

xy

PROYECTO DE LEY No ____

“Por medio de la cual se modifica la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia – con relación a la adopción desde el vientre”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Objeto. Modificar los artículos 63 y 66 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia – para permitir el consentimiento libre, informado y voluntario de dar en adopción desde el vientre.

ARTÍCULO 2º. Modifíquese el artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia –, el cual quedará así:

ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo, y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento en cualquier momento desde el embarazo.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento. Quien exprese su consentimiento antes del nacimiento podrá revocarlo dentro de los treinta (30) días siguientes al nacimiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

ARTÍCULO 3º. Modifíquese el artículo 72 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia –, el cual quedará así:

ARTÍCULO 72. ADOPCIÓN INTERNACIONAL. Además de las disposiciones anteriores, la adopción internacional se regirá por los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia sobre esta materia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad central, autorizará a los organismos acreditados y agencias internacionales, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley y los convenios internacionales ratificados por Colombia y teniendo en cuenta la necesidad del servicio. El Ministerio del Interior y de Justicia reconocerá personería jurídica e inscribirá a sus representantes legales.

Tanto las agencias internacionales como los organismos acreditados deberán renovar la autorización ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cada dos años.

Para efectos de la adopción internacional, el consentimiento otorgado antes del nacimiento, no se entenderá dado sino hasta que cese el término de revocatoria del mismo; es decir, treinta (30) días después del nacimiento.

ARTÍCULO 4º. Asesoría e información. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como autoridad central, deberá establecer la manera de ofrecer asesoría e información completa a los padres del que se encuentra en gestación, para que puedan acceder de manera fácil al mecanismo de consentimiento de la adopción desde el vientre. Así mismo, establecerá el protocolo para que el consentimiento sea libre, informado y voluntario, y se garantice que no hay iniciativa de lucro o ilícita de por medio.

ARTÍCULO 5º. Promoción. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las entidades públicas nacionales, departamentales, municipales y distritales podrán adelantar campañas a favor de la adopción desde y fuera del vientre, tanto para quien da en adopción como para quien adopta.

ARTÍCULO 6°. Sanciones. El consentimiento otorgado antes del nacimiento con fines de lucro o cualquier causa ilícita, se entenderá por no dado y se aplicarán las sanciones penales establecidas para este tipo de conducta de acuerdo al Código Penal, artículo 232.

ARTÍCULO 7°. Vigencia. Esta Ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las demás disposiciones que le sean contrarias.

De la senadora y representantes,

EMMA CLAUDIA CASTELLANOS
Senadora de la República

ANGELA PATRICIA SANCHEZ
Representante a la Cámara

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss Ley 5ª de 1.992)

El día _____ del mes _____ del año _____

se radicó en este despacho el proyecto de ley
Nº. 187 Acto Legislativo Nº. _____, con todos y
cada uno de los requisitos constitucionales y legales
por: _____

[Handwritten signature]

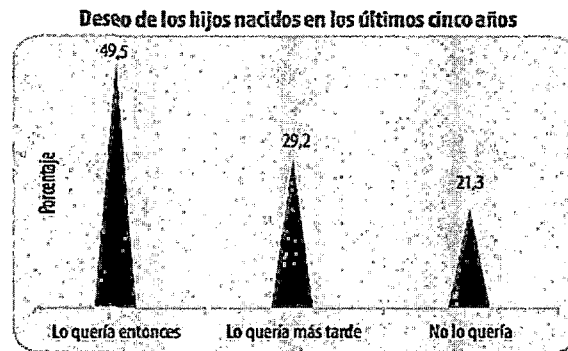
SECRETARIO GENERAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS AL PROYECTO DE LEY

