

Interés superior del niño, niña o adolescente bajo los alcances de la sentencia T-844 de 2011 en el sistema de adopción en Colombia

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana



**Interés superior del niño, niña o adolescente bajo los alcances de la sentencia
T-844 de 2011 en el sistema de adopción en Colombia**

Autores

Giancarlo Gaviria Gallo

Melina María Muñoz Mazo

María Camila Tapiero Martínez

Asesor

Juan José Carvajal Salazar

Fecha de entrega

2020

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

Dedicatoria

Dedicamos este trabajo de investigación a todos los niños, niñas y adolescentes en Colombia que se encuentran en los centros zonales del ICBF, que esperan con ansias ser prontamente adoptados y crecer en una familia, como lo exige su derecho constitucional y fundamental reconocido en Colombia y en los tratados internacionales, ya que toda esta investigación es con el fin de que en un futuro no muy lejano estos derechos les sean garantizados de manera oportuna y eficaz sin ninguna dilación protegiendo así su salud mental y emocional.

Agradecimientos

Queremos agradecer a todas aquellas personas que de una u otra manera aportaron su conocimiento y tiempo para que este trabajo de investigación se pudiera realizar, de manera especial a nuestro asesor el Doctor Juan José Carvajal Salazar, por su tiempo y conocimientos, que nos permitieron sacar este trabajo de investigación adelante y a la Psicóloga Patricia Gallo Sánchez por sus aportes referentes a la salud mental de los niños, niñas y adolescentes Colombianos.

Contenido

	Pág.
Resumen.....	7
Palabras clave.....	8
Introducción.....	9
Capítulo I: Concepto de adopción y su evolución legal en el ordenamiento jurídico Colombiano.....	11
1.1 Evolución y regulación legal del concepto de adopción en el ordenamiento jurídico Colombiano.....	12
1.2 Desarrollo del proceso de adopción en Colombia.....	17
1.3 La declaratoria de adoptabilidad.....	19
1.3.1 Etapa administrativa.....	21
1.3.2 Etapa judicial.....	21
1.3.3 Seguimiento.....	22
Capitulo II: Principio Interés Superior de los niños niñas y los adolescentes.....	22
2.1. Interés Superior a nivel internacional.....	22
2.2 Interés Superior en Colombia	23
2.3 Concepto Interés Superior.....	25
2.4 El Interés Superior de los niños niñas y adolescentes en la adopción.....	26
2.5 Los hechos que dan lugar a esta sentencia T-844 del 2011	28
2.6 Interés Superior en la Sentencia t-844 del 2011	29
Capitulo III: Análisis del concepto de interés superior desde la sentencia T-844 de 2011 y los efectos psicológicos en su aplicación en los procesos de adopción en Colombia.....	33
3.1 Que es una afectación psicológica.....	38
3.2 Afectaciones psicológicas a niños por ruptura del vínculo del apego y del vínculo afectivo44	44
3.3 Efectos psicológicos en los niños en el proceso de adopción.....	46

Encuesta.....	51
Conclusiones.....	56
Bibliografía.....	62

Lista de tablas

Tabla número 1.....	36
Tabla número 2.....	36
Tabla numero 3.....	51
Tabla número 4.....	52
Tabla numero 5.....	53
Tabla numero 6.....	53
Tabla numero 7.....	54
Tabla numero 8.....	55

Resumen

Este trabajo se realizó a través de la investigación y compilación de bibliografía jurídica, recolección de datos y estadísticas del ICBF y entrevistas a profesionales sobre el tema del interés superior y la adopción, usando una metodología de análisis de experiencias, en el que se logró determinar la forma en la que el interés superior de los niños en Colombia se ha menoscabado por los efectos producidos por la sentencia T-844 de 2011, al obligar al ICBF a instaurar un protocolo de búsqueda de la familia extensa de los niños, cuando están en un proceso de restablecimiento de sus derechos vulnerados y así poder declararlos en situación de adoptabilidad; este protocolo ha generado la reducción en los índices de niños adoptados en Colombia desde el año 2012 de manera considerable, vulnerando sus derechos fundamentales a tener una familia y a crecer en ella.

Por eso esta investigación se realizará a través de 3 capítulos en los que explicaremos qué es el interés superior del menor a través de los tratados internacionales ratificados por Colombia, en qué consiste la adopción y cómo es su proceso, cuáles son los alcances de la sentencia T-844 de 2011 y cómo esta ha

reducido los índices de adopción, cuáles son las afectaciones psicológicas que sufre el niño, niña o adolescente en estos procesos y cómo se aumentan por la demora de los trámites administrativos, y por medio de una comparación que medidas podemos adoptar de otros sistemas de adopción en Colombia para garantizar así el verdadero interés superior de los niños en Colombia.

Abstract

This work was carried out through the research and compilation of legal bibliography, data collection and statistics of the ICBF and interviews with professionals on the topic of best interest and adoption, using an experience analysis methodology, in which it was possible to determine the way in which the best interests of children in Colombia has been undermined by the effects produced by judgment T-844 of 2011, by forcing the ICBF to establish a search protocol for the extended family of children, when they are in a process of reestablishing their violated rights and thus be able to declare them adoptable; this protocol has generated a reduction in the rates of children adopted in Colombia since 2012, considerably violating

their fundamental rights to have a family and to grow in it.

That is why this investigation will be carried out through 3 chapters in which we will explain how this has reduced the adoption rates, what are the psychological effects suffered by the child or adolescent in these processes and how they are increased by the delay in administrative procedures, and through a comparison what measures can we adopt from other adoption systems in Colombia to guarantee the true best interests of children in Colombia.

palabras clave: interés superior del menor, adopción, instituto colombiano de bienestar familiar, grados de consanguinidad, derechos fundamentales, familia.

will explain what is the best interest of the children through the international treaties ratified by Colombia in what the adoption consists and how is its process, what are the scope of the judgment T-844 of 2011 and

Keywords

Child's best interest, adoption, Colombian institute of family welfare, degrees of consanguinity, fundamental rights, family.

Introducción

El tema de investigación del presente trabajo de grado surge de la problemática que trajo consigo la jurisprudencia Colombiana con la sentencia T-844 de 2011, al ordenar al ICBF la creación o implementación de un protocolo más estricto, que consiste en que antes de poder declarar a un niño en situación de adoptabilidad debe intentarse primero su ubicación y acogida con todos sus familiares hasta el sexto grado de consanguinidad, lo que conforma su familia extensa, sin tenerse en cuenta aspectos trascendentales como ¿Qué vínculo afectivo podrá existir entre familiares después del tercer grado de consanguinidad?, ¿serán estos más idóneos que aquellas personas que desean por voluntad propia adoptar a un niño?, ¿Cuánto tiempo y recursos económicos le toman al ICBF, encontrar y ubicar a todos estos familiares, e intentar con ellos primero un proceso de adopción?, lo que nos lleva directamente a preguntarnos ¿será que con este precepto se garantiza efectivamente el interés superior del niño?, puesto que como lo planteamos en la hipótesis de este proyecto de investigación: Mientras más lejano sea el grado de consanguinidad de la familia extensa del niño, más difícil es su búsqueda y menor es su vínculo afectivo, lo que retarda considerablemente el proceso de adopción y en consecuencia se vulnera el interés superior de los niños, niñas y adolescentes a que se les garantice su derecho fundamental a tener y crecer en una familia.

Por eso nuestra metodología para abordar dicha problemática se realizó por medio de una investigación mixta, ya que necesitábamos aspectos tanto cualitativos como cuantitativos para poder llegar a conclusiones verídicas, en un nivel descriptivo-explicativo porque partimos de un fenómeno relativamente reciente, en el que apenas se están observando sus efectos, sobre una población determinada que fueron los niños, niñas y adolescentes que han ingresado al ICBF por la vulneración de sus derechos, y por ende fue necesario la recolección de datos estadísticos, el análisis y recolección de información tanto jurídica como de otras áreas del saber para lograr dimensionar los posibles efectos de esta problemática, comprender en sí en qué consiste el interés superior del niño en el sistema de adopción en Colombia, cómo se debería garantizar este y cómo creemos que se está vulnerando con la aplicación exegética del protocolo de restablecimiento de derechos y de declaratoria de condición de adoptabilidad, y por medio de la integración de otras áreas del saber tales como la psicología determinar aspectos trascendentales como los vínculos afectivos entre familiares tan lejanos, y no solo esto sino también las posibles

afectaciones psicológicas y afectivas que pueden llegar a tener un menor al prolongarse y dificultarse su proceso de adopción y al no poder gozar pronta y efectivamente de su Derecho a una familia, mucho más cuando su familia de origen fue la que vulneró sus derechos.

Con esta investigación queremos desarrollar también el criterio tomado en cuenta por la Corte Constitucional al momento de resolver esta acción de tutela la T-844 de 2011, cuales son los beneficios esperados con dicha decisión y si en la práctica se configuran garantizando con ello el interés del niño, o por el contrario si resulta en un posible detrimento de sus derechos fundamentales, por lo que consideramos que el estudio de estos efectos resulta de gran trascendencia para la protección y bienestar de todos los niños que se encuentran en situación de adoptabilidad.

Consideramos que esta investigación es de suma importancia social, no solo para la aplicación del derecho, sino también para áreas como la psicología, ya que la forma de garantizar una efectividad integral de los derechos de los niños en nuestra sociedad, sobre todo aquellos niños a cargo del Estado que son los que se verán directamente beneficiados con los posibles resultados de este estudio, es integrando varias áreas del saber indispensables al momento de tomar decisiones que los involucren, y mucho más al momento de crear y aplicar leyes, puesto que estas deben ajustarse a la realidad y a los parámetros constitucionales.

Por eso nuestro objetivo principal consiste en: analizar cómo se puede vulnerar la efectividad de la supremacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el sistema de adopción en Colombia por la implementación del protocolo exigido en la sentencia T-844 de 2011, a través de los siguientes objetivos específicos:

- Identificar la importancia de la adopción en Colombia y su evolución legal en el ordenamiento jurídico.
- Comprender el concepto del interés superior como principio rector en materia de infancia y adolescencia.
- Determinar si con la aplicación del protocolo exigido por la sentencia T-844 de 2011 en el sistema de adopción se presentan afectaciones psicológicas que menoscaban el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Por eso esta investigación la desarrollamos por medio de 3 capítulos en los que quisimos explicar en qué consiste el interés superior, como este se aplica en el sistema de adopción en Colombia, cuales son los alcances de la sentencia T-844 de 2011 y como esto puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a crecer en ella haciendo un recorrido por la evolución jurídica en Colombia en conceptos tan fundamentales hoy en día como la adopción y el interés superior.

Capítulo I

Concepto de adopción y su evolución legal en el ordenamiento jurídico Colombiano

Para empezar con esta investigación se hace necesario explicar qué es la adopción, cómo funciona esta y cuáles son los trámites que se deben realizar para adoptar a un niño, niña o adolescente en Colombia, por medio del siguiente concepto que trae el código de infancia y adolescencia colombiano, la ley 1098 de 2006:

Artículo 61: la adopción 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 paterna filial entre personas que no la tienen por naturaleza, en otras palabras, la adopción es el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los miembros unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que esto implica, ya que en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

Como se logra evidenciar de esta definición la adopción es por excelencia el mecanismo por el medio del cual se le garantiza al niño, niña o adolescente su derecho fundamental a tener una familia y a crecer en ella, se garantiza el interés superior del menor consagrado en los tratados internacionales ratificados por Colombia mediante el bloque de constitucionalidad y lo consignado en la Constitución Política.

Pero para muchas personas el proceso de adopción es todavía un misterio, tanto que en el imaginario de la gente es un proceso demorado, costoso y difícil, ideas que causan que sean pocas las personas que quieran iniciar el proceso de adopción y que cientos de niños crezcan en casas de acogida o centros zonales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y no en un

entorno familiar, y esto se debe principalmente al desconocimiento que existe de este proceso y los largos trámites administrativos que conlleva, por lo cual pasaremos a explicarlo en palabras sencillas y comprensibles.

1.1 Evolución y regulación legal del concepto de adopción en el ordenamiento jurídico colombiano

La adopción es un acto jurídico que tiene antecedentes de gran envergadura, pues recordemos que Colombia es un país que pertenece al sistema jurídico romano-germánico más conocido como el “*Civil Law*”; y es por esto que debemos gran parte de nuestras instituciones jurídicas a la gran Roma, esta mediante la compilación de la Ley de las XII tablas y el Código de Justiniano “*Corpus iuris Civilis*” logró la universalidad del derecho Romano, su perdurabilidad e inmortalidad en la historia y su aplicación en gran parte del mundo. Por ende, el derecho actual, es el derecho Romano coetáneo y acomodado a la realidad de la sociedad moderna, a sus costumbres y culturas.

Para Roma la familia era primordial, por ser en ella donde se cimentaba la sociedad, ya que en la familia se presentan los arraigos, domina el afecto y prima la armonía y el respeto; alrededor de esta el hombre ha desarrollado sus tradiciones y costumbres. La familia “se constituye mediante la filiación, que es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, en el que una es descendiente de la otra, por un hecho natural (biológico) o acto jurídico, denominado adopción. Es decir, existe una estrecha relación entre familia y adopción”. (Vélez, 2016, p. 2).

Ante la imposibilidad de tener una familia, se procede a la adopción, esta se dio inicialmente para satisfacer intereses religiosos, políticos, pero primordialmente patrimoniales, por la incapacidad de concebir hijos biológicos, se adoptaban hijos biológicos de otros con el ánimo de transmitirles los derechos herenciales. Gracias a todo lo anterior, Colombia ha tenido en el tiempo diferentes desarrollos jurídicos que han tratado el tema de la adopción, las cuales han colaborado a introducirla en el sistema jurídico como una institución fuertemente regulada.

La adopción, como institución jurídica en Colombia, ha recorrido un sendero que la ha perfilado, pues esta figura se puede evidenciar en la Colonia, en la República, en el Código Civil ley 84 de 1873, en la ley 140 de 1960, Ley 75 de 1968, Ley 5 de 1975, ley 29 de 1982, Decreto 2737 de 1987 conocido como el Código del Menor, y en la actualidad en la Ley 1098 de 2006

conocida como el Código de Infancia y adolescencia. Cada una de estas regulaciones evocaron asuntos importantes para los menores que ingresaban en el Sistema.

