre cuando sus derechos como la vida, su integridad física, sexual o psicológica se encuentra en riesgo y no puede ser su familia quien directamente proteja al menor de edad de aquellas situaciones que lo ponen en riesgo, es así, cuando el Estado colombiano a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entra a salvaguardar dichos derechos, y proporciona la adopción como mecanismo para restablecer los vínculos familiares que se han perdido al separarse de su familia biológica, esto con el único fin de restablecer el derecho a crecer y hacer parte de una familia al menor de edad.

Conforme lo anterior, este Artículo Científico busca determinar ¿Cómo restablece el Estado colombiano el derecho de los niños, niñas y adolescentes, a tener una familia, cuando por alguna razón establecida en el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido separado de su familia biológica?

Para ello, se desarrollarán los siguientes ítems: El concepto de familia en el ordenamiento colombiano y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; el derecho de los menores de edad en Colombia a tener una familia y no ser separado de ella; las razones que la normatividad estipula como viables para separar a un menor de edad de su núcleo familiar; y por último, la adopción como medida integral para garantizar el derecho a los menores de edad a tener una familia.

EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La familia es definida en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia como el núcleo fundamental de la sociedad, la cual se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. De igual modo, el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 expone: *“Para los efectos de la presente ley, integran la familia: a) los cónyuges o compañeros permanentes; b) el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”*. Es la institución más importante y el núcleo de la sociedad, protegida constitucional y legalmente, la cual, puede ser determinada como aquel conjunto de personas unidas generalmente por un parentesco consanguíneo, civil o jurídico que tiene como fin, satisfacer necesidades de convivencia y apoyo mutuo, en donde, el afecto, la ayuda y el acompañamiento permanente durante el ciclo de vida es su elemento fundamental. Vela Caro (2015), expone que la familia es un ente social que se ha ido desarrollando con el transcurso del tiempo siendo importante dentro de los diferentes contextos (histórico, social, económico, político, entre otros) la cual debe de protegerse mediante la Constitución Política, atendiendo, proyectando y evolucionando el concepto de familia, y los cambios que surgen dentro de su organización, basados en los fundamentos constitucionales (pp.15-16).

Para Pérez Contreras y Arrazola, la familia es un sistema social con dinámica propia, en donde se comparten espacios de afecto y participación, en donde se desarrollan roles conyugales, parentales y fraternales, compartiendo elementos esenciales de la vida diaria que permite tejer vínculos afectivos dentro de una convivencia amparada por la confianza, diálogo, respeto, cariño y comprensión, y todas aquellas situaciones que conciben la estabilidad emocional de los niños, niñas y adolescentes, y en donde, dichos vínculos afectivos son los que construyen la estabilidad de la relación entre padres e hijos, las cuales van más allá de la relación de parentesco (2013, p. 19).

Rodríguez Sarmiento y Rodríguez Castro (2014), mencionan que la familia es la base de la sociedad, entendida como el centro o eje principal de donde se desprende la sociedad, por tanto, al permitir la constitución de esta por vínculos jurídicos o naturales, se conforma de manera voluntaria, con lazos inherentes a la consanguinidad, o mediante acuerdos formales y solemnes, bajo la voluntad de los contrayentes (pp. 13-14). En ese mismo orden, la Constitución Política de Colombia reconoce la familia legítima, la natural y la adoptiva; el Código Civil Colombiano, en su artículo 61 expone que “*son parientes los descendientes; ascendientes; padre y madre adoptantes; colaterales hasta el sexto grado y afines hasta el segundo grado*”. Los cónyuges y compañeros permanentes no son parientes, pero también debe ser escuchados (Álvarez Vanegas, 2013, p. 51).

Ello, nos permite exponer que las relaciones de familia, según el ordenamiento jurídico colombiano, pueden originarse de acuerdo a líneas o grados, de acuerdo al parentesco, el cual, puede ser por consanguinidad, la cual consiste en la relación o conexión que existe entre personas que descienden del mismo tronco o raíz, o que están unidas por motivos de sangre y el grado de parentesco se estudia conforme el número de generaciones que exista entre dos personas dentro de la misma familia; por afinidad, es la relación que existe entre una persona que esta o ha estado casada o viviendo en unión marital de hecho y los consanguíneos de su cónyuge o compañero permanente, o por adopción, en donde nos ocupamos del parentesco civil, aquel que resulta mediante la adopción en donde el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre si respectivamente (Salazar Morales, 2015, p. 9-10).