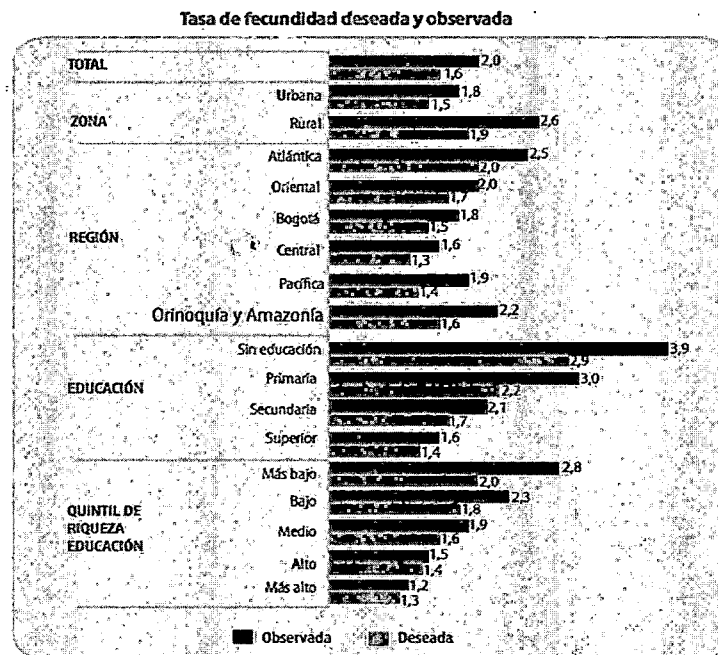
“Por medio del cual se modifica la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia – con relación a la adopción desde el vientre”

INTRODUCCIÓN

La última Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS) en Colombia, realizada en 2015, revela algunas cifras de la crítica situación de embarazos no deseados en el país. Por su parte, se concluyó el 21,3% del total de los embarazos fueron declarados no deseados¹.



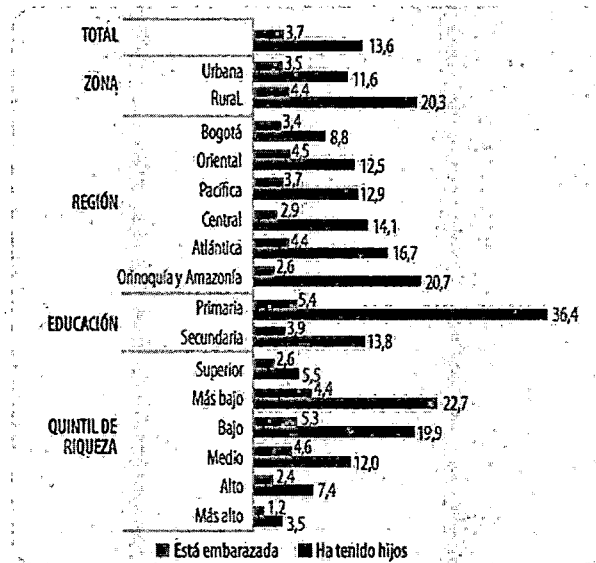
Estas cifras además se presentan de manera diferenciada dependiendo de la región, el nivel educativo y la condición socioeconómica de las familias.



¹ Ministerio de Salud de Colombia (2015). *Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Tomo II: Componente de Salud Sexual y Reproductiva*.

Así mismo, esto es afectado por el embarazo adolescente que en Colombia ha llegado a alcanzar a “una de cada cinco adolescente entre 15 y 19 años”². En este mismo sentido, la ENDS demostró que el 17.4% de las mujeres entre 15 y 19 años está o ha estado embarazada.

Mujeres de 15 a 19 años madres o embarazadas por primera vez



Esta situación debe llevar al Estado colombiano a fortalecer la paternidad y maternidad responsable que permite evitar embarazos no planeados o no deseados, y con ello también proteger la vida del niño no nacido, evitando así cualquier tipo discriminación por ‘deseo’. En este sentido, el Estado no puede desproteger los derechos del no nacido por su condición de planificado o deseado; sino que tiene, en todos los casos, la obligación de protección “para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”³. Entre los múltiples derechos que le asisten a todo niño está el de tener una familia:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, **tener una familia y no ser separados de ella**, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”⁴ (negrilla fuera del texto).