Inicialmente en la época de la Colonia y de la República, el país se vio regido por el derecho Español donde se evidenciaba el predominio del pensamiento Romano, las normas vigentes eran el fuero real, las siete partidas y las leyes de toro, donde se regulo lo referente al ejercicio del adoptante, asistiendo a las personas que no tenían descendencia legitima capaz de heredarles, lo importante para la época era asegurar prolongar la descendencia y darle relevancia a lo patrimonial, pero también se adjudicaron los requisitos de edad, solemnidad y autorización para adoptar e impedimentos como el del matrimonio entre adoptante y adoptivo.

En el Código Civil ley 84 de 1873, se le dio gran relevancia a lo relacionado con la sucesión, en este no se le otorgan los mismos derechos sucesorales al hijo adoptivo frente al hijo legítimo y natural, ya que hasta el momento no se tenía la concepción del derecho del menor a tener una familia y la finalidad de la adopción era darle un hijo a una familia y no al contrario.

En el Código Civil además se ha concebido la adopción como un contrato solemne, donde también se establecieron los efectos que crearía el proceso de adopción, por ejemplo entre adoptante y adoptado surgían los mismos derechos y obligaciones que existían entre padre y/o madre e hijo legítimo, además surgía el parentesco civil entre adoptante y adoptado como hijo legítimo y los derechos y obligaciones que de allí surgen, estos no trascendían a otras personas, es decir, a otros familiares, finalmente estableció las formas de terminación de la adopción tales como que el adoptante tuviera descendencia legitima, por muerte del adoptado o adoptante y por revocatoria judicial. Todo lo implementado por el Código Civil en su Título XIII, fue derogado y regulado actualmente por la ley 1098 de 2006.

La ley 140 de 1960, precisaba la adopción como “el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza. El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado”. Y solo establece relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado. El adoptado continuará formando parte de su familia de origen, conservando en ella sus derechos y obligaciones.

Para este momento la adopción requería licencia del juez y escritura pública ante notario “escritura de adopción”, debía ser firmada por el adoptante, el adoptado o la persona que haya dado la autorización, la falta de la escritura pública provocaba que no produjera efectos la

adopción; esta norma trajo en su esencia modificaciones importantes para la institución de la adopción tales como eliminar la imposibilidad de que el adoptante tuviera descendencia, también dispuso que el adoptado seguía perteneciendo a su familia biológica lo que denomina como una “adopción simple” conservando con esta sus derechos y obligaciones, ya que la adopción sólo establecía relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado, reforzó los derechos hereditarios para los hijos adoptivos asimilándolos al hijo natural, y finalmente en esta ley se comienza a proponer la protección del menor, protección inexistente en las anteriores regulaciones.

Ley 75 de 1968, incluye reformas al Código Civil, tales como derogar la filiación natural, donde se establecía que el hijo natural podría ser adoptado por su padre o madre conjuntamente con otro cónyuge, pero impuso una delimitación en la parte sucesoral, porque en la sucesión de su padre, el hijo adoptado de esta forma solo tendría los derechos del hijo natural, de la misma forma le dio la posibilidad al hijo adoptado de reclamar alimentos, guarda, protección física y moral por parte de padres adoptivos y también de sus padres biológicos. Se trató de buscar lo más conveniente para el menor tratando de materializar su protección, buscando un ambiente idóneo y adecuado para su desarrollo físico, moral, social. Y por último esta ley creo el Instituto Colombiano de Bienestar Familia “ICBF”, institución dedicada en Colombia a todo lo relacionado con los derechos de los niños.

Posteriormente con el surgimiento de la Ley 5 de 1975, Por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil, se decidió dejar a un lado la concepción de la adopción como figura contractual y se dio la demarcación como una relación que requiere sentencia judicial, inscrita en el Registro del Estado Civil, además los efectos de la adopción se producirían desde la admisión de la demanda si la sentencia fuere favorable. En esta ley se introduce la distinción entre adopción simple y plena, en la primera el adoptivo continúa formando parte de su familia de sangre, conservando con ella sus derechos y obligaciones y en la segunda el adoptivo deja de pertenecer a su familia de sangre, perdiendo todo tipo de vínculo o derecho sobre él, ya que en esta adopción plena se establece relaciones de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de éste, a diferencia de la adopción simple que solo establecía parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste. En lo sucesoral el adoptivo en la

adopción plena hereda al adoptante como hijo legítimo y en la adopción simple, como hijo natural.

Con la creación de la ley 29 de 1982, en este periodo ya no se habla de hijo natural, sino de hijo extramatrimonial, ya que a través de esta ley se otorgó la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios así “Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones” así lo describe el artículo primero de esta ley y asimismo, se dice que excluyen a los demás herederos y deben recibir entre ellos cuotas iguales, pero sin perjuicios a la porción conyugal.

En el decreto 2737 de 1989, se precisa la adopción como “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”. Este fue un decreto moderno donde se evidencio el progreso de la legislación colombiana, porque se comenzó a hablar de derechos fundamentales del menor. La entidad encargada para los trámites continuó siendo el ICBF y las entidades autorizadas por este; adicional a esto se eliminó el prototipo de adopción simple, se implementaron parámetros radicales para adopción por parte de extranjeros, con la finalidad de prevenir actos delictivos como el tráfico de menores, se concretó lo referente al consentimiento otorgada a persona determinada, cuando el hijo está por nacer, pero dejó abiertas dos excepciones permitidas.

La adopción requiere de sentencia judicial, una vez en firme la sentencia que concede la adopción se inscribirá en el registro del estado civil, omitiéndose en aquella, el nombre de los padres con respecto de los cuales se destruye el vínculo, adicional a ello el adoptante y el adoptado adquieren por la adopción los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo. En relación con el parentesco, se logró ampliarlo, la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes se consanguíneos o adoptivos de éstos. Y finalmente los documentos propios del proceso de adopción serán reservados por el término de treinta (30) años. Este decreto fue derogado por el art. 217, Ley 1098 de 2006 con excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos

Ley 1098 de 2006 “Código de infancia y adolescencia” es la regulación vigente en Colombia; en este código se introdujo un nuevo léxico para referirse al menor de 18 años, ya no

se le denomina menor, sino niño, niña y adolescente. La finalidad de este código esta descrito en el artículo 1 “este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los 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. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.” En efecto se le debe garantizar a estos niños y adolescentes un entorno familiar. La ley de infancia y adolescencia implemento un sistema de adopción más riguroso, que a largo plazo ha traído problemas porque ha causado que las solicitudes de adopción pasen por un proceso administrativo y judicial largo y engorroso.

La ley 1098 de 2006, define la adopción como “una medida de protección, garantía y restablecimiento de los derechos. Que permite satisfacer derechos constitucionales reconocido a todos los niños, como a tener una familia y no ser separado de ella, entre otros”.

En Colombia se podrá adoptar a:

- Niñas, niños o adolescentes menores de 18 años con declaratoria de adoptabilidad.
- Niñas, niños o adolescentes menores de 18 años, que han sido entregados por sus representantes legales a través del consentimiento.
- Niñas, niños o adolescentes menores de 18 años, cuya adoptabilidad haya sido autorizada por el defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) cuando el niño carezca de representante legal.
- También puede adoptarse al hijo de uno de los cónyuges o compañero (a) permanente, que podrá ser adoptado por el otro.
- Podrá adoptarse al mayor de edad, cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y hubiera convivido con él bajo el mismo techo por lo menos dos años antes de que cumpliera 18 años. Art. 69 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

En Colombia podrán adoptar:

- Personas solteras.
- Cónyuges conjuntamente.

- Compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.
- Colombianos o extranjeros.
- Parejas homoparentales.

La adopción trae consigo unos efectos jurídicos que se encuentran regulados en el artículo 64 de la ley 1098/2006:

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

Como se logró evidenciar en el código de infancia y adolescencia el parentesco civil, entre adoptante y adoptivo se extendió a todas las líneas y grados de los consanguíneos, esto fue una innovación, porque en legislaciones anteriores inicialmente este parentesco era limitado e incluso llego a existir ese parentesco solo entre adoptantes y adoptivo.

1.2 Desarrollo del proceso de adopción en Colombia

El proceso de adopción en Colombia ha sido constituido como un “medio para asegurar un escenario familiar garante y protector de carácter permanente, atendiendo al interés superior del niño y su derecho fundamental a tener una familia” (Lineamiento técnico administrativo del

programa de adopción del ICBF, 2016 p. 25). Es por esto que cuando la familia biológica del niño, niña o adolescente, aun cuando tiene el apoyo del Estado, se encuentre en la imposibilidad de garantizar el goce de los derechos del niño, niña y adolescente, es acertado recurrir a la adopción. Atendiendo a lo anteriormente dicho el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) proporciona la adopción en referencia a que es “principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza”, esta debe ser decretada por parte del juez competente y por medio de sentencia”.

Lo primero que debe saber una persona o una pareja que desea adoptar en Colombia es que el proceso es gratuito, el ICBF no se beneficia de estos procesos y no puede recibir ningún tipo de erogaciones económicas por dar a un niño, niña o adolescente en adopción ni antes, ni durante ni mucho menos después de la adopción; segundo, que existen unos rangos de edad de los futuros adoptantes que determinan la edad del niño que puedan recibir en adopción y que antes de poder iniciar el proceso esta persona o pareja debe ser evaluada exhaustivamente por el personal capacitado del ICBF sobre unos parámetros de idoneidad que comprende la moral y la capacidad mental, física y social para garantizar así la estabilidad y felicidad del niño que les fuere entregado, pero además de todo esto el ICBF debe intentar primero ubicar al menor en su entorno familiar e iniciar una búsqueda de este hasta el sexto grado de consanguinidad.

El proceso de adopción en Colombia, está conformado principalmente por una diligencia previa a la adopción en la cual se adelanta un proceso administrativo de derechos adelantado por un defensor de familia, para poder llegar a constituir al menor en situación de adoptabilidad, posterior a esta el proceso se divide en dos etapas: La etapa administrativa que debe ser tramitada ante el ICBF o ante una institución autorizada por el mismo, etapa judicial ejecutada ante un juez de familia y posterior a estas existe un seguimiento. Cada uno de estos momentos tienen un propósito específico, por ejemplo: en la etapa administrativa la familia solicitante hace formalmente su manifestación de adoptar, se pone en marcha la búsqueda de certificar la idoneidad, se inicia las evaluaciones realizadas por un comité experto conformado por profesionales como psicólogos, trabajadores sociales entre otros. En la etapa judicial se llega a determinar por parte del juez, que un niño, niña o adolescente es hijo de sus padres adoptivos en

los términos que la ley lo dicte. En el seguimiento se busca corroborar que las condiciones en las que se encuentra el menor son idóneas. Con estas etapas se buscan evaluar las familias en cuanto a su idoneidad, moral, mental, física y social.

1.3 La declaratoria de adoptabilidad

La declaratoria de adoptabilidad es una medida de restablecimiento de Derechos que tiene como fin restituir el Derecho del niño, niña y adolescente a tener una familia, que, bajo la suprema vigilancia del Estado, se provee de todas las condiciones necesarias para que el niño, niña y adolescente crezca, en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad. La declaratoria de adoptabilidad es una de las facultades que tiene el Defensor de familia en trámite administrativo y esta puede darse por diferentes factores, según lo estableció el lineamiento técnico administrativo del programa de adopción del ICBF, (2016. p. 26), La misma Ley establece que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en situación de adoptabilidad cuando:

- Son declarados en situación de adoptabilidad por el Defensor de Familia, mediante resolución, o por el Juez de Familia, cuando el primero pierde competencia, mediante sentencia.
- El Defensor de Familia autoriza la adopción, según los casos previstos en el Artículo 66 del Código, es decir, falta del padre o de la madre, no solamente por su muerte, sino también por una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Quienes ejercen la patria potestad, manifiestan ante el Defensor de Familia su consentimiento para entregar en adopción a su hijo o hija menor de edad y este queda en firme en los términos, requisitos y condiciones previstos en el Código y la jurisprudencia. Dicho consentimiento debe estar libre de toda presión, engaño, fuerza o coerción. Así mismo, debe haberse otorgado con la previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión, lo cual configura su validez civil e idoneidad constitucional, acorde con lo establecido en el artículo 66 del Código de infancia y adolescencia ley 1098 de 2006.

Adicional a lo anteriormente citado, también se podrá llegar a una situación de adoptabilidad cuando una mujer no quiere o no está en condiciones de cuidar al niño por lo que

desde el embarazo decide iniciar el proceso con el ICBF para darlo en adopción; otro motivo es cuando en el lugar donde está viviendo el niño, niña o adolescente se le están vulnerando sus derechos fundamentales o está corriendo un grave peligro, por lo que de inmediato según el art.50 del C.I.A se debe iniciar el proceso de restablecimiento de derechos “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les han sido vulnerados”(2006, p.41), y aquí es donde nace nuestro tema de investigación, precisamente en esta etapa de restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente, donde surgen los trámites administrativos que vamos a entrar a analizar, para intentar comprender si por medio de ellos se garantizan o se vulneran los derechos de los niños.

Continuando con la declaratoria de adoptabilidad, este es un trámite administrativo y judicial. Los artículos 99 y 100 de la ley 1098 de 2006 tratan de quienes pueden hacer la solicitud y trámite, el niño, la niña o adolescente, su representante legal, la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, o cualquier persona, podrá solicitar ante el Defensor o Comisario de Familia, o en su defecto el Inspector de Policía, la protección de los derechos de aquel cuando se encuentren vulnerados o amenazados. El inicio de este proceso se podrá entonces hacer por solicitud del menor afectado, de su representante legal, curador, cualquier persona e incluso de oficio; una vez se de apertura de esta investigación, el funcionario competente deberá ordenar que se identifiquen los representantes del niño o adolescente, deberá tomar las medidas provisionales correspondientes y agotar la práctica de las pruebas para determinar la situación de vulneración de Derechos de este. Este funcionario deberá correr traslado de la solicitud en un término de 5 días a los interesados, para que puedan intervenir y presentar las pruebas que quieren hacer valer dentro de este proceso, vencido este traslado, se decretaran las pruebas necesarias y se fijara audiencia para practicarlas y se fallara por resolución susceptible de reposición, en caso de interponer este recurso deberá interponerse de forma verbal durante la audiencia. En caso de haber existido oposición en la actuación administrativa el defensor de familia deberá remitir el expediente al juez de familia para homologar el fallo. El fallo traerá consigo unos efectos, los cuales en relación a los padres del niño o adolescente se terminara la patria potestad y se le declarará en condición de adoptabilidad y esto deberá ser inscrito en el libro de varios de la notaria o de la oficina de registro civil según lo previsto en el artículo 108 de la ley 1098 de 2006.