Así mismo la Corte Constitucional estableció fundamentos jurídicos para ampliar los preceptos constitucionales, en donde el núcleo familiar se estudia desde una concepción liberal que busca ampliar la forma de ver la familia para que dentro de ella quepan y se desarrollen todas aquellas que se proyectan como distintas, obedeciendo a las necesidades de la población, que se muestran a través de manifestaciones de voluntad encaminadas a fortalecer lazos y constituir familia, las cuales no necesariamente deben ser las tradicionalmente acogidas (Rodríguez Sarmiento y Rodríguez Castro, 2014, p.17).

Igualmente, el ordenamiento jurídico colombiano, y más aún el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional en Sentencias como la T-070 de 2015, y la T-196 de 2016, ha reconocido diferentes clases de familia en Colombia, entre ellas, la familia por matrimonio, por adopción, unión libre entre compañeros permanentes, de crianza, monoparentales y ensambladas. Del matrimonio se origina una familia conformada por dos personas que deciden voluntariamente y bajo manifestación libre ser vinculadas jurídicamente, aún sin que se desarrolle la procreación, dicha familia desarrolla relaciones que tienen como principios fundamentales la igualdad de derechos y deberes de la pareja. Así mismo, se encuentra la familia por adopción la cual la constituye el reconocimiento jurídico de acoger como un hijo legítimo a un menor de edad que no se encuentra unido por lazos consanguíneos con los demás miembros que conforman dicha familia, pero el cual adquiere todos los derechos y obligaciones que se desprenden de aquel núcleo familiar. La familia por unión libre, es la conformada por una pareja, que no está dispuesta a celebrar el matrimonio pero que convive permanentemente con el fin de crecer y apoyarse atendiendo a los mismos elementos de la convivencia en matrimonio, de la cual puede existir descendencia. Por su parte, la familia de crianza es aquella en la cual un menor de edad que ha sido separado de su familia biológica, ha sido criado por una familia distinta durante un periodo de tiempo que permita desarrollarle a aquel suficientes vínculos afectivos con la familia que lo ha cuidado permanentemente en ese periodo de tiempo, en donde, la misma puede ser preferida aún más que la biológica y que al prevalecer el interés del menor y sus derechos no pueden ser menoscabados y perturbados aquellos vínculos ya fortalecidos. La familia monoparental, es aquella conformada por un solo progenitor, junto con los hijos. Por último, la familia ensamblada es aquella que acontece después de un divorcio o la separación, y por la cual se consolidan nuevas uniones, en donde uno o ambos integrantes tiene hijos provenientes de un matrimonio o relación anterior, y los menores se incorporan a esta nueva familia, conformando nuevos vínculos afectivos (Abadia Vallejo y Quintero Calvache, 2014, pp. 18 - 2).

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA

La Convención Americana sobre Derechos del Niño, establece en su artículo primero que es niño, todo ser humano que no haya cumplido los dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que lo rige, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin año, p. 16).

La Convención Internacional sobre Derechos del Niño, reconoce a los menores de edad como seres humanos y destinatarios de sus propios derechos, es un individuo y miembro de una familia y sociedad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo, en donde, también reconoce a los niños como sujetos de derechos y protección integral, lo que implica que tengan capacidad, de acuerdo a su crecimiento, involucrándose así en los asuntos que les conciernen a estos y asumiendo las responsabilidades inherentes al cumplimiento de sus deberes y obligaciones, los cuales son otorgados en su ejercicio dentro de la ciudadanía. Igualmente, la Convención sobre Derechos del Niño, expone que los menores de edad, no deben ser vistos como minusválidos u objetos de compasión, y no puede verse la protección integral solo a aquellos menores que se encuentran en peligro, sino que la misma debe ser aplicada a todos los infantes en general, sin distinción o prioridad entre iguales (Freites Barros, 2008, p. 432).

Ahora bien, las Naciones Unidas a través de su fondo para la Infancia, expuso que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, concede la misma importancia a todos los derechos de éstos, en donde, prohíbe una jerarquía de derechos humanos aplicables a los menores de edad, es decir, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales tienen el mismo grado y son indivisibles y relacionados entre sí cuando su objetivo principal es la salvaguarda de la integridad del menor de edad (Freites Barros, 2008, p. 434).