Por esto, una de las más grandes oportunidades que el Estado tiene para garantizar los derechos de los niños, en los escenarios de indeseados, es la adopción. Según datos de 2018 del ICBF, en Colombia hay 12.000 niños que están esperando ser adoptados; es decir, tienen declaratoria de adoptabilidad. Adicionalmente, son 112.504 los menores atendidos por el ICBF, de los cuales 25.506 se encuentran en Centros de Protección y Hogares Sustitutos, 14.914 han sido declarados en vulneración de derechos durante el procedimiento PARD,

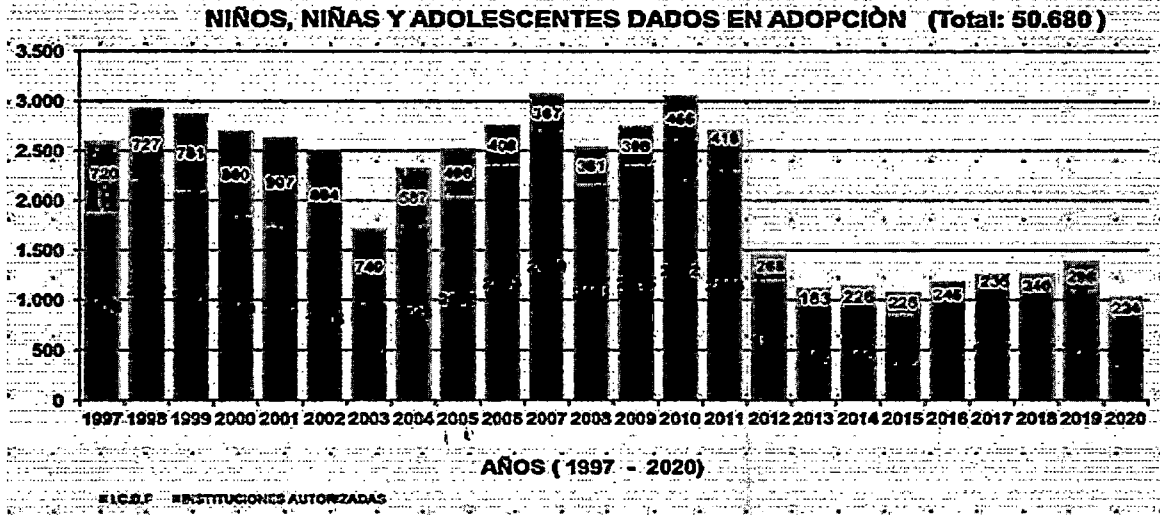
² Ministerio de Salud de Colombia. *Embarazo Adolescente en Colombia*. Obtenido de: <https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/embarazo-adolescente/anexo-cifras-embarazo-adolescente-en-colombia-documentoICFB-jul-2013.pdf>

³ Constitución Política de Colombia, art. 44.

⁴ *Ibidem*.

3.755 niños se encuentran dentro de término legal para definición de situación jurídica y 2.000 niños ingresan mensualmente al sistema del ICBF⁵.

Además, en Colombia, entre 1997 y 2020, un total de 50.680 niños, niñas o adolescentes fueron dados en adopción⁶.



Como se puede notar en el gráfico, existe una disminución notoria a partir del año 2012 en el número adopciones efectivas como consecuencia de la decisión proferida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-488 de 2011, en la que exhortó al ICBF a diseñar un protocolo de la declaratoria de adoptabilidad, de tal manera que se corrigieran errores, como no declarar adoptable a quien podría ser adoptado por su familia extensa⁷. No obstante, dicho protocolo ha sido criticado por primar los vínculos consanguíneos, sobre el interés superior del niño. Pues la búsqueda hasta el sexto grado de consanguinidad para la declaratoria de adoptabilidad claramente retarda el trabajo de los Defensores de Familia, “negando posibilidades a la niña, niño o adolescente de tener un mejor futuro”⁸.

Por otra parte, si bien los adoptantes son principalmente familias colombianas, existe un número importante de familias extranjeras que adoptan año a año menores colombianos.

⁵ Caracol Radio (2018). *En Colombia hay cerca de 12.000 niños esperando la adopción*. Obtenido de: https://caracol.com.co/radio/2018/01/16/nacional/1516124904_323954.html

⁶ Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (2020), “Programa de Adopción”, Subdirección de Adopciones. Disponible en: https://www.icbf.gov.co/system/files/estadisticas_p_adopciones_al_31-12-2020.pdf.