1.3.1 Etapa administrativa

Se inicia con la presentación de la solicitud de adopción por parte de los interesados, esta puede presentarse ante el ICBF o ante una institución autorizada por el ICBF, en principio se hace la recepción y radicación de la solicitud de adopción, si la solicitud se presentó directamente al ICBF se le deberá asignar un código en la aplicación de adopciones y posteriormente asignar la solicitud a los profesionales designados para ello; Pero si la solicitud fue presentada ante una institución autorizada por el ICBF, deberá remitir la documentación al representante legal para que este haga la asignación de profesionales. Subsiguiente a esta etapa se deben agotar por lo menos 17 momentos, entre los cuales están: la charla legal informativa sobre la adopción como medida de restablecimiento de derechos, radicación de documentos de personas, cónyuges o compañeros permanentes, el análisis de documentos por parte del defensor de familia, tres talleres de preparación para la familia solicitante, primera entrevista con trabajo social, primera entrevistas con psicología, aplicación de pruebas, entrevista con los hijos de los solicitantes, si los tienen, segunda entrevista con trabajo social: para pareja o persona en caso de hacer la solicitud como soltero(a), segunda entrevista con psicología, visita domiciliaria de trabajo social: entrevista y observación, elaboración de informes, memorando de remisión de la historia de los solicitantes al comité de adopciones, análisis y certificación de idoneidad del comité de adopciones, lista de espera y proceso de asignación. El comité de adopciones se encarga de seleccionar a la familia y hacer la asignación del niño, niña o adolescente. El secretario del comité deberá comunicar por medio escrito a la autoridad central o institución y a la familia, sobre la asignación de la familia a niño, niña o adolescente. Posteriormente se pondrá en marcha la presentación del niño, se envía un informe psicosocial y se incluyen fotos, fotocopia del registro civil de nacimiento, copia informal del acto administrativo y la constancia secretarial. Lo siguiente sería la respuesta de la familia y la autoridad central o institución autorizada en un plazo máximo de 2 meses. Para finalmente expedir el certificado de integración y culminar con esta etapa administrativa.

1.3.2 Etapa judicial

Es una etapa consta de 2 momentos los cuales son la radicación de la demanda de adopción y la sentencia judicial. “Conjunto de actividades mediante las cuales, a través de apoderado, se presenta demanda ante el Juez de Familia de la jurisdicción de la residencia de los adoptantes en

casos de adopción nacional, o en cualquier parte del país en adopción internacional, con el fin de que se profiera la sentencia que decreta la adopción, la cual debe ser notificada personalmente al menos a uno de los adoptantes para que quede ejecutoriada”. (Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción del ICBF, 2016, p. 71). La finalidad de esta etapa es dictar sentencia entregando la patria potestad a los padres adoptantes y crear el vínculo del parentesco civil.

1.3.3. Seguimiento

Es el momento en el cual se hace una verificación de bienestar del menor de edad con su familia adoptiva. Se realiza por un periodo de 2 años.

Una vez una persona o pareja estén interesados en manifestar su intención de adoptar, deben tener en cuenta los requisitos básicos para adoptar los cuales son:

- Ser plenamente capaz.
- Tener mínimo 25 años cumplidos.
- Demostrar la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para ofrecerle una familia adecuada y estable a un menor de 18 años.
- Tener al menos 15 años más que el adoptable.

En Colombia, el proceso de adopción no tiene un término fijo estipulado, puesto que las circunstancias de cada uno de los procesos son diferentes. La duración del proceso de adopción en Colombia es un tema a evaluar más temprano que tarde, por representa un obstáculo, debido a esta situación un porcentaje de los menores crecen y se vuelven menores de difícil adoptabilidad.

Capítulo II

Principio Interés Superior de los niños niñas y los adolescentes

2.1. Interés Superior a nivel internacional

El principio del interés superior del niño, niña y adolescente lo encontramos por primera vez en el contexto histórico en la Declaración de Ginebra de 1924, la cual habla específicamente de la responsabilidad de los adultos hacia los niños, pero también habla de la especial protección de

los niños “reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia”(Declaración de Ginebra, 1924, p.1).

Luego en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en el artículo 5, literal b se refiere a la responsabilidad de los padres y madres con los hijos, refiriéndose al interés de los hijos, dejando claro que el desarrollo y la educación de tales es su responsabilidad. En 1989 surge la convención sobre los derechos del niño, la cual consagra cuatro principios y en el que nos centraremos principalmente en este trabajo de investigación, es el numeral dos de esa convención, que trata sobre el interés superior del niño; este tratado es el mayor alcance para los derechos de los niños, siendo este el más ratificado a nivel mundial, con un total de 195 países, además cada país rinde cuentas a este ente internacional. Esta convención de los derechos de los niños ha generado muchos encuentros internacionales tales como la Cumbre Mundial en favor de la Infancia en 1990, Declaración de Estocolmo en 1996, Convenio sobre trabajo infantil en 1999, Declaración “Un mundo apropiado para los niños” en 2002.

2.2 Interés Superior en Colombia

En Colombia la Constitución Política de 1991, nos trae en el art. 44 los derechos fundamentales de los niños, en este artículo encontramos una pequeña compilación de esos derechos, los cuales ya reposaban en la declaración y la convenciones antes tratadas, pero este artículo va más allá y nos especifica que todo tratado que Colombia ha ratificado también tendrá aplicabilidad en nuestro territorio así “Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.(Constitución política de Colombia, 1991) este artículo también consagra las responsabilidades que tienen la familia, la sociedad y las autoridades “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”. (Constitución política de Colombia, 1991). Seguidamente en el tercer inciso habla de la protección especial donde prevalecen los derechos de los niños ante cualquier otro sujeto de derechos.

Al analizar el Código de Infancia y Adolescencia, la ley 1098 de 2006, nos trae una amplia regulación sobre el interés superior de los niños niñas y adolescentes en su numeral octavo así:

artículo 8: interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. (Código de la Infancia y la Adolescencia, ley 1098 del 2006, p.1).

Esto nos lleva a determinar que el interés superior del niño, niña y adolescente es un principio completamente subjetivo el cual se interpreta de acuerdo a cada situación en específico.

El principio del interés superior además de lo anterior está acompañado de otros componentes como procedimientos, protocolos y derechos establecidos por el estado para el bienestar de cada niño, niña y adolescente del respectivo país:

Por lo general, los sistemas nacionales de protección del niño incorporan estrictas salvaguardas procesales para determinar el interés superior del niño antes de adoptar ciertas decisiones importantes. Entre éstas se encuentran la separación de un niño de sus padres contra la voluntad de éstos, la determinación de los derechos de paternidad y de custodia en el caso de separaciones y adopciones. Normalmente, tales decisiones sólo pueden ser adoptadas por las autoridades nacionales competentes, como la judicial, y se hallan sujetas a salvaguardas procesales previstas en la ley. (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados ACNUR, 2008, p.9).

Colombia adopto estas leyes, protocolos y procedimientos para llevar a cabalidad este principio, en especial en el caso de la adopción, la legislación colombiana consagra dos procedimientos diferentes como lo vimos anteriormente el administrativo y el judicial, y consagra que todos los procedimientos establecidos en Colombia están llamados hacer cumplir el principio del interés superior de los niños niñas y adolescentes, siendo este como ya se dijo un derecho fundamental y de amplia aplicabilidad a todo lo que a menores se refiere, por eso cada caso debe ser analizado en concreto, puesto que las diferencias culturales, geográficas, religiosas y económicas, son trascendentales a la hora de valorar la situación familiar de cada niño, todo esto con el fin de verificar cual es el mejor tratamiento para el caso, qué medidas se deben tomar, aplicar el protocolo impuesto por la Sentencia T-844 de 2011 en cuanto a la medida de restablecimiento de derechos y búsqueda de la familia extensa de estos niños y agotada esta

etapa continuar con la declaratoria de adoptabilidad siempre en pro de lo que más convenga para ese niño, niña o adolescente.

2.3 Concepto Interés Superior

El interés superior abarca una gran cantidad de contextos nacionales como internacionales, de manera que traeremos a colación algunas definiciones que nos traen entes nacionales como la Corte Constitucional e internacionales como la UNESCO, en su cuaderno 05 sobre el interés superior del niño por medio de interpretaciones y experiencias latinoamericanas:

El principio de interés superior trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño. En este sentido, los roles parentales no otorgan derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los niños en cumplimiento de su interés superior. (Alegre, Hernández, Roger, 2014, p. 3).

Este concepto es muy acertado en la legislación colombiana, dada la prevalencia que la constitución ha otorgado a los niños, niñas y adolescentes, por encima de los derechos de los demás, pues estos por ser personas que apenas están en situación de vulnerabilidad, necesitan una especial protección para un correcto desarrollo social, familiar y personal.

A nivel nacional la Corte Constitucional se ha referido al tema en numerosas sentencias, para la finalidad de aclarar el concepto citare la siguiente:

el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal. T-503 de 2003 y T-397 de 2004. (Cepeda 2004, como citó Pretelt, 2011).

A la luz de los entes nacionales e internacionales, el interés superior es un principio que para llegar a su concreción se apoya en todos los derechos y garantías existentes en una nación, y

que además están por encima de los derechos de cualquier otro sujeto; esta especial protección aplica en cualquier parte del mundo donde se encuentre el niño, niña o adolescente y cada estado tiene la obligación de velar por el cumplimiento de todo este conjunto de derechos y garantías establecidas internacionalmente, todo esto sin importar la nacionalidad de los niños, niñas y adolescentes, ya que los entes gubernamentales tienen la obligación de ser garantes de los derechos de estos en todo momento y frente a cualquier circunstancia que los amenace o vulnere.

2.4 El Interés Superior de los niños niñas y adolescentes en la adopción

Como ya hemos aseverado el interés superior de los niños niñas y adolescentes trasciende por encima de cualquier otro derecho dado su carácter subjetivo e imperativo, que abarca una cantidad considerable de derechos; pues bien este principio es el más importante a la hora de tomar la decisión sobre declarar o no al niño en situación de adoptabilidad conforme al proceso de restablecimiento de derechos, este proceso según el art 50 de la ley 1098 del 2006 lo que busca es “ la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”. (Código de la Infancia y la Adolescencia, ley 1098 del 2006, p.1). En pocas palabras busca restablecer esos derechos que fueron violados en algún momento por sus padres, familiares o tutores. Si luego de aplicar todos los protocolos que Colombia tiene establecidos para el restablecimiento de los derechos, no se logra entablar eficazmente la relación con sus padres o tutores, como ultima ratio tenemos la adopción, para lo cual se debe declarar primero al niño en situación de adoptabilidad mediante el trámite administrativo correspondiente y después de agotar la búsqueda de la familia extensa del estos niños, luego en un proceso judicial son adoptados, y al adquirir una nueva familia que cumple con el rol de la protección, bienestar y felicidad de estos niños y todos estos derechos necesarios, garantiza así el Estado el interés superior, para concretar a cabalidad todos los derechos que encarna el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia.

El convenio de la Haya sobre adopción internacional específicamente establece la colaboración entre países parte para la adopción internacional, en cada uno de sus artículos nos trae parámetros que cada país debe llevar a cabalidad para la adopción de un niño niña o adolescente y posteriormente ser llevado al otro país donde residirá.

Las condiciones de adopción establecidas en el convenio son claras y desarrolladas en nuestra ley actual. En este convenio se establece que cada país parte debe establecer un órgano central que se encargue de las adopciones y de los procesos concernientes a esta, en Colombia la ley 1096 del 2006 establece en su artículo 62 la autoridad central en materia de adopción, el Instituto Colombiano de bienestar familiar y solamente podrá desarrollar programas de adopción esta institución y las instituciones debidamente autorizadas por esta. (Código de la Infancia y la Adolescencia, ley 1098 del 2006, p.1).

El capítulo 4 de la Convención nos indica el procedimiento para las adopciones internacionales y en este vuelven y citan a la autoridad central como ente encargado de desarrollar tal protocolo. En este capítulo se establece el procedimiento que debe de llevar y desarrollar en nuestro caso el ICBF, la ley 1098 de 2006 guarda una estricta similitud con la convención adoptada en Colombia por la ley 265 de 1996, en varios sentidos, por mencionar algunos muy importantes: el consentimiento para dar a un recién nacido en adopción, debe ser dado luego de que nazca, pues de hacerse antes ni la legislación colombiana ni la convención lo aceptan como válido.

El capítulo 5 de la Convención es muy importante porque nos encontramos los efectos de la adopción como la filiación con los adoptantes, que está establecida en la ley 1096 en su artículo 61 y en la convención en el art. 26, además también trata de la ruptura de la filiación con sus padres por consanguinidad y demás aspectos relacionados explicado en el capítulo primero de este trabajo.

El Convenio de la Haya sobre adopción internacional se basa en el interés superior de los niños y sus derechos fundamentales, buscando a través de este que los niños que no encontraron en sus familias consanguíneas todas estas garantías que engloba el interés superior, el Estado mediante la adopción pueda dárselas por medio de una familia adoptiva, donde le brinden todas las garantías anteriormente mencionadas. Este convenio fue adoptado por Colombia antes de la ley 1096 del 2006 por lo tanto en esta ley lo que se hace es desarrollar mas minuciosamente el convenio para poder llevarlo a cabo internamente de forma armoniosa.

Esta convención también busca prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños mediante adopciones legales, por medio de tramites estrictos de vigilancia y control, evitando que se lleven a los niños a otros países sin el consentimiento de las autoridades competentes:

convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en la Haya el 29 de marzo de 1993 e incorporado a la legislación colombiana mediante la ley 265 de 1996. tiene por objeto establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional. también, instaurar un sistema de cooperación entre los estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, venta o tráfico de niños. además, pretende asegurar el reconocimiento de las adopciones realizadas de acuerdo con el convenio en los estados contratantes. (el ICBF, Tratados y Convenios internacionales en materia de niñez y de familia, p.14).