La Constitución Política en sus artículos 44, 45 y 50 establece cuales son derechos fundamentales de los niños, niñas, y adolescentes, protegiéndolos de una forma integral, para su mejor desarrollo y sobre todo porque tienen una mayor vulnerabilidad en la sociedad.

La Constitución Política de Colombia, expone en su artículo 44 que

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Ahora bien, los derechos de los niños, niñas, y adolescentes deben ser interpretados y garantizados en función del interés superior del niño, solo así se logra satisfacer plenamente la prevalencia de los intereses del menor, por tanto, deberán estudiarse algunos criterios jurídicos que permitan determinar el interés superior del menor cuando los mismos entren en conflicto con los derechos de sus padres u otras personas que de alguna manera se encuentren involucradas (Duarte Gualdrón, 2015, p.11).

“En principio, la garantía del desarrollo integral del menor de edad, la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, la protección del niño frente a riesgos prohibidos, el equilibrio con los derechos de los padres, la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño, y la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales” (Duarte Gualdrón, 2015, p.11).

Reconociendo entonces al menor de edad como privilegio de derechos, produce efectos hacia la protección del Estado, concediéndole validez a las acciones y medidas que éste pueda desarrollar para enfrentar la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentran los menores, puesto que de no satisfacer sus necesidades estaría vulnerándose sus derechos de igualdad, la cual reconoce la Constitución, en el entendido de que siempre que se vea

comprometido un menor de edad, este goza de especial protección, puesto que éste no puede exigir por sí solo sus derechos, y por tanto la Constitución Política faculta a todos los que participan de la sociedad en general a que pidan o soliciten el cumplimiento de sus derechos por los menores vulnerados, y a su vez, observando que el menor de edad no puede por sí mismo hacer que se impongan sus derechos por encima de otros cuando estos se encuentren en conflicto, la Constitución Política, define los derechos de los menores como prevalencia sobre los derechos de los demás que participan en sociedad (Maya Angulo, 2012, pp. 6-10).

La Constitución Política menciona en su artículo 44 que el tener una familia, es un derecho fundamental de todos los niños, niñas y adolescentes, donde los componentes principales e indispensables de la misma son el amor y cariño, lo cual, garantiza el desarrollo integral y armónico de los menores de edad, que conlleva a una evolución libre de su desarrollo personal incidiendo en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales (Rodríguez Sarmiento, Rodríguez Castro, 2014, pp.23-24).

Autores como Rodríguez Sarmiento, Rodríguez Castro, Espitia Carrascal y Montes Rotela exponen que la familia es la base o el comienzo que tienen todas las personas para el posterior desarrollo en sus actividades tanto unipersonales como sociales, lo que conlleva a poder ejercer libre y responsablemente sus capacidades durante el desarrollo de su vida. Y en ese mismo sentido, conforme a lo estipulado en el artículo 5 de la Constitución Política, debe entenderse que la familia como institución básica de la sociedad, y el constituirse y crecer dentro de un núcleo familiar, es un derecho de los niños, niñas y adolescentes, y obligación de la sociedad y del Estado, aplicando así, los lineamientos internacionales que acogen, protegen y reconocen al Estado como promotor y garante de los mismos (Rodríguez Sarmiento, Rodríguez Castro, 2014, pp.29-31), (Espitia Carrascal, Montes Rotela, 2009, pp. 96-98).

Ahora bien, los niños son titulares de derechos humanos, los cuales son ejercidos de manera progresiva a medida que los menores de edad desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, atendiendo que en su primera infancia actúan por instinto y apego de sus familiares, por lo cual, separar a un niño de su familia o entorno familiar implica en todo

caso un menoscabo al ejercicio de su libertad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin año, p. 19).

El artículo 22 del código de infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser separados de ella, lo que demuestra el compromiso del Estado por proporcionar bienestar y proteger el seno familiar en el que se desenvuelven los menores de edad manteniendo así una salvaguarda en su desarrollo físico, mental, moral y espiritual, para lo que merece y necesita un ambiente armonioso, comprensivo, tolerante y lleno de amor, en donde, debe garantizarse el respeto y protección por sus derechos, brindando cuidados necesarios que garanticen su total desarrollo. Esto teniendo en cuenta, que si el menor de edad es separado de su entorno familiar puede ocasionar graves daños a su ser como persona y ser humano, propiciando así una desprotección física, psicológica, emocional de difícil solución posterior, y por tanto, el Estado como garante debe brindar la protección necesaria para la validez de acciones y medidas dispuestas a disminuir las situaciones de debilidad manifiesta en la que puedan encontrarse los menores de edad ya que de no protegerse se estaría vulnerando el derecho a la igualdad (Maya Angulo, 2012, pp. 7 - 8).