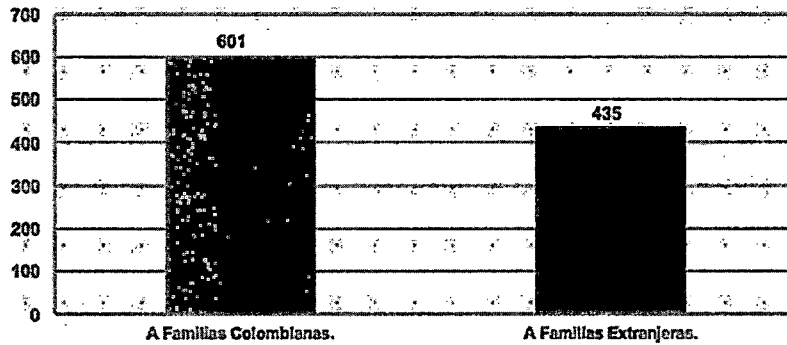
⁷ Salcedo García, Laura M. (2015). Op. Cit.

⁸ Gómez Pulido, Manuela y Urbano Muñoz, Deisy D. (2016). *Manual práctico para la adopción en Colombia*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ADOPTADOS EN EL AÑO 2020

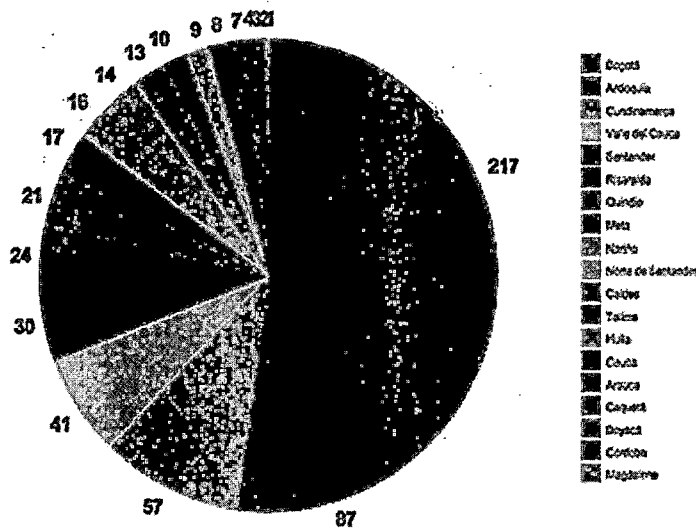
Niños, Niñas y Adolescentes Adoptados en el año 2020		TOTAL
A Familias Colombianas.	601	1036
A Familias Extranjeras.	435	
Niños, Niñas y Adolescentes Adoptados en el 2020 - Según Características		TOTAL
Asignados SIN Características y Necesidades Especiales	356	680
Asignados CON Características y Necesidades Especiales	680	

Niños, Niñas y Adolescentes Dados en Adopción en el Año 2020
(Total: 1036 NNA)



Particularmente, dentro de las familias residentes en Colombia, entre el 2013 y 2019 un total de 1.784 parejas residentes en Colombia solicitaron adoptar niños y les fue aprobado a 1.449. Estas son las adopciones según la región donde se solicitó:

Regiones de Colombia y sus números de adopciones



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Figura 4: Adopción según región⁹.

⁹ Gráfico hecho con datos de: El Tiempo (2018). En lo que va del 2018 se han adoptado 612 niños y niñas, según el ICBF. Obtenido de: <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/cifra-de-menores-de-edad-adoptados-en-colombia-en-primer-semester-de-2018-250984>

Por su parte, en la lista de espera para adoptar se encuentran 731 familias, de las cuales 433 (59,2%) son residentes en el exterior¹⁰ y 298 (40,8%) residentes en Colombia. En este punto, vale la pena mencionar que existe una tendencia marcada de las familias residentes en el exterior en lista de espera por adoptar niños menores de 2 años.

FAMILIAS RESIDENTES EN EL EXTERIOR EN LISTA DE ESPERA DEL ICBF – POR RANGO DE EDAD

AÑO	RANGOS DE EDAD										TOTALES
	0-2 0-4	3-4	5-6	7-8	2 NIÑOS 0-4	2 NIÑOS 0-5	2 NIÑOS 0-6	2 NIÑOS 0-7	2 NIÑOS 0-8/9/10	3 NIÑOS	
2007	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	2
2008	4	1	1	0	1	1	0	1	0	0	9
2009	5	0	1	0	1	1	0	0	0	0	8
2010	5	3	1	0	1	0	0	0	0	0	10
2011	12	2	0	0	1	0	1	0	0	0	16
2012	29	6	6	2	1	0	3	1	0	0	48
2013	19	10	7	1	3	3	2	1	1	0	47
2014	1	3	1	0	0	0	0	0	1	0	6
2015	1	0	1	1	0	0	0	0	0	0	3
2016	4	0	0	1	0	0	0	0	0	0	5
2017	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
2018	4	0	2	2	1	0	1	1	2	0	13
2019	41	2	0	7	0	4	9	1	1	0	65
2020	151	2	4	5	2	8	7	11	9	1	200
TOTALES	278	30	24	19	11	47	23	10	15	1	433