2.5 Los hechos que dan lugar a esta sentencia T-844 del 2011

Es pertinente traer a colación los hechos que dieron lugar a la sentencia T-844: Sofía nació el 04 de febrero de 1995, esta no fue reconocida por su padre y su madre la entregó a los 52 días de nacida a la abuela materna de la niña. Una vez falleció la abuela materna, la niña quedó al cuidado de su abuelo materno, sus bisabuelos, tíos y tías. Cuando la niña tenía 8 años y 11 meses de edad, la hermana de la fallecida y por ende tía de la niña, se la llevó bajo engaños de su residencia diciéndole a la familia que la llevaría de paseo, y dos días después, el 16 de enero de 2004 la entregó al ICBF. La señora manifestó al momento de la entrega de la niña, que no había nadie que se hiciera cargo de ella, porque los familiares con los que contaba se hallaban en situación de pobreza extrema y que la niña era objeto de malos tratos. Como consecuencia de lo anterior, el ICBF la ubicó provisionalmente en un hogar sustituto mientras adelantaba el trámite de restablecimiento de derechos. Por medio de la Resolución el 31 de julio de 2004 se declaró en situación de abandono y posteriormente con la sentencia 31 de enero de 2005 el ICBF la entregó en adopción.

La familia de crianza no conoció ninguno de estos actos, puesto que desde el día que la tía se la llevo del seno familiar, no tenían conocimiento de que había pasado con la niña, y a pesar de que su abuelo materno había llegado hasta el centro zonal a preguntar por su nieta se le había negado la información.

El proceso de adaptación no fue efectivo, pues la niña desde el primer momento manifiesta querer volver a su hogar con su padre, que para ella es su abuelo paterno y una de sus tías, además de comportamientos que denotaban agresividad, depresión entre otros síntomas psicológicos.

La madre adoptiva manifestó que la niña tiene un comportamiento muy agresivo y al no ver apoyo de parte del ICBF, se ve en la necesidad de pagar expertos particulares, por lo cual le diagnosticaron hiperactividad, déficit de atención y oposicionismo desafiante. La madre adoptante reintegro la niña al ICBF el 12 de noviembre de 2005 y solicitó que se revisara el estudio socio-familiar y además solicitó ponerla en contacto con su familia biológica. Interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia mediante la cual se decretó la adopción, el cual fue declarado infundado y se inició nuevo proceso para dar la niña nuevamente en adopción.

El 21 de agosto de 2009, la tía de la niña, interpuso acción de tutela solicitando la revocatoria del acto administrativo que la declaró en abandono y de la sentencia de adopción, porque los supuestos para declarar el estado de abandono no se cumplían y el Defensor de Familia y su equipo interdisciplinario acomodaron la información y tomaron la decisión a base de mentiras, solicitud que fue denegada por ser improcedente.

En el proceso de la resolución de la acción de tutela, la joven Sofía, rindió declaración donde dice querer volver a su hogar de infancia y posteriormente, en revisión, manifiesta no querer volver a su hogar y además conservar sus apellidos adoptivos.

Todo este proceso fue consecuencia de un mal trámite administrativo por parte del Defensor de Familia del ICBF, que se demoró parte de la infancia y parte de la adolescencia de la menor, dejando tantas huellas psicológicas presentes que al final ya no quería tampoco estar con su familia biológica puesto que los vínculos afectivos con el pasar de los años se deterioraron. Esto demuestra la falencia que tenía el sistema en esa época y la grave vulneración al interés superior.

2.6 Interés Superior en la Sentencia t-844 del 2011

La Corte Constitucional comienza haciendo un análisis exhaustivo de la procedencia de la acción de tutela, instaurada por la tía de la menor Sofía, analiza la legitimación de esta mediante la figura de agente oficioso, para lo cual se deben cumplir 3 principios: el principio de eficacia de los derechos fundamentales, el principio del derecho sustancial sobre las formas, el principio de solidaridad; además debe de cumplir con ciertos lineamientos como manifestar que actúa en

calidad de agente oficioso, debe acreditar en nombre de quien actúa, no puede interponer el amparo a el que se refiere, no debe de existir relación jurídica entre el agenciado(s) y el agente y si es posible que el agenciado se ratifique en el momento oportuno, pero si bien y la Corte asevera que estos principios son fundamentales para esta figura, luego afirman que no es necesario cuando se trata de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que estos según el art. 44 de la Constitución Política tienen una prevalencia sobre los demás sujetos de derecho.

La Corte argumenta un defecto factico como causal de procedibilidad de la tutela, tanto para el procedimiento administrativo como judicial, donde se evidencia la negligencia de ambas partes, ya que, en el proceso administrativo, el ICBF debe de mantener un protocolo muy minucioso a la hora de restablecer los derechos de los niños niñas y adolescentes, buscando la forma de no separarlos de su entorno familiar. La Corte argumenta que el defecto factico tiene dos dimensiones así:

Una dimensión negativa que tiene lugar cuando el juez o autoridad administrativa niega o valora la prueba arbitraria, irracional y caprichosamente [30] u omite su valoración [31] y sin fundamento alguno da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.

Una dimensión positiva, que generalmente se desarrolla cuando el juez o autoridad administrativa aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar y al hacerlo desconoce la Constitución. (Corte constitucional, sentencia T- 844 del 2011).

Este defecto va arraigado al debido proceso, el cual debe ser un principio rector tanto para actuaciones judiciales como administrativas, además todas estas actuaciones deben de ir encaminadas con el principio de legalidad, el cual pone limite al ejercicio del poder que se le da al defensor de familia para que no tome decisiones arbitrarias. En sede judicial hay un error inducido el cual se da cuando, aunque el proceso se da de forma armónica con la debida verificación desde los principios rectores del debido proceso, se vulneran los derechos fundamentales, esto se da por fallas que son atribuidas al ente gubernamental.

La Corte Constitucional en aras de verificar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes comienza analizando a estos como sujetos de especial protección constitucional, tanto nacional como internacionalmente, y se fundamenta en vulnerabilidad e indefensión dado

que son sujetos que están en desarrollo, donde no han adquirido la suficiente madurez mental para tomar decisiones de una forma coherente pero tienen derecho a ser escuchados y a tomar en cuenta su opinión, según la ley 1098 del 2006 y aún más importante la Constitución Política colombiana en el art. 44, los tratados internacionales y el comité de los derechos de los niños que en su observación general número 12 tratan la importancia de escuchar a los niños y hacen un desarrollo total del tema:

“EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula lo siguiente: "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". (Comité de los derechos del niño, 2009, p.5).

Todo este desarrollo hace pensar en que la niña durante todo el proceso hacía referencia a su familia biológica constantemente en el trámite administrativo y en el judicial, a pesar de ello no se le escucho, no se tomó en cuenta y no se ve un estudio minucioso y eficaz de parte del defensor de familia.

En el plano del interés superior también vemos la irrevocabilidad de la adopción, la cual en Colombia esta desde el año 1989 con el decreto 2737, Código del menor, modificado por ley 1098 del 2006, lo que busca es que después de tomar la medida más importante como lo es la adopción, el niño, niña o adolescente logre efectivamente crear un vínculo con la familia adoptante y restablecer todos sus derechos, sobre todo el de tener una familia, para un efectivo desarrollo de su entorno tanto mental, físico y social, logrando una estabilidad emocional.

Pero la situación en concreto en esta sentencia evidencia una excepción en pro de la niña, pues no revocarla vulneraría su interés superior, pues la Corte Constitucional logro demostrar que el trámite tanto administrativo como judicial, en este caso en concreto fueron contrarios a sus derechos y al debido proceso ya que tanto el operador administrativo como judicial incurrieron en errores muy graves, que desde el principio fueron en contravía de lo consignado en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Por eso la Sala advirtió que los trámites de adopción que siguió el ICBF resultaron contrarios a los derechos fundamentales de la niña que se querían proteger, hecho que impone la revocabilidad de la adopción como consecuencia de todos los defectos que se han enumerado, en la medida en que aquella contaba con una familia extensa que posiblemente se hubiera podido hacer cargo de ella; medidas que no se consideraron por las falencias, omisiones e irregularidades en las que el ICBF incurrió y que tampoco el juez de familia advirtió cuando declaró la adopción. (Corte constitucional, sentencia t 844 del 2011).

El defensor de familia omitió el trámite adecuado de restablecimiento de derechos pues a pesar de que la familia de Sofía sí podía estar en una situación de extrema pobreza, el Estado tiene programas en los cuales con un acompañamiento de parte del ICBF, no se hubiera transgredido el derecho fundamental de Sofía a tener una familia y no ser separada de ella; también dicho defensor de familia incurrió actuó de forma inaceptable, pues el trabajo de este era proteger a la niña y ayudarla, en cambio hizo todo lo contrario, ocasionando afectaciones psicológicas, pues la niña en vez de sentirse segura, sintió que había sido separada de su verdadera familia.

La Corte Constitucional exhorto por todo lo anterior al ICBF a crear los lineamientos que sus servidores deben seguir para que no vuelva a suceder lo del caso de Sofía por medio de un protocolo, y para que los funcionarios no actúen arbitrariamente. La Corte pone especial énfasis en 3 derechos fundamentales a tener en cuenta en cada proceso de restablecimiento:

- El derecho a la preservación de la unidad familiar: el tribunal nos aclara que el Estado no puede devastar la familia sin un fundamento, en cambio debe velar por que esta se mantenga unida, por lo cual el Estado busca garantizar programas para su bienestar y unidad pues cuando una familia se ve afectada por alguna razón en este caso la pobreza extrema, puedan acudir a estos mecanismos y el ICBF puede hacer un acompañamiento hasta que se restablezcan los derechos afectados.
- El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y la presunción a favor de la familia biológica: este derecho tiene una especial protección por parte del Estado, ya que es un derecho abalado a nivel constitucional elevándolo a derecho fundamental, pues la institución de la familia es la base de la sociedad en Colombia y por tanto merece un especial cuidado.

La Corte Constitucional ha establecido que este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la obligación de preservarlo, en especial, la consagración constitucional de la familia como la institución básica de la sociedad (arts. 5 y 42, C.P.); la prohibición de molestar a las personas en su familia (art. 28, C.P.); y la protección de la intimidad familiar (art. 15, C.P.). Además, tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías adicionales, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos. (Corte constitucional, sentencia T- 844 del 2011).

- El derecho fundamental de los menores de dieciocho años a ser escuchados: este derecho se encuentra estrechamente unido con el principio del interés superior del menor de 18 años, el cual debe ser analizado en cada niño en concreto desde un enfoque interdisciplinario, dado que cada niño tiene un entorno cultural, familiar y social diferente, por lo tanto, la madurez mental de cada niño no tiene un vínculo estrecho con la edad si no con el entorno en el que vive.

El tribunal aclara que la adopción es la última opción y que se deben agotar los otros mecanismos de restablecimiento de derechos de la ley 1098 antes de declarar al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad, es importante para el Estado colombiano mantener la familia unida, pues esta es la base de nuestra sociedad y no hacerlo genera una falta grave por parte del mismo.

Capítulo III

3.1 Análisis del concepto de interés superior desde la sentencia T-844 de 2011 y los efectos psicológicos en su aplicación en los procesos de adopción en Colombia

Esta sentencia es muy importante porque fue la que dio cabida a la posibilidad de que un niño que ha sido adoptado cuando se le han vulnerado sus derechos o cuando ha habido una irregularidad en el trámite de la adopción en el proceso administrativo por violación al debido proceso, pueda dejarse sin efectos la sentencia que declara la adopción y reintegrar al menor a su núcleo familiar.

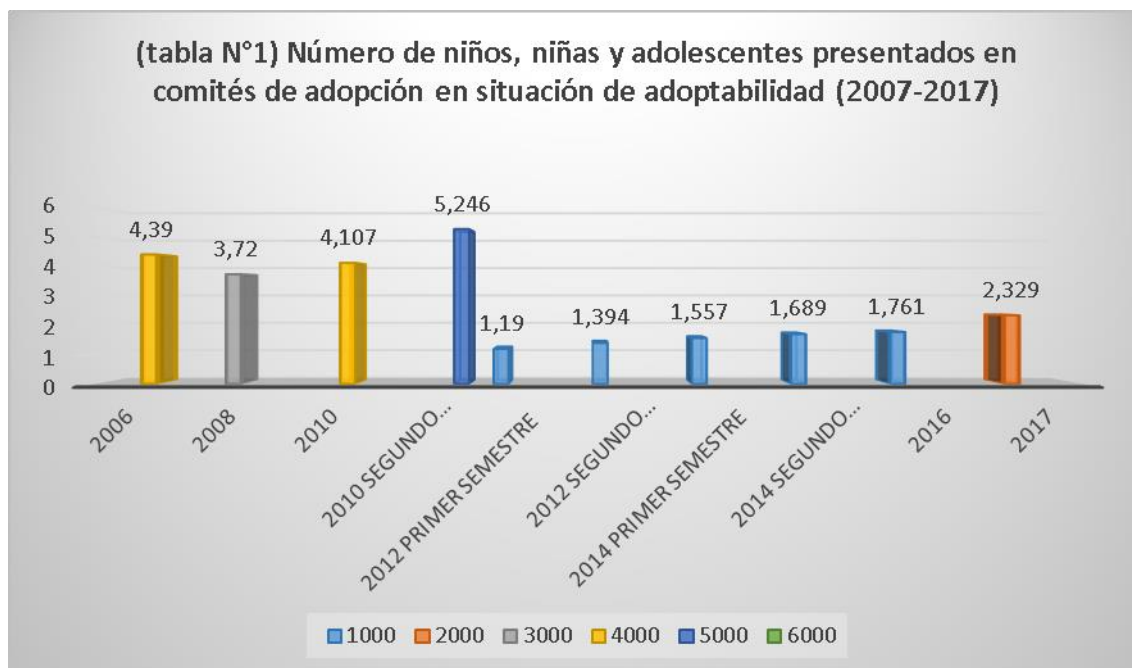
Esta sentencia fue pronunciada en favor de los derechos fundamentales de una niña a crecer en su núcleo familiar y a no ser separada de ella en los términos del artículo 44 de la constitución política, caso que se presentó porque el ICBF no realizó las debidas investigaciones que se requieren para declarar a un niño en situación de adoptabilidad, ya que en esta actuación se presentó un defecto factico por omisión por parte del Defensor de Familia, al no realizar las pruebas necesarias dentro del proceso administrativo como contactar a la familia extensa de la niña y averiguar si esta podría ser acogida por ellos, violando así el debido proceso administrativo, porque la referida sentencia relata que los familiares de la menor específicamente sus abuelos querían acogerla en su hogar, pero el ICBF en ningún momento les dio esta opción ni les brindo la información necesaria que se exige en estos casos, sino que inmediatamente, sin realizar ninguna visita domiciliaria y sin corroborar la veracidad de los hechos por los cuales la niña se encontraba en esa situación como lo exigía el protocolo, inicio el proceso de declaratoria de condición de adoptabilidad basados única y exclusivamente en el testimonio de una de las tías de la niña, que indicaba maltrato físico por parte del resto de la familia, por lo cual efectivamente después de la tramitología dio como resultado una adopción irregular, que causo en la niña graves problemas afectivos y emocionales que no permitieron una adaptación e integración al nuevo núcleo familiar por el cual fue adoptada, lo que llevo finalmente a que su madre adoptiva iniciara un proceso para reintegrarla de nuevo al ICBF y que este la regresara a su entorno familiar de origen biológico.