RAZONES ESTABLECIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO POR LAS CUALES PUEDEN SEPARARSE LOS MENORES DE EDAD DE SU FAMILIA BIOLÓGICA

La Sentencia C-071 de 2015 de la Corte Constitucional expone que el entorno natural de desarrollo del menor es la familia, lo que no obedece a un privilegio sino al simple reconocimiento legal e institucional de que los niños están llamados a pertenecer íntegramente a una familia, cualquiera que sea su configuración, y por lo cual, solo podrán ser separados de ésta cuando existan razones fundadas para ello, reguladas expresamente en la norma, y únicamente ante determinadas situaciones de riesgo puestas de presente por quien les alega, que es, además, el llamado a probarlas.

La Corte Constitucional ha sido reiterativa al considerar que el bienestar del menor se encuentra fuertemente determinado por el hecho de no ser separado de su núcleo familiar, en el entendido de que ese es el espacio natural de desarrollo del menor y que la familia es la primera llamada a satisfacer las necesidades afectivas, económicas y educativas de los menores. Los derechos de los niños son la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Además serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos; así mismo gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia (Maya Angulo, 2012, p. 26).

Con ello, refiere la Corte Constitucional en Sentencia C-569 de 2016 que la intervención del Estado para separar a un niño de su familia, está autorizada de manera marginal y subsidiaria y únicamente si se presentan razones suficientes que así lo ameriten. Ni los recursos económicos ni el nivel educativo de los padres son razones suficientes para la intervención del Estado, pues ello implicaría una sanción irrazonable a padres y a hijos y un trato discriminatorio. En la experiencia de esta Corte se han identificado cuatro posibles razones que sí serían suficientes para que el Estado intervenga y separe al niño de su familia, como son: (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas; (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia.

El principio del interés superior del niño, niña o adolescente como bien lo expone Pradilla Rivera (2011), hace referencia a que a los menores se les debe otorgar un trato preferente en todos los aspectos, acorde con su caracterización jurídica de sujetos de especial

protección. Ahora bien, a raíz de los conflictos jurídicos que se crean cuando se pretende aplicar el principio del interés superior del niño(a), es que se hace necesaria una ponderación entre el derecho a la familia y cualquier otra situación jurídica que se encuentre en contraposición, en donde, por supuesto, debe primar el derecho del niño, niña o adolescente. De ahí que en ocasiones este derecho se vulnere generando consecuencias como niños(as) desamparados, solitarios, con trastornos psicológicos, con perturbaciones en su sexualidad y problemas afectivos, entre muchos otros. Situaciones estas que reflejan la degradación de la sociedad y la familia, y, a su vez, la imposibilidad del Estado de garantizar el goce y ejercicio de los derechos de los niños y niñas colombianos. Desde ahí, es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad (p. 332).

Esta necesidad de proporcionar una "protección especial" al niño y la exigencia de brindarle una atención primordial al interés superior del niño el cual implica la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que le son reconocidos, brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que ellos están involucrados, debiendo tenerse en consideración aquellas soluciones que les resulten de mayor beneficio (Maya Angulo, 2012, p. 11-12).

Por tanto, cuando por una u otra circunstancia, la cohesión entre los miembros de la familia no puede mantenerse, el impacto sobre los derechos fundamentales de los niños y niñas debe disminuirse de tal manera que se evite su restricción o anulación y sea restablecida la eficacia de los mismos. En estos casos ha expuesto la Corte Constitucional en Sentencia T-044 de 2014, que aquellos menores que no reciban buen trato, cariño y apoyo de sus padres o sencillamente carezcan de estos; los demás familiares en lo posible deben encargarse de suplir estas necesidades y responsabilizarse en cierta medida por el bienestar de los menores para que obtengan estos mínimos derechos básicos para su desarrollo e integral formación, por tanto, ha mencionado el alto tribunal que, para no afectar la formación integral del menor de edad, y proporcionar una equilibrada formación, sus padres o miembros de familia que ocupen ese lugar, refiriéndose a abuelos, parientes cercanos,

padres de crianza, son titulares de obligaciones en relación con el mantenimiento de los vínculos familiares, y deben poner especial atención encaminada a que la niñez crezca en un escenario apropiado para el ejercicio de sus derechos y que puedan contar con los cuidados y la atención requerida. Desde esa óptica, la intervención estatal en el núcleo familiar, está autorizado de manera marginal y subsidiaria y únicamente si se presentan razones suficientes que así lo ameriten. Es decir, solamente en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los niños y niñas, y adolescentes, es responsabilidad del Estado garantizar su bienestar (Rodríguez Sarmiento, Rodríguez Castro, 2014, pp.23-24).