Es por esto por lo que el ICBF ha concluido que “4.325 niños son considerados de difícil adopción, porque están entre los 8 y los 17 años de edad, tienen algún tipo de discapacidad o hacen parte de un grupo familiar”¹⁰. Lo anterior, se visualiza así:

Entonces, a pesar de que el Estado es responsable de trabajar por la adopción del menor en cualquiera de sus etapas, estas dos realidades anteriormente presentadas no pueden ser ignoradas, lo que demuestra la existencia de una inmensa oportunidad para el cumplimiento del mandato constitucional al Estado de protección de los derechos de los niños, sin importar si son o no planificados, o si son o no deseados. Oportunidad que es posible hacer tangible en la autorización permitida a los padres de manifestar el consentimiento de dar en adopción desde el vientre. Este Proyecto de Ley representa la esperanza de garantía de derechos a todos los niños, la eliminación de la discriminación a la vida desde el vientre y el cumplimiento de la Constitución. Al fin y al cabo, “cada niño necesita que alguien esté *loco por él* y que esté dispuesto a hacer cualquier cosa por su bienestar”¹¹.

¹⁰ El Tiempo (2017). Op. Cit.

¹¹ El Tiempo (2017). Op. Cit.

A partir de lo anterior, existen numerosos antecedentes de la aproximación a la manifestación del consentimiento de adopción desde el embarazo en diferentes ordenamientos jurídicos, tanto en el nuestro como en otros.

- Colombia

La preocupación por dar pasos en este sentido, se han visto evidenciadas en el país, en Proyectos de Ley como el Número 094 de 2019 en Cámara de Representantes “por miedo del cual se autoriza la adopción desde el vientre materno, se crea el Programa Nacional de Asistencia Médica y Psicológica para Mujeres en Estado de Embarazo No Deseado y se dictan otras disposiciones”¹². Dicho proyecto, buscaba autorizar la adopción desde el vientre como alternativa a los embarazos no deseados, pero fue retirado por su autor¹³.

La situación a nivel mundial

Existen numerosos antecedentes de aproximación a la manifestación del consentimiento de adopción desde el embarazo en diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, tanto en el nuestro como en otros.

- Argentina

Por otra parte, Argentina ha tenido el debate más amplio en legislación, jurisprudencia y doctrina jurídica respecto a la adopción desde el vientre, siendo el último de estos la presentación de un Proyecto de Ley que permite “adoptar a un bebé ‘desde el vientre’”¹⁴. Lo anterior, buscando legalizar la adopción prenatal que suscitó la decisión judicial de otorgar “la ratificación del consentimiento materno” para adopción previo al nacimiento a una joven de 18 años en la Provincia de Corrientes, Argentina¹⁵. En este caso, la mujer, víctima de violación, presentó solicitud de realizar aborto, enmarcado dentro de los no punibles para la legislación argentina, a las 23 semanas de gestación; pero “habiendo recibido información sobre las posibles consecuencias y/o riesgos de llevar a cabo un legrado en este período gestacional” cambió de opinión y libremente decidió “continuar con su embarazo para luego darlo en adopción”¹⁶. Por lo anterior, la juez falló defendiendo la autonomía de la voluntad que fue expresada con anterioridad al parto, pero sobretodo:

“el interés superior del niño por nacer que atiende a su reconocimiento como persona, defendiendo los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo, y en ese recorrido, corresponde decidir, como *medida cautelar que asegure el superior interés*

¹² Gaceta del Congreso, No. 698 del 2 de agosto de 2019.

¹³ Gaceta del Congreso, Estado de los Proyectos de Ley: retirado el 7 de noviembre de 2019.

¹⁴ Urgente 24 (2020). Un diputado presentó un proyecto para adoptar a un bebé “desde el vientre”. Buenos Aires.