En este proceso administrativo evidentemente no se cumplió con el debido proceso ya que nunca se estudió el contexto familiar de la menor conforme a lo estipulado en el artículo 53 de la ley 1098 de 2006 y se violaran los derechos fundamentales de la niña, esto llevo a que el juez en dicha sentencia T- 844 declara lo siguiente:

“Bajo la presunción de mantener los vínculos con la familia el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia en consonancia con lo que señalaba el artículo 70 del anterior Código del Menor, consagra como una de las posibles medidas de restablecimiento de los derechos de los niños la *“Ubicación en familia de origen o familia extensa”*, describiéndola como *“la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando éstos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos. Si de la*

verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos” (Corte Constitucional, 2011).

Esto automáticamente en virtud de la jurisprudencia se traduce en la obligación a cargo del ICBF de instaurar un protocolo para el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes que evite situaciones como a la que fue sometida esta niña, protocolo que fue implementado a partir del año 2012, donde se estableció el deber de contactar e intentar ubicar al niño, niña o adolescente primero en su familia extensa, en aras de garantizar su derecho a tener una familia y a crecer en ella; la ambivalencia en esta situación es que el juez en ningún momento determino hasta qué grado de consanguinidad comprende la familia extensa que debe contactar el ICBF, entonces por sustracción de materia se recurre a la concepción que trae sobre esto el código civil en su art. 61 donde se determina que la familia extensa está compuesta por los familiares hasta el sexto grado de consanguinidad, además establece la prevalencia de la familia biológica en un intento de que no se transgreda la unidad familiar y así garantizar el interés superior, esto se traduce automáticamente en problemas administrativos y económicos para la ejecución de dicho protocolo en el ICBF, tales como el represamiento de los niños en los centros zonales o regionales creados para ellos, aumento en las erogaciones económicas necesarias para mantener, cuidar y proveer de todo lo necesario a estos niños mientras estén en estos lugares en condiciones dignas, la necesidad de contratar personal capacitado para el cuidado y bienestar de ellos y para la implementación y ejecución de este protocolo para lograr ubicar a esta familia extensa e intentar con ellos la acogida del niño en sus hogares y comprobar su idoneidad, esto por obvias razones resulta dispendioso para el ICBF al intentar cubrir todas estas necesidades básicas y al mismo tiempo realizar esta búsqueda exhaustiva de los familiares, ya que es evidente que desde que se implementó la medida, los niños que se encontraban en estos centros del ICBF para iniciar el proceso de adopción pasaron de 3.000 anuales como era la cifra normal a 11.656 en el año 2013, lo cual se traduce en un aumento considerable en esta población y una disminución considerable de niños adoptados en Colombia, según cifras adoptadas por el ICBF de esta manera:



Fuente: ICBF. El programa de adopciones en Colombia de la Dirección de protección. (2018).

Como se logra evidenciar las cifras en los índices de adopción en Colombia disminuyeron considerablemente a raíz de los efectos introducidos por la Sentencia T- 844 de 2011, y de la interpretación y aplicación estricta de este protocolo por parte el ICBF, ya que la búsqueda de la

familia extensa del niño hasta el sexto grado de consanguinidad es un trabajo dispendioso que aunque ya existía en la ley no era aplicada de manera estricta, mucho más cuando la mayoría de personas desconoce el paradero de su familia extensa, ya que casi nunca hay contacto con ellos, ni mucho menos vínculos afectivos, situación que intento solucionarse con la modificación del artículo 56 de la ley 1098 del 2006, dándole a este protocolo un término máximo de seis meses para buscar y realizar el proceso administrativo con la familia extensa que se logre encontrar de estos niños sin sujetarse estrictamente hasta el sexto grado de consanguinidad, permitiendo así el dinamismo de la norma y un intento de reducir el tiempo en el que estos niños están institucionalizados.

La demora en los procesos administrativos, en la ejecución de este protocolo y su poca eficacia termina por vulnerar interés superior del menor, en cuanto a que como se mencionó anteriormente en el capítulo de la adopción, la edad del niño juega un papel importante a la hora de ser adoptado, ya que la mayoría de las personas que van a adoptar, desean adoptar un bebe o un niño hasta máximo los 3 años de edad, de ahí en adelante las posibilidades de que un niño sea adoptado disminuyen mientras su edad aumenta; además las personas que quieren adoptar en especial las extranjeras, al observar la demora y las dificultades en los procesos de adopción pueden abandonar su proceso e intentarlo en otro país donde la tramitología sea más accesible y efectiva ocasionando que los niños en situación de adoptabilidad en Colombia crezcan fuera de un entorno familiar.

Frente a esta problemática el Director del Departamento Administrativo para la prosperidad social, le solicito a la sala de consulta y de servicio civil del Consejo que revisara si la referida sentencia de tutela tenía efectos erga omnes o no, y de qué manera debía el ICBF ajustar el debido protocolo a estas situaciones, puesto que como se ha reiterado en la normatividad colombiana los efectos de las tutelas solo surten efectos interpartes, según el art. 36 del decreto 2591 de 1991, que es por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la constitución política de Colombia que dice así: “ Las sentencias en que se revise una decisión de tutela **solo surtirán efectos en el caso concreto** y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar

su fallo a lo dispuesto por esta”. y el numeral 2 del art. 48 de la ley 270 de 1996 y la sentencia C-037 de 1996.

Al observar esta normativa entendemos que efectivamente los efectos de las tutelas son meramente inter partes, sin embargo, hay ocasiones en que estos efectos por ser vinculantes más allá que el caso en concreto, se aplican de manera general, por lo cual la respectiva sala contesta lo siguiente:

La Sentencia de tutela T-844 de 2011 de la Corte Constitucional tiene efectos *inter partes*, lo que implica que lo allí resuelto solo se aplica y obliga a quienes participaron en el caso concreto. Sin embargo, como ha señalado en diversas oportunidades la Corte, la doctrina constitucional sobre el contenido y alcance de los derechos constitucionales sentada con ocasión de la revisión de los fallos de tutela “trasciende las situaciones concretas que le sirven de base” y se convierten para todos los operadores jurídicos en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Carta. A esta doctrina obedece el Numeral Octavo de la parte resolutive de la sentencia, en el cual la Corte instó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF para que diseñara un protocolo contentivo de directrices dirigidas a los funcionarios del ICBF a efecto de que en el futuro no incurrieran en los errores que en el caso concreto detectó con ocasión del procedimiento de restablecimiento de derechos y en especial de la declaración de adoptabilidad. (Consejo de Estado, 2014).

Por lo que queda claro que el ICBF debe adoptar y aplicar este protocolo de la búsqueda de la familia extensa a todos los casos que llegue a su conocimiento, y que hasta ahora la problemática sigue activa y sin una solución eficiente que minimice la afectación al interés superior, los derechos de los niños se están menoscabando por la ineficacia del protocolo y las oportunidades de una adopción pronta siguen disminuyendo creando graves afectaciones psicológicas.

3.2 Que es una afectación psicológica

Este trabajo de investigación se centra principalmente en los efectos psicológicos nocivos que pueden afectar a los niños, niñas y adolescentes en los procesos de restablecimiento de derechos, adopción y ahora con la implementación del protocolo aplicado por el ICBF en cumplimiento a

la normatividad vigente en Colombia y a la aplicación de la interpretación que surge de la sentencia T-844 de 2011, puesto que como ya lo hemos comentado anteriormente, pensamos que los aspectos psicológicos en esta investigación son fundamentales, toda vez que lo que se quiere investigar es si efectivamente la ejecución de este protocolo genera afectaciones al interés superior de los niños, niñas y adolescentes que están en un proceso de restablecimiento de derechos.

Por eso cuando hablamos de afectaciones psicológicas o daños psicológicos en niños o adolescentes y como determinarlas, se requiere de la experticia y de los conceptos de verdaderos profesionales de la salud mental, porque son lesiones que al no ser físicas son muy difíciles de diagnosticar y más difícil aun de tratar, por eso hay que analizar a fondo los comportamientos de estos niños para determinar el proceso a seguir más adecuado para ellos y la gravedad de la afectación sufrida, además es indispensable que las personas que los vayan a acoger ya sean su familia extensa o sus padres adoptivos continúen con el tratamiento psicológico por el tiempo que determine el especialista.

Entonces definimos que una afectación psicológica es toda repercusión en el estado mental de una persona después de una experiencia negativa vivida que puede ser algún tipo de violencia física, sexual, o emocional, que genera la manifestación de diferentes síntomas como la irritabilidad, la depresión, insomnio entre otros comportamientos muy característicos que generan en la persona una afectación transitoria que no implica en muchos casos que sea considerado un trastorno, y estas afectaciones pueden ser:

- **Cognitivas:** cuando afectan la capacidad de la persona para concentrarse y para recordar algunos detalles de ciertas situaciones por medio de una amnesia disociativa y que puede ser causada por el temor al abandono, por una dependencia hacia otra persona o por la idealización del agresor.
- **Conductual:** cuando afecta la capacidad de la persona para controlar sus impulsos y generalmente se manifiesta en las relaciones interpersonales.
- **Emocional:** esta es la afectación psicológica más común y es causada por experiencias fuertes especialmente en la etapa de la infancia y afectan la autoimagen de la persona, genera alteraciones afectivas y altera los sistemas de significación personal.

Pero si la afectación es muy grave lo que se genera es un daño psicológico, esta es una perturbación patológica y según la intensidad del daño puede ser permanente o transitoria, y es el resultado de un evento o una cadena de eventos que transforman la personalidad de la persona causando alteraciones que perjudican algunas áreas como la parte afectiva, ideativa y la volitiva. Es una lesión funcional o una perturbación patológica de la personalidad del sujeto que altera su equilibrio emocional.

Para ubicarnos mejor en el tema recurrimos a la experticia de profesionales en el tema de la salud mental y por eso le solicitamos a la Psicóloga Patricia Gallo Sánchez, Psicóloga de la universidad San Buenaventura de Medellín, que nos diera un concepto referente a esta problemática del cual resaltamos lo siguiente:

Comenzamos diciendo que en Colombia la problemática de los niños que son separados de sus padres es demasiado frecuente, por causas como el abuso sexual, el maltrato físico y psicológico, el abandono o el consumo de drogas o alcohol. En un artículo publicado por el periódico el Espectador se denunció lo siguiente:

"Hoy en día hay en Colombia más de 100.000 niños que han tenido que ser separados de sus familias para restablecer sus derechos por parte del Estado debido a causas como la violencia infantil", afirmó la directora de la ONG en Colombia, Ángela Rosales, en un comunicado.

Rosales detalló que, de ese total, más de 27.000 crecen en instituciones de protección privados o del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entidad encargada de prevenir y proteger a la primera infancia.

La ONG, que trabaja desde hace 50 años en el país, resaltó que de los menores separados el 46 % tienen entre 12 y 17 años, el 30 % están entre los 6 y 11 años, y más de la mitad son hombres.

Las principales causas de separación familiar son el maltrato, el abuso sexual y la violencia, seguido por el abandono y el consumo de alcohol o drogas por parte de sus padres. De igual forma, se registraron casos de trabajo infantil, desnutrición y menores habitantes de calle. (el Espectador, 2019).

Como logramos evidenciar, los motivos por los que los niños llegan al sistema de protección del ICBF son muchos y las cifras son demasiado altas, por lo que nos preguntamos ¿la separación familiar afecta el desarrollo infantil de los niños? según lo expuesto por la Doctora Patricia “la afectación psicológica y neurológica es demasiado grave, ya que lo aleja de los demás miembros de su familia, disminuye su sensación de seguridad y protección, inhibe el desarrollo de su personalidad y afecta la construcción de vínculos afectivos fuertes y estables” (P. Gallo, comunicación personal, junio 15 de 2020). Algunos niños y niñas nunca regresan a su familia, pues no se resolvieron las situaciones que generaron la separación, o porque sus familias no cuentan con apoyos para retomar su cuidado.

Entonces la primera vulneración al interés superior de los niños surge en sus propios hogares y esto es lo que legitima al estado para intervenir en el fuero interno de la familia y sustraer de ella a uno de sus miembros para garantizar su protección. Y aquí es donde surge la ambivalencia de que es lo que conviene más al niño ¿si entrar al programa del ICBF o continuar un proceso con su familia extensa con el fin de garantizar su vínculo afectivo y lograr con el acompañamiento de especialistas que sus padres eviten este tipo de comportamientos? a lo que la doctora nos expone desde su punto de vista profesional lo siguiente:

El paso por instituciones, masificadas y con escasos recursos, o en diferentes hogares de acogida y los cambios frecuentes del personal cuidador en las instituciones donde han permanecido, tiene su repercusión frente a cada nuevo intento de vinculación. Pueden dejar secuelas tanto en la salud física como psíquica del menor; traer aparejadas dificultades en los procesos de vinculación futura.

El acogimiento familiar es más adecuado, sin embargo, ambas alternativas pueden presentar dificultades a la hora de establecer una relación afectiva con el menor y se puede dar que la familia extensa no logra crear ese vínculo afectivo, que necesita el menor y tampoco se logra desarrollar en un hogar de acogida del ICBF.

Cuando los padres biológicos y la familia extensa de origen del niño no cuentan con las condiciones que garanticen el desarrollo pleno y armonioso del niño, las autoridades competentes responsables del bienestar y la protección del niño deben buscar soluciones alternativas: La adopción permite la posibilidad de formar

una familia que no está sostenida en vínculos biológicos (P. Gallo, comunicación personal, junio 15 de 2020).