LA ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DEL ESTADO PARA RESTABLECER EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA

Existen diferentes medidas de restablecimiento de derechos para los niños, niñas y adolescentes en Colombia, las cuales pueden ser provisionales o definitivas y son: (i) amonestación; (ii) retiro inmediato del menor de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; (iii) ubicación inmediata en medio familiar, sea en la familia extensa, en hogar de paso cuando no aparecen parientes o personas que puedan cuidar del menor, o en hogar sustituto, es decir una familia que se comprometa a brindarle el cuidado y atención necesaria en sustitución a su familia de origen; (iv) ubicación en centros de emergencia para los casos en los que no procede ubicación en los hogares de paso; (v) adopción; y (vi) las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los menores de edad (Corte Constitucional, Sentencia T-633 de 2012).

En todo caso, cuando un menor de edad es separado de su familia biológica, ya sea porque existieron razones que dieron origen a que las entidades competentes tomaran dichas decisiones de oficio o por voluntad de los padres, existe como mecanismo de protección la adopción con el fin de restablecer el derecho a tener una familia que se ha visto vulnerado, reconociendo dicho mecanismo como el acto jurídico que se crea entre dos personas para

formar un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones similares a las que se generan de la paternidad y filiación natural, pero que se forma bajo la suprema vigilancia del Estado, y en donde se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no tienen dicha característica por naturaleza, dicho de otro modo, la adopción, es el acto mediante el cual se acoge o recibe como hijo a un menor de edad que no lo es, lo que les permite a los menores de edad construir o reconstruir los lazos de familia que nunca se habían tenido o que se perdieron por algún motivo externo a ellos que ocasionaron afectaciones en sus relaciones interpersonales y sociales (Bautista López, 2016, pp. 5 - 9).

En este orden, expone la Corte Constitucional en Sentencia C-683 de 2015 que:

“La adopción se refleja como la institución jurídica por excelencia para garantizar al menor expósito o en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, la cual, persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar. En donde se pretende suplir las relaciones de filiación de un menor que las ha perdido o que nunca las ha tenido y que, por lo mismo, se encuentra en condición jurídica de adoptabilidad, esto es, en situación de ser integrado a un nuevo entorno familiar. Pero no a cualquier familia, sino a aquella en la que, en tanto sea posible, se restablezcan los lazos rotos y, sobre todo, se brinde al menor las condiciones para su plena y adecuada formación. Así, los procesos de adopción están principalmente orientados a garantizar a los menores en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico, condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales: de ahí que la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia”.

Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia C-071 de 2015 menciona que la adopción, tiene especial relevancia constitucional y legal, pues contribuye al desarrollo pleno e integral del menor de edad en el seno de una familia, y logra hacer efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 de la Constitución Política, igualmente, menciona el alto tribunal, que

el derecho de los niños a tener una familia se materializa en el seno de cualquiera de los tipos que existen de familia, los cuales son protegidos por la Constitución Política, esto, entendiendo que el primer espacio al cual el menor de edad tiene derecho a pertenecer es su núcleo familiar, en el cual encuentra condiciones personales y afectivas adecuadas para que su proceso de educación moral y formación ciudadana sea llevado a cabo íntegramente (Sentencia T-196 de 2016).

Por tanto, en los procesos de adopción ha de primar el beneficio del menor, lo cual significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a hacer parte de una nueva familia reúnan todas y cada una de las exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol, procurando siempre potenciar el desarrollo integral del niño. De manera que si bien es cierto que la adopción crea entre adoptante(s) y adoptado un nuevo vínculo filial, por lo que surgen entre unos y otros los derechos y obligaciones inherentes a esa relación de parentesco, también lo es que *“la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia”*. En el mismo sentido la jurisprudencia ha explicado que *“los casos en que se decide la ubicación de los menores en hogares sustitutos o adoptivos son paradigmáticos en este sentido, puesto que el proceso de adopción como un todo debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del menor”*(Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015).