¹⁵ Paso de los Libres, Corrientes, Argentina. Sentencia No. 448 del 12 de Julio de 2019, Juez de Familia Marta Legarreta.

¹⁶ Ibidem.

del niño por nacer, la guarda y/o acogimiento inmediato al nacimiento por una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos, sin perjuicio de aquello que en definitivo corresponda decidir sobre la voluntad expresada por la progenitora luego del plazo legal previsto y las resoluciones necesarias para encaminar el proceso adoptivo”¹⁷.

La anterior decisión responde contundentemente a un interés constante en el legislador argentino de permitir la adopción desde el vientre, como se observa en los Proyectos de Ley S-1957 de 2006, S-3186 de 2010, S-0381 de 2011, S-0043 de 2012, S-3376 de 2013, S-2645 de 2018, Expediente 4744-D-2018, entre otros¹⁸. En el caso argentino, con claro fundamento legal que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”¹⁹.

○ Chile

La legislación chilena demuestra una gran similitud, y por lo tanto presenta utilidad comparativa, con la colombiana. En esta legislación, con exactitud a la colombiana, el Código Civil desconoce la existencia legal de la persona – diferente a la vida – antes del nacimiento²⁰. No obstante, la legislación chilena²¹ permite que el “procedimiento de susceptibilidad de adopción” pueda “iniciarse antes del nacimiento del niño/a”²². Lo anterior, demuestra con claridad que no es incompatible la manifestación de adopción desde el vientre en los ordenamientos que califican la persona desde el nacimiento, como el chileno y el

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Proyecto de Ley S-1957/06: Ley de Adopción Prenatal; Proyecto de Ley S-3186/10, art. 1: “Modifícase el Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero del Código Civil... Art. 318.- A fin de velar por el interés superior y evitar la situación de abandono del neonato:... b) La madre asimismo, puede expresar judicialmente su decisión de entregar al niño o niña en adopción desde la toma de conocimiento de su estado de gravidez...”; Proyecto de Ley S-0381/11, art. 1: “Modifíquese el Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero del Código Civil de la Nación... Art. 318. La mujer embarazada podrá desde la toma de conocimiento de su estado de gravidez, manifestar judicialmente su decisión de entregar al niño o niña en adopción...”; Proyecto de Ley S-0043/12, art. 1: “Modifícase el Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero del Código Civil... Art. 318.- A fin de velar por el interés superior y evitar la situación de abandono del neonato:... b) La madre asimismo, puede expresar judicialmente su decisión de entregar al niño o niña en adopción desde la toma de conocimiento de su estado de gravidez...”; Proyecto de Ley S-3376/13, art. 1: “Modifíquese el Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero del Código Civil de la Nación... Art. 318. La mujer embarazada podrá desde la toma de conocimiento de su estado de gravidez, manifestar judicialmente su decisión de entregar al niño o niña en adopción...”; Proyecto de Ley S-2465/18, art. 1: “El objeto de la presente ley es incorporar al ordenamiento jurídico nacional la figura de la adopción de personas por nacer...”; Proyecto de Ley Expd. 4744-D-2018, art. 1: “La presente ley tiene por objeto fijar las bases de un protocolo de actuación para brindar acogimiento a la mujer o persona gestante que pasa por la situación de embarazo no intencional. Así mismo, conlleva la finalidad de armonizar derechos y contribuir a la salvaguarda, la preservación y la protección integral de la vida de la mujer o persona gestante, maximizando esfuerzos y recursos para proteger a la persona por nacer y su derecho a la vida”.

¹⁹ Código Civil de Argentina, art. 70.

²⁰ Código Civil de Chile, art. 74: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, ó que perece antes de estar completamente separa de su madre, ó que no haya sobrevivido á la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”. Idéntica redacción al Código Civil de Colombia, art. 90.

²¹ Observar Ley 19.620, Ley 7.613, Ley 18.703, Decreto 944 de 2000 del Ministerio de Justicia de Chile.

²² Servicio Nacional de Menores de Chile (Sename). Objetivo Departamento de Adopción. Obtenido de: <https://www.sename.cl/web/index.php/que-es-la-adopcion/>

colombiano; pues no se puede confundir la persona con la vida, como bien se sostuvo ante el Congreso Nacional de Chile: “antes de la concepción no puede haber vida humana y después de ella no puede haber sino vida humana”²³.