Y con esto surge la incógnita, ¿es válido dejar al niño con su familia incluso la extensa cuando ha sido en ella donde se ha visto vulnerado en su integridad física y psicológica?, no se debería buscar en su integralidad el bienestar de estos niños?, por eso reconociendo que no está en nuestras posibilidades comprender los lazos afectivos del menor recurrimos a la experiencia de la doctora referente a esta situación, para entender que al momento de restablecerle sus derechos al niño que debe primar más el vínculo afectivo o el vínculo sanguíneo y esta fue su respuesta:

El vínculo afectivo es vital, es la vida emocional futura y es la base para una convivencia saludable. Se debería de dar desde los padres biológicos; la formación de un vínculo de apego adecuado durante la infancia, es la base de un desarrollo emocional equilibrado y ayudará a niños y niñas a establecer relaciones positivas con los demás y a afrontar con mayor o menor seguridad los retos que le aguardan a lo largo de su vida.

Si no se encuentra este vínculo afectivo en la realidad consanguínea se puede reforzar en los cuidadores del menor más habituales. Creándose una filiación socio afectiva.

Sin embargo, La falta de figuras de apego seguro en las primeras etapas de la vida, por el abandono de la familia de origen, tiene su repercusión frente a cada nuevo intento de vinculación.

El vínculo de apego es la relación afectiva, especial y única que se establece entre el menor y quienes le cuidan. Pero no se crea de forma automática, sino que se va estableciendo poco a poco, gracias a las relaciones afectivas más cercanas, estables y especiales que los menores mantienen con sus progenitores o cuidadores; y genera seguridad y confianza. (P. Gallo, comunicación personal, junio 15 de 2020).

Quiere decir esto que el vínculo afectivo no va ligado a la sangre, sino a la permanencia en el acompañamiento y cuidado, a la seguridad y amor brindados a los niños desde su temprana edad, esto es lo que crea un verdadero vínculo y estabilidad emocional en los niños, y esta sería la medida adecuada que estos niños necesitarían, ya que la separación de sus padres genera graves problemas inevitablemente como nos lo explica la doctora Patricia así:

Como la separación es abrupta, deja heridas emocionales muy profundas, surgen los sentimientos de abandono, desamparo y miedo que quedan grabada en la mente del menor. En los mayores de 7 años, puede derivar en problemas emocionales y de comportamiento, en ansiedad, depresión, trastornos alimenticios y dificultades para relacionarse con los demás.

Y cuando son adolescentes se potencializa el riesgo de consumo de drogas y de conductas delincuenciales, problemas de tipo emocional y mayores riesgos de intento de suicidio. Si no hay el adecuado apoyo psicosocial que evite esto. (P. Gallo, comunicación personal, junio 15 de 2020).

La separación es un momento demasiado adverso para los niños, por eso en la sentencia T-844 de 2011 el querer del juez es muy claro en que el protocolo que emplee el ICBF debe garantizar que las afectaciones a los niños sean mínimas, pero no precavió que la duración del proceso de restablecimiento de derechos, el proceso para ubicar a la familia extensa del menor, y la imposibilidad de una adopción rápida, también son vulneraciones y afectaciones emocionales hacia los menores tales como nos lo expone la doctora Patricia:

Hay varias razones por las que miles de menores se volvieron de “difícil” adopción: superaron los siete años de edad, son grupos de hermanos o tienen alguna discapacidad. En cuanto a la primera causa, hay una enorme responsabilidad del Estado. Este fue incapaz de hacer un trámite ágil para definir la situación legal de los menores. Antes de que existiera la Ley 1878 de 2018, que empezó a operar en enero de este año, los defensores de familia podían tardar una vida entera en establecer si el niño debía quedarse en el Bienestar o podía volver con sus padres. Pero, a veces, por darles una oportunidad a los padres terminaron quitándosela a los pequeños.

“Es como esperar en una fila en la que nunca llega tu turno. Y hay un punto en que ya pierdes la esperanza de ser adoptado, ya sabes que vas a estar ahí por mucho tiempo”.

No haber sido adoptado es un dolor que se suma al abandono o maltrato de los padres biológicos. Se crea en la persona sentimientos de abandono, rechazo, enojo, baja autoestima, temores a confiar en los demás, trastornos psicoactivos, aunque no se puede

generalizar, hay casos que logran desarrollar la capacidad de la resiliencia y son personas exitosas y equilibradas. etc.

“Los cambios de su vida sin lograr una estabilidad emocional, afectiva, psicológica y social hacen que muchos prefieran refugiarse en las drogas y delinquir”, como hay algunos que se superan y pueden llegar a tener la opción de seguir estudiando. (P. Gallo, comunicación personal, junio 15 de 2020).

Como constatamos la aplicación exegética de la ley puede traer en algunos casos vulneraciones al interés superior por eso la ley debería ser más integral y más humana, en especial cuando se refiere o versa sobre los sujetos de especial protección como son los niños, niñas y adolescentes en Colombia y su interés superior, los largos trámites administrativos y ese vaivén al que son sometidos los niños en estas situaciones solo redundan en afectaciones emocionales y psicológicas, y aunque como lo expone la Doctora Patricia, algunos de estos niños y jóvenes logran ser resilientes, la afectación emocional esta de cualquier forma presente antes, durante y después del proceso.

3.3 Afectaciones psicológicas a niños por ruptura del vínculo del apego y del vínculo afectivo

Para poder comprender las afectaciones psicológicas que sufren los niños que han sido separados de sus padres en virtud del restablecimiento de sus derechos y como una medida de protección y garantía del interés superior, y partiendo de lo expuesto anteriormente por la Doctora Patricia, en la entrevista que le realizamos, vemos como la principal afectación que estos niños presentan es la ruptura de los vínculos afectivos y de apego que el niño ha creado con las figuras materna y paterna que lo acompañan desde su nacimiento, dejando claro que este vínculo más que consanguíneo es afectivo.

En la investigación que hemos realizado sobre la importancia de este tema en relación con el interés superior del menor, encontramos una teoría que ha tomado gran relevancia en la psicología infantil, y es la TEORIA DEL APEGO que expone el británico psicoanalista John Bowlby, y esta teoría se relaciona completamente con nuestro tema de investigación porque surge del encargo que le hizo OMS para que investigara las necesidades y afectaciones que sufren los niños sin hogar o separados de sus familias.

En este estudio Bowlby explica que “la formación de una relación cálida entre niño y madre es crucial para la supervivencia y desarrollo saludable del menor, tanto como lo es la provisión de comida, cuidado infantil, la estimulación y la disciplina”. (Department of Child and Adolescent Health and Development, 2004, como citó Repetur & Quezada, 2005, p.3). Así, el amor materno en la infancia es tan crucial para la salud mental como lo son las vitaminas y las proteínas en la salud física”. (Sayers, 2002, como cito Repetur & Quezada, 2005, p.3)

Por eso vemos que los niños que han sido separados de sus padres, o de las personas con las que han creado un vínculo de apego afecta su salud mental, generando problemas como depresión, inseguridades y retraimiento social, situación que requiere de la plena atención de profesionales para que estos niños puedan ser reintegrados a su núcleo familiar o a una familia adoptante nueva y así evitar secuelas. Se podría creer que ese apego solo se crea con los padres o con los consanguíneos, pero según la teoría del apego, el vínculo es netamente natural a todos los niños en relación a aquella persona que permanezca en su vida de manera constante, ya “los bebés humanos, como muchos otros mamíferos, están provistos de un sistema conductual del apego, como una condición esencial de la especie humana, así como de otras especies. Esto significa que el bebé llegará a vincularse con una figura materna en el rol de cuidador principal” (Ainsworth, 1979; Fonagy, 1993; Jané, 1997; como cito Repetur & Quezada, 2005, p.5). y no es otra cosa que la necesidad de crear una relación de seguridad con una persona que para el niño represente su protección.

En pocas palabras el instinto humano del apego les ayuda a las personas a sentirse seguras y protegidas, y aquí hay que hacer una precisión, no es lo mismo el apego al vínculo afectivo, ya que como se mostraba anteriormente el apego es algo natural en el hombre y se crea con cualquier figura que genere seguridad, ya el vínculo afectivo solo se crea con pocas personas y trasciende más allá de una necesidad de seguridad, ya que se establece en relaciones de confianza y amor. Todo esto nos explica por qué, aunque un menor sufra algún maltrato por parte de aquellas personas con las que tiene un apego, igualmente sufre una ruptura emocional cuando es separado de esa persona que, aunque lo maltrata es su figura de referencia y protección, entonces esta separación para el niño significara que no tiene a quien recurrir para que lo proteja y por eso se hace urgente establecer con su familia extensa o con sus padres adoptivos rápidamente vínculos afectivos y así minimizar los efectos nocivos de la ruptura del apego, por eso los procesos administrativos de restablecimientos de derecho, del protocolo de

búsqueda de la familia extensa del menor y de adopción deben ser eficientes, prácticos y sin dilaciones innecesarias en pro del interés superior del niño y adolescente, que no solo consiste en cumplir una norma escrita y unos protocolos pre-establecidos en la legislación y en la reglamentación que maneja el ICBF, sino además en velar por la salud mental del niño y su inteligencia emocional, ya que esto determinara su personalidad, forma de actuar y de interactuar con las demás personas a lo largo de su vida, y además una intervención oportuna ayudara a evitar problemas mentales como la depresión, la agresividad y la ansiedad.

En conclusión, siempre que la medida de restablecimiento de derechos implique la separación del niño, niña o adolescente de las personas con las que tiene un vínculo de apego hay una ruptura emocional que afecta a estos niños, y la responsabilidad del estado en pro de garantizar el interés superior del niño y los tratados internacionales más allá de cumplir con lo consignado en la legislación, debe de manera integral y en conjunto con otras áreas del saber garantizar la salud mental y afectiva del menor, de manera que los protocolos sean eficientes y así el niño pueda crear con sus nuevos cuidadores vínculos afectivos que aseguren su estabilidad y bienestar mental.

3.4 Efectos psicológicos en los niños en el proceso de adopción:

En Colombia antes de declarar a un niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad como ya lo hemos dicho anteriormente debe surtir un proceso de búsqueda de su familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad, proceso que puede durar 4 meses y que puede incluso prolongarse por otros dos meses más por el defensor de familia cuando lo estima necesario, pero durante este tiempo el menor puede correr el riesgo de quedar institucionalizado, cumplir la mayoría de edad y perder la posibilidad de una vinculación por medio de la adopción a un núcleo familiar donde se le garantice su derecho fundamental a tener una familia, ya que los adolescentes entre 13 y 18 años son considerados de difícil adopción, puesto que la mayoría de adoptantes prefieren integrar a sus núcleos familiares a niños entre 0 a 6 años que son considerados de fácil adopción.

Como se evidencia en el proceso de búsqueda de la familia extensa del menor y fracasado este a continuación en el proceso de adopción, es un tiempo lleno de inestabilidad emocional y de mucha incertidumbre para los niños y adolescentes que no saben que les depara el futuro y

que no tienen cerca figuras afectivas que les brinden seguridad y tranquilidad, y que además ya vienen con unos traumas emocionales que recibieron en su propio hogar ya sea por algún tipo de violencia física, sexual o psicológica y por eso se hace necesario que durante todo este proceso tengan el acompañamiento de profesionales de la salud mental que mitiguen los efectos nocivos y los preparen para una posible integración a un nuevo núcleo familiar donde habrán nuevas costumbres o dinámicas familiares, ya que este es el principal objetivo en pro de su interés superior y sus derechos fundamentales, una integración a una familia, ya que todos los niños que están en el sistema de protección del ICBF manifiestan su deseo, ya sea de volver a su familia biológica o de ser adoptados, con el fin de sentirse amados y protegidos, sentimiento que genera una carencia afectiva, un vacío emocional que se agrava cada vez que uno de sus compañeros es adoptado y cumple ese sueño de tener una familia, o cuando fracasa cualquier intento de ubicarlo en un nuevo hogar, ya que la familia es el contexto vital en la vida de los seres humanos, donde aprendemos a actuar y a adaptarnos al entorno social, porque somos seres que necesitamos crear vínculos afectivos que permitan desarrollarnos desde nuestra infancia de una manera integral en aspectos básicos propios como el desarrollo afectivo, lingüístico, socioemocional, moral, sexual, creativo, que se adquieren en la continua convivencia y aprendizaje de la familia en la que se crece, y que los niños las aprenden por medio de procesos psicológicos que van formando su carácter y va creando la seguridad en sí mismo y la confianza y la adaptación a su entorno social, por ende en cualquier situación donde un niño o adolescente sea separado de su núcleo familiar por la situación que sea habrá una afectación psicológica y emocional inevitable, que se puede mover entre el estrés hasta la depresión crónica, puesto que es la ruptura del vínculo de apego y el vínculo afectivo que ha construido desde su nacimiento, es una afectación inevitable que se agrava durante el tiempo que este niño se encuentre a la deriva en el sistema de protección del ICBF, y que solo se superara o se lograra mitigar hasta que logre crear nuevos vínculos afectivos con las personas que representaran su nueva familia y alcance una estabilidad emocional, que es el primer paso para un proceso de sanación.

los procesos de restablecimiento de derechos y de adopción son la mejor medida que ha encontrado el estado y el legislador para la protección de los niños y adolescentes en colombia, pero es un proceso violento frente a la estabilidad y salud mental de estos niños, por lo que la actuación de las autoridades debe ser siempre integral y eficaz en pro de no agravar las

afectaciones psicológicas que inevitablemente se presentan, los términos no se deben dilatar innecesariamente, la búsqueda de su familia extensa debe ser inmediata.

En un trabajo de grado de la Universidad de Cantabria, en el que se estudia las afectaciones psicológicas de los niños adoptados se ha determinado que la mayoría de estos niños logra adaptarse a su nuevo entorno familiar, pero que por las situaciones a las que son sometidos en sus familias de origen y la inestabilidad emocional durante el tiempo que duren en el sistema de protección estos manifiestan problemas en su desarrollo psicológico:

Todas estas circunstancias van a determinar, en mayor o menor medida, la vida del menor. Por un lado, un porcentaje de los niños y niñas que posteriormente serán adoptados han sufrido maltrato, lo que provoca una distorsión de las relaciones emocionales básicas, afectando negativamente a su desarrollo integral. Por otro lado, muchos menores adoptados han permanecido durante un largo periodo de tiempo en un centro de acogida, que en ningún caso puede ofrecer el cuidado o la atención cercana e individualizada que ofrece una familia adecuada. Por todas sus condiciones, una institución no puede ofrecer el tipo de vinculación íntima, selectiva y estable que el contexto familiar hace posible.