Por su parte, Cardozo y Rey (2012) exponen que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, fundados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño que estipula: *“Los estados reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y a su vez, el interés del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación”*. Por tanto, reconocen que la seguridad del niño es la que prima en el momento en que una pareja pretenda consolidar una familia, y por tanto, no se trata solamente de una decisión determinada por un grupo familiar, se trata de entender todo entorno social con el cual el niño debe aprender a convivir y a desarrollar su individualidad. En ese caso, la primera responsabilidad del Estado y la sociedad, es garantizar la seguridad física y psicológica del menor de edad, para lo cual, la decisión de adopción de un menor implica la

responsabilidad de enfrentar las tradiciones y condiciones sociales e institucionales, en donde, además de suplir necesidades alimentarias y de vestuario, se debe llenar las expectativas de orden social, en donde el menor pueda enfrentar las tradiciones y los imaginarios de la sociedad, permitiéndole la libertad, potencializando su individualidad que le permita desenvolverse en la sociedad civil (pp. 22 - 23). Diferentes investigaciones han determinado que el crecimiento y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes guarda una asociación directa con las características de las relaciones y el ambiente en el contexto familiar (Campo – Arias y Herazo Acevedo, 2015, p. 75).

La Ley 1068 de 2006, establece en su artículo 1º que dicho estatuto tiene como finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes *“su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*. En concordancia con ello, el artículo 2º traza como objetivo principal el de fijar las normas sustantivas y procesales *“para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento”*. En ese marco normativo se regulan los elementos centrales de los procesos de adopción en Colombia. Allí se contempla que la adopción es una medida de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Más adelante se precisa que esta es, *“principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”*.

CONCLUSIONES

El Estado Colombiano, en garantía de su Estado Social de Derecho, ha considerado y evolucionado en los derechos constitucionales consagrados en la Constitución Política, y con ello, ha salvaguardado los intereses de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles el derecho constitucional de pertenecer a una familia, y a su vez se obliga junto con la

sociedad en general en brindar garantías para la protección de aquellos menores de edad que puedan verse menoscabados.

En ese mismo sentido, ha sido la Corte Constitucional quien ha expuesto que la garantía de los derechos constitucionales que le corresponden a los niños, niñas y adolescentes, priman sobre cualquier otro derecho, y que por tanto, al existir una vulneración y contraposición de ambos, en que estos estén en juego, prima la salvaguardia de los derechos del menor, y que por ello, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o quien haga sus veces debe estudiar de manera atenta y detallada a quien le corresponde la custodia del niño, niña o adolescente, vinculando siempre la familia del menor, con el fin de que no sean privados de dicho vínculo familiar, y por tanto vulnerar el derecho fundamental a la familia del menor de edad.

Así mismo, ha sido reconocido en Colombia, las diferentes clases de familia, y el desarrollo de un vínculo afectivo entre los menores y esta, igualmente, la adopción como mecanismo de protección juega un papel determinante en la salvaguarda de los derechos reconocidos internacional y constitucionalmente para los niños, niñas y adolescentes, el cual puede ser perfeccionado por un familiar del menor o una familia tercera que quiere reconocerle dicho derecho a un menor de edad, con el objeto de otorgar a dichos menores un hogar y familia en el que puedan desarrollarse, pero en todo caso, observamos, que si bien, la normatividad y jurisprudencia constitucional protegen a los menores de edad, en la práctica nos queda la duda si efectivamente, las unidades gubernamentales encargadas para salvaguardar los intereses de los menores de edad, realizan sus funciones de forma efectiva y eficaz, esto atendiendo la gran demanda que se observa dentro los hogares de paso del ICBF, y si efectivamente, las familias trátase de abuelos, tíos, hermanos, o las familias de crianza, pueden acceder voluntariamente a la adopción como medio para obtener el fin último que es brindarle el derecho a los menores de edad de crecer en un ambiente armonioso, tranquilo y lleno de paz y amor, lo que conlleva a proteger en un cien por ciento las garantías tanto constitucionales como de los organismos internacionales han expuesto a su favor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ VANEGAS, Luis Angel; 2013; *DERECHOS DE LOS HIJASTROS, LOS HIJOS DE CRIANZA, LOS PADRASTROS Y LOS PADRES DE CRIANZA EN EL ACTUAL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES COLOMBIANO*; Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

ABADÍA VALLEJO, Myriam Fernanda; QUINTERO CALVACHE, Libardo de Jesus; 2014; “*LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE PARA LOS HIJASTROS O HIJOS DE CRIANZA EN COLOMBIA*”; Universidad de San Buenaventura Cali, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cali, Colombia.