○ Bolivia

El caso de Bolivia igualmente presenta gran relevancia, pues el Código Niña, Niño y Adolescente declara “nulo el consentimiento dado antes del nacimiento”²⁴. No obstante, mediante Proyecto de Ley que se encuentra en trámite²⁵, se pretende la modificación del Código mencionado, pues acorde al Código Civil Boliviano²⁶ “al que esta por nacer’ (nasciturus), ‘se lo tiene por nacido en todo lo que le pueda favorecer’, como el derecho a la vida” y “...el derecho a ser adoptado”²⁷.

○ Estados Unidos

Por su parte los Estados Unidos regulan la adopción de manera Estatal, por lo que, dependerá de cada Estado la autorización de manifestar el consentimiento de adopción previo al parto. En este sentido, el Estado de Alabama, permite la manifestación de consentimiento en cualquier momento antes del parto y el periodo de retractación es de cinco días a partir del nacimiento²⁸. Así mismo, en Hawái se permite el consentimiento previo de los padres respecto a la adopción del niño²⁹. En el Estado de Washington, se permite manifestar el consentimiento previo al parto de dar en adopción, el cual se hace ejecutable 48 horas después del nacimiento³⁰; al igual que en el Estado de Wisconsin³¹.

○ Europa

Los Países Bajos contemplan la posibilidad de dar el consentimiento y solicitar la adopción antes del nacimiento, cuando se trata de adopción complementaria³². Igualmente, la República de Finlandia permite el consentimiento materno previo al nacimiento cuando el embarazo es resultado de un tratamiento de fertilidad asistido y el adoptante se encuentra

²³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley No. 20.699: Día de la adopción y del que está por nacer”, 37, Santiago de Chile.

²⁴ Código Niña, Niño y Adolescente de Bolivia (Ley 548 de 2014), art. 48.

²⁵ Cámara de Diputados de Bolivia, PL No. 180/2019-2020 – Estado Ley: Proyectos de Ley en Tratamiento.

²⁶ Código Civil de Bolivia, artículo 1: “Al que esta por nacer se le considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida”.

²⁷ Torrez Saracho, Ginna M., Poppe Inch, Horacio y Dorado Middag, Luis F. Proyecto de Ley 180 de 2019: “De modificación de la Ley 548 del 17 de julio de 2014 ‘Código Niña, Niño y Adolescente’ para permitir la adopción prenatal”, Bolivia: 2019.

²⁸ Código de Adopción de Alabama (Alabama Adoption Code), sección 26-10A-13.

²⁹ Código de Hawái (Hawaii Code), sección 578-2.

³⁰ Código Revisado de Washington (Revised Code of Washington), sección 26-33-160

³¹ Código de Wisconsin (Wisconsin Code), sección 48-81.

³² Código Civil Neerlandés (Dutch Civil Code), artículo 1:230.

registrado³³. Así mismo, la República Federal Alemana permite que el padre que no tenga vínculo con la madre pueda dar consentimiento respecto a la adopción incluso antes del nacimiento³⁴.

OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El presente Proyecto de Ley busca autorizar el consentimiento dado desde el vientre respecto a la adopción del no nacido. Ello, ante una realidad de embarazos no planeados y no deseados, que hace imperativo ajustar la legislación existente, de tal modo que se protejan los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico al no nacido. De este modo, también se alivia la decisión de los padres que no quieren engendrar; pues se abre la opción para que de manera expedita se entregue al niño en adopción. Así, el Proyecto de Ley cumple tanto el propósito de proteger los derechos del menor; como el de los padres.

JUSTIFICACIÓN

- I. La adopción en Colombia
 - a. Situación actual

La adopción en Colombia esta regulada por la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia. Esta, modificó el paradigma que traía el Código del Menor – Decreto 2737 de 1989 – al declarar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no únicamente objetos de protección³⁵. En este sentido, y para lo propio a la adopción, se entendió que “los niños necesitan protección integral en muchas otras situaciones y deben poder ser adoptados no solo cuando se encuentran abandonados, sino cuando sus derechos necesitan protección integral”³⁶. Protección que claramente se fundamenta en la familia, pues se le catalogó como “la principal responsable del respeto y de la protección de los demás derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes”³⁷ y quien “constituye una condición para la realización de los restantes derechos fundamentales del niño”³⁸. Es decir, y en palabras de la Corte, “el desarrollo armónico e integral del menor depende, en buena medida, de que crezca en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material”. Esto se ve

³³ Ley de Adopción Finlandesa (Finnish Adoption Act), sección 15.