Las necesidades ligadas a la supervivencia de los niños suelen ser atendidas de forma razonablemente adecuada en los centros de acogida, pero la respuesta a las necesidades psicológicas suele ser mucho más limitada. En la mayoría de los casos, las altas ratios de menores por cuidador, los cambios del personal encargado, las mínimas interacciones con los adultos y la limitada implicación emocional de los encargados, repercuten en la atención emocional de los menores. En estos niños que se encuentran institucionalizados la relación de apego se organiza en torno a un estilo de cuidado general, más que estructurarse alrededor de las respuestas y actuaciones de personas particulares lo que anula los requisitos necesarios para poder establecer un apego seguro (Bustamante García, 2014, pag.20).

Como es evidente, aunque a los niños que están en el sistema de protección del ICBF no les falta nada, y están en un lugar seguro, como lo indica el anterior estudio, esta medida no les permite sanar sus heridas emocionales ni crear nuevos lazos de afectividad, ya que la única relación que se crea con los funcionarios que los cuidan es de seguridad, de cuidado, mas no de familia.

También las afectaciones psicológicas que haya sufrido el menor determinaran como es su relación con la sociedad, por ejemplo, los niños que estuvieron en un hogar donde hubo violencia doméstica o intra familiar, o situaciones de rechazo “han ido desarrollando modelos de apego caracterizados por expectativas negativas sobre los adultos y sobre sí mismos, lo que provoca que el menor tienda a minimizar esa conducta y a evitar, en la medida de lo posible, la relación próxima con aquellos” (Palacios, 2011, como cito Bustamante García,2014, pag.21), además los niños que han crecido desde que eran bebés en el sistema de adopción sin tener ningún tipo de contacto con su familia biológica se podría decir entonces que han sido privados de cualquier posibilidad de crear un vínculo afectivo con algún adulto, nunca ha tenido una estabilidad emocional y por ende su proceso de adaptación a una nueva familia y al entorno social va a ser más difícil y “Esto provoca que muchas veces los niños adoptados tengan una reacción negativa hacia los nuevos vínculos familiares tras la adopción, ya que están acostumbrados a mantener relaciones frías, escasas de cariño y afecto” (Bustamante García,2014, pag.21).

Las afectaciones psicológicas de estos niños son muchas y variadas según las situaciones a las que hayan sido expuestos a lo largo de su corta vida, se pueden manifestar de varias formas, pero siempre se presentan por la afectación de los vínculos afectivos, es algo inevitable con lo que deben tratar y esforzarse los miembros de la familia extensa del niño o adolescente que lo vayan a acoger o los futuros padres adoptantes para el bienestar del menor y su rápida adaptación al entorno familiar, que en la mayoría de ocasiones puede ser difícil ya que:

La reacción inicial de los menores cuando llegan a la familia adoptiva, es de "desapego", es decir, el niño no busca el consuelo del adulto, ni su proximidad. Estos niños se limitan a mantener una actitud de indiferencia para protegerse de una nueva relación con el adulto, porque ésta ha sido demasiado frustrante, y tiene miedo de establecer un nuevo vínculo precisamente por temor a que se vuelva a romper o interrumpir. En el caso de los orfanatos esto se agudiza aún más, puesto que la vida no se organiza en función de las necesidades individuales de cada uno de los menores, sino que se organiza necesariamente en función de las necesidades grupales. En este sentido, el menor se acostumbra a recibir un trato indiferenciado por parte del adulto porque en cada turno la persona encargada es distinta y no puede establecer los vínculos sólidos y exclusivos que necesitará. Por tanto la imagen

del adulto es cambiante y no le da ningún tipo de confianza ni seguridad. (Palacios, 2005, como cito Bustamante García, 2014, pag.22).

Los niños que crecen en el sistema de protección del ICBF, aunque crezcan rodeados de muchos niños, y funcionarios que los cuidan, siempre tienen una sensación de soledad e inseguridad que no los llena su entorno, y además otro aspecto que incide inevitablemente en su estabilidad emocional es su condición física, el estado de salud en el que se encontraba en su entorno familiar del cual fue separado e incluso las condiciones económicas en las que vivía:

Toda esta variedad de situaciones perjudica físicamente a los niños, provocándoles en la mayoría de los casos grandes problemas que pueden afectar muy negativamente a su desarrollo. Entre ellos se destacan: déficits nutricionales con o sin consecuencias neurológicas, anemias, lesiones cutáneas y dermatitis, sarna o piojos, trastornos alérgicos, trastornos endocrinos o enfermedades infecciosas como parásitos intestinales, tuberculosis, etc. El estado de salud física del menor incide directamente en su estado emocional y condiciona su desarrollo físico y psíquico y, por tanto, las bases de su personalidad (Palacios, 2005, como cito Bustamante García, 2014, pag.23).

Entonces cabe resaltar que las afectaciones psicológicas de estos niños surgen en su entorno familiar y crecen a medida que no alcanzan una estabilidad emocional en el sistema de protección del ICBF y en las casas de acogida, ya que al estar en constante cambio de sede y de personal de cuidado y apoyo no alcanza a crear con ninguna de estas personas un vínculo afectivo estable y duradero, por ende, se hace indispensable la integración eficaz a un entorno familiar ya sea con su familia extensa o con una familia adoptiva:

Principalmente lo que estas investigaciones a largo plazo muestran, es que la adopción reduce muy significativamente, o hace desaparecer, el riesgo de desajuste e incompetencia que podía estar inherente en los antecedentes e historia del niño antes de la adopción. Pues lo significativo o todo el problema, no radica solo en la edad en sí en la que se realiza la adopción, sino en la acumulación de experiencias adversas y mantenidas. Naturalmente, el tipo concreto de experiencia será lo que determine las características de los problemas, y su persistencia después de la adopción (Palacios, 1996 como cito Bustamante García, 2014, pag.24).

ENCUESTA

En esta investigación quisimos hacer una encuesta a más de 160 personas indeterminadas sin importar su edad, sexo o genero con el fin de establecer los lazos afectivos y de confianza que existen en los núcleos familiares en los diferentes grados de consanguinidad, para así comprender si el niño o adolescente en situación de restablecimiento de derechos o en situación de adoptabilidad se le garantiza su interés superior al ubicarlo en su familia extensa o si conviene más ubicarlo con una familia adoptiva. Y esto fue lo que encontramos:

La primera pregunta que se realizó fue con la finalidad de determinar hasta qué grado de consanguinidad de sus familiares conocen las personas en Colombia:

1. **la familia desde el derecho civil está determinada por unos grados de consanguinidad. seleccione hasta qué grado de consanguinidad de su familia conoce:**

(tabla #3)



- primer grado de consanguinidad: padres e hijos 4,4%
- segundo grado de consanguinidad: abuelos, hermanos, nietos, cuñados 10,6%
- tercer grado de consanguinidad: tíos, sobrinos, bisabuelos, biznietos 10%
- cuarto grado de consanguinidad: primos 26,2%
- quinto y sexto grado de consanguinidad: familia extensa, primos lejanos 48,8%

De esta primera pregunta logramos evidenciar que menos de la mitad de las personas encuestadas conoce a su familia extensa, lo cual se traduce en ausencia de vínculos de apego y afectivos con estos familiares y que ante un posible proceso de restablecimiento de derechos sería inútil e innecesario tener que buscar a estas personas e intentar ubicar a los niños en sus hogares, puesto que al no existir ningún vínculo más allá del consanguíneo no es garantía del

bienestar de estos niños al ser personas completamente extrañas y ajenas a su núcleo familiar; y además agregándole otro factor de suma importancia y es que esta familia extensa con la que no hay ningún vínculo afectivo no está preparada a acoger a un nuevo integrante en su hogar y esto podría crear situaciones de menoscabo para estos niños.

2. seleccione hasta qué grado de consanguinidad de los siguientes usted tiene relación de afecto familiar:

(tabla #4)



- primer grado de consanguinidad: padres e hijos 8,6%
- segundo grado de consanguinidad: abuelos, hermanos, nietos, cuñados 16,7%
- tercer grado de consanguinidad: tíos, sobrinos, bisabuelos, biznietos 16,7%
- cuarto grado de consanguinidad: primos 40,1%
- quinto y sexto grado de consanguinidad: familia extensa, primos lejanos 17,9%

como se evidencia en esta segunda pregunta y fortalece lo expuesto en la pregunta anterior la mayoría de personas tienen losos afectivos con sus consanguíneos hasta el 4° de consanguinidad o grados más cercanos, lo que excluye evidentemente a la familia lejana o extensa del niño, sin dejar de evidenciar que una pequeña población de los encuestados si tienen losos afectivos con su familia extensa, pero es una cifra relativamente pequeña como para establecerla dentro del protocolo del ICBF como regla general de búsqueda de esta familia extensa como garantía del interés del niño o adolescente y de su bienestar psicológico.

3. **si usted es o si usted fuera padre o madre de familia, seleccione hasta qué grado de consanguinidad de sus familiares dejaría que cuidara de sus hijos:**

(tabla #5)



- primer grado de consanguinidad: padres e hijos 34,8%
- segundo grado de consanguinidad: abuelos, hermanos, nietos, cuñados 40,4%
- tercer grado de consanguinidad: tíos, sobrinos, bisabuelos, biznietos 10,6%
- cuarto grado de consanguinidad: primos 11,8%
- quinto y sexto grado de consanguinidad: familia extensa, primos lejanos 2,5%

Esta pregunta tuvo como objetivo establecer la confianza que existe dentro del núcleo familiar para el cuidado y protección de los niños, y se concluye que entre más cercano sea el grado de consanguinidad hay más confianza en ese cuidado y protección de los hijos, porque hay más afectividad, más interés, más seguridad. Ya que la mayoría de las personas considera solo como verdadera familia los miembros más cercanos a ellos.

4. **si usted fuera familiar lejano de un menor en situación de adaptabilidad, entiéndase quinto o sexto grado de consanguinidad, usted adoptaría a este menor:**

(tabla #6)



- **si 62,1%**
- **no 19,9%**
- **por un tiempo 18%**

vemos como en esta pregunta una gran mayoría de las personas encuestadas estarían dispuestas a adoptar a estos niños que hacen parte de su familia extensa, lo que garantizaría su estadía en su núcleo familiar consanguíneo, pero otra gran parte de los encuestados no estarían dispuestos a hacerlo o podrían acoger al niño o al adolescente solo por un tiempo. Esto crea una ambivalencia ya que no es conveniente que estos niños estén rotando de casa en casa por la inestabilidad emocional que se les puede crear y la sensación de no pertenecer a ninguna familia puede resultar más perjudicial para estos niños.

5. donde consideraría usted que se le garantizaría el derecho a la familia a un menor en situación de adoptabilidad:

(tabla #7)



- con su familia extensa donde hay vinculo de consanguinidad, pero no hay vinculo de afectividad 13%
- con padres adoptivos donde no hay vinculo de consanguinidad, pero sí de afectividad 87%

Esta pregunta es muy importante porque al pensar en el interés superior de los niños o adolescentes vemos que más allá del vínculo sanguíneo lo que se debe buscar es su bienestar emocional y mental y en el paralelo de esta pregunta vemos que las personas que quieren adoptar es porque no pueden tener hijos biológicos pero aun así desean ser padres y por eso se han preparado durante mucho y para darles un hogar a estos niños, además de que este proceso se

hace con las directivas del ICBF con el fin de ver su idoneidad. Su preparación es entonces integral, completa y adecuada, a diferencia de la familia extensa donde la integración de estos niños es sorpresiva y sin nada de preparación.

6. que vínculo considera usted que es más importante al momento de garantizar el derecho a la familia de un menor en situación de adoptabilidad:

(Tabla #8)



- consanguíneo 12,4%
- afectivo 87,6%

Esta pregunta como conclusión es muy clara ya que, aunque por regla general se espera que la familia sea el centro de amor, protección y cuidados por excelencia de sus miembros, en la realidad muchas veces resulta ser la misma familia la que vulnera y transgrede los derechos y el bienestar emocional de sus integrantes, en especial de los niños y adolescentes que no pueden tomar sus propias decisiones, por eso siempre que se tome una medida de restablecimiento de los derechos de estos niños hay que ver más allá de los lazos sanguíneos, otros aspectos más importantes como su afectividad y estabilidad emocional donde priman los lazos afectivos sobre los sanguíneos.

Siempre que se habla del interés superior de los niños y adolescentes en Colombia se debe tener una mirada global e integral, abarcar todos los aspectos y no crear normas generales porque no son casos generales, cada caso es único y por eso las soluciones y medidas deben ser únicas y propias para ese caso.

Conclusiones

Esta investigación fue un recorrido por la normatividad vigente en Colombia sobre la adopción y el interés superior de los niños con el fin de determinar las posibles afectaciones psicológicas que se pudieran presentar con la aplicación del protocolo exigido por la sentencia t-844 de 2011 y para ello quisimos explicar primero ampliamente los dos conceptos anteriormente mencionados para así comprender cuál es su propósito, funcionalidad y así determinar su alcance y como se pueden llegar a menoscabar, todo con la finalidad de que se proteja al máximo la salud mental y emocional de los niños colombianos.

Frente al primer objetivo específico la investigación realizada fue muy precisa para determinar que, si bien actualmente tenemos el concepto de la adopción descrita en el artículo 61 de la ley 1098 de 2006, también es preciso puntualizarla como una institución que tiene un trayecto valioso en los cambios sociales y jurídicos de Colombia.

Si bien, esta institución fue traída a la legislación colombiana del gran Impero Romano esta se enfrentó a características diferentes tales como las sociales, culturales jurídicas y administrativas de nuestro país, adicional a esto también sus propósitos, finalidades y efectos jurídicos, ya que en el pasado se evidenciaba la adopción como una institución completamente basada en intereses patrimoniales y con el propósito de prolongar el apellido de la familia, ya en la actualidad se evidencia es una adopción con una significación más amplia que busca garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera primordial, como lo son brindarles el derecho de tener una familia y a crecer en ella, siendo denominada como la última medida de protección a la que se recurre aunque sea la medida por excelencia en cuanto a protección e interés superior se refiere, después de haber agotado otras alternativas, tales como el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, ejecutado por el Estado Colombiano mediante su entidad encargada el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF”.