BAUTISTA LÓPEZ, Omaira; 2016; "*Régimen jurídico de la adopción internacional: un estudio sobre las políticas de prevención y protección al menor adoptado por extranjeros*"; Universidad Católica, Colombia. Disponible en <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13957/4/REGIMEN%20JURIDICO%20DE%20LA%20ADOPCI%C3%93N%20INTERNACIONAL.pdf>

CAMPO ARIAS, Adalberto; HERAZO ACEVEDO, Edwin; 2015; "*La adopción por parejas del mismo sexo en Colombia*"; Revista Colombiana de Psiquiatría Volumen 44 N° 2, pp. 75-76; Bogotá, Colombia, Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/806/80641383002.pdf>

- CARDOZA, Harold Ernesto; REY, Luis Alejandro; sin año; "*ADOPCIÓN DE NIÑOS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO*", Revista Verba Iuris, Estudiantil volumen 1, Universidad Libre, Colombia. Disponible en <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dc1.pdf>

DUARTE GUALDRÓN, Rosario; 2015; *CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA “ANÁLISIS DESDE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO COMPARADO”* Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, D.C., Colombia.

ESPITIA CARRASCAL, María Elena; MONTES ROTELA, Marivel; 2009; “*INFLUENCIA DE LA FAMILIA EN EL PROCESO EDUCATIVO DE LOS MENORES DEL BARRIO COSTA AZUL DE SINCELEJO (COLOMBIA)*”; Investigación & Desarrollo, vol. 17, núm. 1, 2009, pp. 84-105, Universidad del Norte; Barranquilla, Colombia.

FREITES BARROS, Luisa Mercedes; 2008; “*LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: apuntes básicos*”; Revista EDUCERE volumen 12 número 42, pp. 431 – 437. Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela.

GONZALEZ CONTRÓ, Mónica; 2009; “*Los derechos de las niñas y los niños a 20 años de la convención de los derechos del niño*”. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, número 31, pp. 9 – 31. México.

LARA ÁLVAREZ, Natalia del Pilar; 2014; “*EVALUACIÓN DE CONDICIONES DE SALUD, VÍNCULO Y PRÁCTICAS DE CRIANZA EN NIÑOS DE 0 A 3 AÑOS QUE CONVIVEN CON SUS MADRES INTERNAS DE LA RECLUSIÓN DE MUJERES EL BUEN PASTOR DE BOGOTÁ COLOMBIA*” Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Pediatría, Facultad de Medicina, Bogotá, Colombia.

MAYA ANGULO, Fabio de Jesus; 2012; “*PRISIÓN DOMICILIARIA COMO ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS (AS) MENORES HIJOS DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD*”; Universidad Militar Nueva Granada, Maestría en Derecho Procesal Penal, Bogotá, Colombia.

PEREZ CONTRERAS, Blanca; ARRAZOLA, Elcie Támara; 2013; “*Vínculo afectivo en la relación parento-filial como factor de calidad de vida*”; Revista Tendencias y Retos, Vol. 18 N° 1, enero-junio, pp. 17-32; Universidad de Manizales, Manizales, Caldas, Colombia. Disponible en <file:///C:/Users/enfer/Downloads/Dialnet-VinculoAfectivoEnLaRelacionParentofilialComoFactor-4929410.pdf>

PRADILLA RIVERA, Silvia Juliana; 2011; “*APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO(A) COMO MECANISMO PARA PROTEGER EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER*

SEPARADOS DE ELLA”; Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2011, pp. 329-348, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

SALAZAR MORALES, Luis Jesus; 2015; “*DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTE, PARA LOS HIJOS DE CRIANZA EN EL ACTUAL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES COLOMBIANO*”, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.

RODRÍGUEZ SARMIENTO, Leonardo Orlando; RODRÍGUEZ CASTRO, José Obed; 2014; “*CONCEPTO JURÍDICO DEL NÚCLEO FAMILIAR: UN ESTUDIO SOBRE LOS “GRUPOS FAMILIARES” – SUB-JUDICE*”, Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Bogotá, Colombia.

VELA CARO, Andrea Catalina; 2015; “*DEL CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: UN ESTUDIO COMPARADO EN AMÉRICA LATINA*”, Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos del Niño, Cuadernillo de Jurisprudencia N° 5.