Entonces podemos determinar que alrededor de la denominación actual de la adopción está se encuentra blindada por los principios rectores de protección integral, interés superior y la prevalencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los derechos de los demás. Si bien la sociedad se encuentra en constante evolución, las normas también tienen que adaptarse a estos cambios sociales y es aquí donde ha contribuido para ello la Convención de los Derechos del niño, la Constitución Política de 1991 y la ley 1098 de 2006, que avanzaron en el

reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos de especial protección y calidad, sin embargo las interpretaciones exegéticas dadas a la Sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional, hicieron que esta situación de gran avance se menoscabara, porque creó una inseguridad jurídica dentro del proceso de adopción, ya que esta situación irrefutablemente contribuyó a que en el país las adopciones disminuyeran notablemente, y esto es un retroceso toda vez que para el Estado Colombiano tener la institución de la adopción en su sistema jurídico ha sido de suma importancia para afianzar la familia en la sociedad y los escenarios que solo esta puede brindar tales como: el social, de protección, de amor, de cuidado, de arraigo, recursos materiales y espirituales, pero fundamentalmente porque la adopción es un acto de amor entre personas que no llevan la misma sangre y del cual ambas partes se benefician, por una parte están los padres adoptivos que buscan tener un hijo para conformar una familia, ellos pueden lograrlo mediante esta figura que les crea un vínculo jurídico con el cual adquieren derechos y obligaciones y por otra parte está el niño, niña o adolescente que tiene la oportunidad de crecer en un hogar idóneo, ser feliz, amado y educado.

El propósito del segundo capítulo fue desarrollar ampliamente el concepto del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, donde nos damos cuenta que no es un concepto nuevo en la normatividad internacional, ya que este data de principios del siglo pasado y constatamos que siempre ha tenido el objetivo fundamental de priorizar los derechos de los niños, porque durante todo el siglo XX se pudo denotar el interés de la mayoría de los países del mundo por mejorar la calidad de vida de estos, por lo que conforme pasaba el tiempo y los cambios sociales eran evidentes, se fueron implementando más convenios, declaraciones y cumbres a nivel mundial en favor de estos sujetos de derecho de calidades especiales, demostrando así su gran importancia y relevancia hasta llegar al punto de que 196 países ratifiquen una convención garantizando así el interés superior de los niños a nivel mundial.

Colombia es uno de los países ratificados en esta convención, pero constatamos que fue más allá, porque en su norma constitucional ratifica en su art. 44 el interés superior de los niños, niñas y adolescentes dándoles el carácter de derecho fundamental, denotando que estos tienen una prevalencia sobre los derechos de los demás colombianos, y que todos tenemos como estado, familia y sociedad una responsabilidad hacia ellos; este principio es desarrollado en la ley 1098

del 2006, en donde observamos que este es completamente subjetivo y obedece a cada situación en particular y así debe ser la aplicación y ejecución de la norma cuando involucre a los niños.

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes se ve con especial cuidado y se plasma en su esplendor en el proceso de adopción, por eso el estado colombiano ha generado estrictos protocolos con el fin de no vulnerar tal principio, pero es de anotar que la intención del estado de proteger al niño acaba en algunos casos siendo todo lo contrario, puesto que los protocolos en especial hoy en día el de restablecimiento de derechos están estructurados de forma inadecuada, ya que no versa sobre cada niño en particular como debería ser, sino de manera general como si todos los casos fueran un modelo estándar, yendo en contravía del interés superior que alude a que cada niño tiene condiciones de vida diferentes por lo tanto un protocolo estandarizado acaba violando precisamente el interés superior, porque cada decisión que se tome donde se involucre un derecho de los niños debe ser siempre en su mayor beneficio, como permitirles ser escuchados en el proceso y que su opinión se tome en cuenta criterios que trajo a colación la sentencia t-844; todo esto nos lleva a determinar la necesidad que tiene el estado de adecuar los protocolos de nuevo a cada situación en particular de cada niño no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde otras áreas del saber reforzando sus estructuras internas.

Queremos resaltar entonces que tanto la adopción como el interés superior de los niños, niñas y adolescentes según lo investigado en la misma normatividad y en los convenios internacionales son encaminados a buscar siempre el bienestar de los niños y no de los adultos, pues equivocadamente algunas personas piensan que la adopción está diseñada para aquellas parejas que no han podido procrear niños consanguíneos, esta concepción está totalmente herrada ya dado que la adopción es un mecanismo de restablecimiento de derechos en la cual el niño tiene la oportunidad de restablecer sus vínculos familiares.

Por eso concluimos que el interés superior hay que comprenderlo de una forma abstracta, amplia, integra la cual puede variar de acuerdo a cada niño y lo que más conviene para él, que se analice su caso en concreto, pues cada niño amerita un estudio detallado en el cual se pueden dar diversas soluciones, que garanticen su derecho a la familia siendo esta el pilar de nuestra sociedad según la constitución, de una forma rápida, sencilla y eficaz con mejores protocolos.

Este trabajo de investigación finalmente se centró además en comprender el nuevo enfoque de las figuras jurídicas de la adopción y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en nuestro país, el cual es ahora un enfoque que aunque le falta mucho para ser integral es garantista cien por ciento, porque está dirigido a lo más conveniente para la protección, felicidad, y estabilidad de los niños a la luz y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 44 de nuestra carta política, a tal punto de involucrar otras importantes áreas del saber cómo la psicología para humanizar la normatividad, no solo en su creación sino también en su ejecución y aplicabilidad, y además a hacer participe en estos procesos a estos niños, escucharlos y así implantar los protocolos necesarios con el fin de evitar afectaciones emocionales y psicológicas a los niños que se encuentren en un proceso de restablecimiento de derechos, por falencias en las actuaciones administrativas de las entidades creadas para estos procesos, de lo cual se logra entender que cada niño es único y su situación debe ser tratada como tal y abordada minuciosamente para evitar al máximo lesionar su interés superior y su estabilidad mental y emocional.

Entonces cabe resaltar además de lo encontrado en esta investigación y de lo ya expuesto principalmente lo encontrado en la encuesta realizada que en Colombia y en el mundo la noción y la composición de las familias ha cambiado completamente, en el sentido de que las familias han disminuido considerablemente el número de sus integrantes y por ende sus lazos afectivos (sin descartar que existen todavía algunas familias numerosas), y que la mayoría de las personas hoy en día solo conocen hasta el 4° de consanguinidad de sus familiares, y más importante aún, las personas ya casi no mantienen lazos de afectividad y confianza con su familia extensa más allá del 4° grado de consanguinidad, ya que solo brindaría el cuidado de sus hijos con plena confianza hasta sus familiares del 2° de consanguinidad según lo encuestado; Todo esto nos permitió entender que frente a un restablecimiento de derechos de un niño es innecesaria la búsqueda de familiares más allá del 4° de consanguinidad y que solo debería intentarse la medida con aquellos familiares que estén dentro del 4° de consanguinidad y con los que existan verdaderos lazos familiares afectivos que garantizaran la unidad familiar y la estabilidad emocional de estos niños; Esto reduciría considerablemente la tramitología y búsqueda de la familia extensa que exige el protocolo del ICBF implantado de manera más estricta a raíz de la sentencia T-844, lo cual sería más beneficioso para el interés superior de estos niños, toda vez que

según también lo encuestado es preferible la medida de protección de la adopción que la ubicación con familia extensa con la que no exista ningún vínculo afectivo, entendiendo que para la adopción hay una persona o una pareja que se ha preparado durante un buen tiempo para acoger a un niño y que tienen el deseo de ser padres y de darle una familia a uno o varios de estos niños y que ha criterio del ICBF tienen la idoneidad para hacerlo, puesto que es notable que en pro del interés superior y frente a todas las decisiones que se tomen sobre ellos y su futuro debe primar más la afectividad que la consanguinidad, sobre todo cuando en ese núcleo de consanguinidad es donde se ha vulnerado la integridad del niño y recalcando que ubicarlo en su familia extensa sería exponerlo a vivir con unas personas que de pronto no se han preparado ni dispuesto para ello, que no lo han buscado y que sería un cambio total en sus estilos de vida, ya que no han tenido ningún proceso como el que se les exige y brinda a los que desean adoptar.

Lo anterior es el resultado de una investigación con un número mínimo de personas que no pretendemos declarar como la regla general, ya que hemos entendido que cada caso es único, particular y que así debería ser cada proceso de restablecimiento de derechos, donde se analicen aspectos como los encontrados en esta investigación, que indican que no es interés superior la creación e implementación de un protocolo estricto y exagerado, sino que es interés superior el estudio y comprensión de cada caso en concreto, de cada niño, su situación y su familia lo que permitirá encontrar la medida idónea para restablecer sus derechos.

Esta investigación nos permitió encontrar que este protocolo efectivamente como lo muestran las mismas tablas publicadas por el ICBF estanco los procesos de adopción en Colombia desde el año 2012 hasta la fecha, lo cual es definitivamente un menoscabo al interés superior de los niños, niñas y adolescentes que esperan con ansias ser adoptados y tener una familia, es especial entendiendo que a mayor edad menos probabilidades existen de una posible adopción, que crecer institucionalizado genera afectaciones psicológicas, afectivas y conductuales en estos niños que determinaran su adolescencia y adultez, y que finalmente estaría vulnerando el derecho fundamental a la familia.

Finalmente logramos determinar que estos niños a los que hay que restablecerles sus derechos ingresan al sistema de protección con cargas emocionales muy fuertes, que como logramos evidenciar en la investigación se agravan al ser institucionalizados, ya que en estos lugares no pueden crear lasos de afectividad en vista de que no son permanentes, toda vez que en

estos hogares de paso solo pueden permanecer unos meses y los pocos vínculos que intentan crear se rompen cada vez que los cambian de hogar, creando en ellos la idea errónea de que no pertenecen a ningún lugar, y que los únicos vínculos que pueden crear con los adultos simplemente son con el rol de un cuidador, lo cual crea graves afectaciones psicológicas como vacío emocional, estrés, depresión, desconfianza, ira, baja autoestima entre otros problemas que sin lugar a dudas es un menoscabo al interés superior, por lo tanto creemos que la implementación del protocolo aplicado como consecuencia de la sentencia T-844 de 2011 y su interpretación exegética ha resultado en menoscabo y detrimento del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Colombia al ampliar los trámites, al hacer más riguroso el proceso administrativo haciendo énfasis en búsquedas innecesarias de la familia extensa del niño con la que probablemente no hay ningún vínculo más allá del consanguíneo, ya que como se ha demostrado prima más la afectividad que la consanguinidad, y que no solo porque se comparta un tipo de sangre es garantía de protección y felicidad para estos niños.

En conclusión hemos encontrado que un protocolo estricto y lleno de trámites no es garantía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al contrario vulnera la supremacía del interés superior de estos en el sistema de adopción en Colombia, porque lo que se debe buscar es si es un nuevo protocolo más integral, donde no se busque solo cumplir la norma sino basado principalmente en la salud mental de nuestros niños, que es lo que más conviene para ellos, analizando donde estarían más felices, como evitar agravar sus afectaciones psicológicas y afectivas, ya que según dicen los expertos y como lo hemos plasmado en esta investigación la mejor forma de evitar afectaciones psicológicas en los niños es permitiéndoles después del trauma vivido en sus familias, sanar sus heridas emocionales al crear nuevos y más fuertes vínculos afectivos permanentes con una nueva familia, entre menos tiempo pase el niño institucionalizado menos afectaciones psicológicas tendrá, recordando que la adopción es la medida por excelencia para la protección de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en su integridad.

Referencias

- Agencia EFE. (15 de mayo de 2019). Más de mil menores en el país están separados de sus familias. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/mas-de-100-mil-menores-en-el-pais-estan-separados-de-sus-familias-para-protegerlos-articulo-860839>
- Bustamante García, A. (2014). *La adopción: aspectos psicológicos o educativos*. Universidad de Cantabria. España. P. 20, 21, 22, 23, 24. Recuperado de <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/4985/BustamanteGarc%C3%ADaAndrea.pdf?sequence=1>
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-844, Colombia.
- Colombia. Consejo de Estado, sala de Consulta y Servicio civil. (2014). Recuperado de (<https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ce-sc-rad2014-n2224.htm>).
- Colombia. Rama judicial. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/7429338/NNA-INT-NOR-IDI-01-1924.+Declaraci%C3%B3n+de+Ginebra+.pdf/938d86c5-fc53-47c3-9716-337d6cafa05c>
- Colombia. Constitución política de Colombia de 1991. Secretaria del Senado. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html#44
- Colombia, ley 1098 del 2006 ,icbf (instituto colombiano de bienestar familiar)recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2011, expediente T-2622716, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-502-11.htm>
- Colombia. Ley 1098 del 2006. ICBF (instituto colombiano de bienestar familiar). Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm
- Comité de los derechos del niño, 51° período de sesiones Ginebra. 25 de mayo a 12 de junio de 2009. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 140 de 1960 Por la cual se sustituye el Título 13 del Libro primero del Código Civil, sobre adopción

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 75 de 1968 Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 5 de 1975 Por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 29 de 1982 por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.

Colombia. El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias. Decreto 2737 de 1989 Código del menor.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.

Colombia. ICBF. *Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción del ICBF* 2016- Modificado mediante Resolución No. 4711 del 6 de junio de 2019. Bogotá DC

Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño. 2008. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelni%C3%B1o.pdf>

Duque & Ramírez, 2010, *La Adopción una medida de protección, garantía, y restablecimiento de derechos de las niñas y los niños en Colombia*. (Trabajo de grado para optar al título de abogado) Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas-Derecho. Bogotá

El programa de adopciones en Colombia de la Dirección de protección. (2018). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Recuperado de (https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/infografia_de_programa_de_adopciones_2_observaciones_finales_002_3.pdf).

Estados Unidos de Colombia. El Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 de 1873 Código Civil

Gómez y Urbano, 2016, *Manual práctico para la adopción en Colombia* (Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título de Abogadas) Pontificia Universidad Javeriana. Cali. P.41

Repetur Safrany, K. & Quezada Len, A. (10 de noviembre de 2005). Vinculo y desarrollo psicológico: la importancia de las relaciones tempranas. *Revista digital universitaria de UNAM*. P. 3,5. recuperado de <http://www.revista.unam.mx/vol.6/num11/art105/art105.htm>

SILVINA ALEGRE XIMENA HERNÁNDEZ CAMILLE ROGER A. A. (Marzo 2014)
CUADERNO 05 El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas.
Recuperado de
http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf

Tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, icbf recuperado de
https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/manual_para_la_ejecucionytratados_sep172009.pdf

Vélez Robledo, 2016, *La adopción en Colombia: Historia, mitos y bondades* (Tesis de maestría) Universidad de Manizales-Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Manizales.