³⁴ Código Civil Alemán (BGB), sección 1747.

³⁵ Salcedo García, Laura M. (2015). Alcance de la Sentencia T-844 de 2011 en la declaratoria de adoptabilidad en favor de la familia extensa: Trabajo de grado. Bogotá: Universidad de los Andes.

³⁶ Castillo Pinzón, Mariana (2008). La adopción en la Ley 1098 de 2006: Proyecto de Hipertexto en Derecho de Familia, p. 112. Bogotá: Universidad de los Andes.

³⁷ Matarazzo Boriani, Sara A. (2016). La adopción en Colombia: un proceso judicial, psicológico y emocional. Reflexión a partir de una experiencia personal. Revista de Derecho Privado no. 31 de 2016, Universidad Externado de Colombia

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-587/98, del 23 de febrero de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

reflejado en el derecho a la familia y “por esta razón, tales disposiciones protegen de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del menor”³⁹.

La adopción entonces representa realmente “la respuesta a los preceptos constitucionales e internacionales que amparan el derecho fundamental de los niños a ser amados por una familia”⁴⁰, pues “tiene por fin primordial proteger a la infancia desvalida, mediante la inserción del menor desamparado en una familia que le brinde educación, felicidad y seguridad”⁴¹. Así, “constituye, sin duda, la mejor solución para el doloroso problema de la infancia abandonada, pues la integración familiar es con seguridad el medio más adecuado para la formación espiritual del ser humano, y además cumple acabadamente la función de llenar el vacío creado en un hogar por la ausencia de hijos”⁴². Bajo esta perspectiva de primordial importancia para la garantía de los derechos de los niños que solo se hacen efectivos en la medida que se tenga familia, es que se reglamenta la adopción.

La adopción ha de entenderse entonces, en primer lugar, como “una institución diseñada por las leyes para buscar la integración familiar de los menores, y en su beneficio, que por cualquier motivo no pueden desarrollar una vida normal en el entorno de su familia de origen”⁴³. El Código referido la define específicamente:

“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 paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”⁴⁴.

Por lo anterior, la Corte la llama “la medida de protección por excelencia”⁴⁵, pues restablece los vínculos familiares y, con ellos, el goce efectivo de diversos derechos fundamentales, empezando por el derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella.

Consecuentemente, el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla los preceptos de la adopción como quienes pueden ser adoptado – art. 63 –, quienes pueden adoptar – art. 68 –, el consentimiento para dar en adopción – art. 66 –, los efectos de la adopción – art. 68 –, y el procedimiento bipartito de la adopción – arts. 108 y 124. Respecto a estos artículos, es necesario hacer énfasis primeramente en el procedimiento de adopción, el cual se divide en un procedimiento administrativo, donde se busca la declaración de adoptabilidad y un procedimiento judicial que declara la filiación entre el adoptado y el adoptante.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Matarazzo Boriani, Sara A. (2016). *Op. Cit.*

⁴¹ Méndez Costa, María J., Lorenzo de Ferrando, María R., Cadoche de Azvalinsky, Sara., D'Antonio, Daniel H., Ferrer, Francisco A., Rolando, Carlos H. *Derecho de Familia*, Tomo Segundo. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Acedo Penco, Ángel (2013). *Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson.

⁴⁴ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), art. 61.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-814/01, del 2 de agosto de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

b. El procedimiento de adopción

En primer lugar, la declaración de adoptabilidad del procedimiento administrativo “garantiza el respeto por todos los derechos de los niños en conjunto y elimina el presupuesto de encontrarse abandonados para poder aplicar una medida de protección”⁴⁶. La autoridad responsable es el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar – ICBF – y concluye con la declaración de ‘adoptable’⁴⁷. Ahora bien, como se mencionó previamente la adoptabilidad dejó de ser una cuestión que procedía únicamente ante el abandono para pasar a proceder en las siguientes situaciones:

- (i) La providencia del defensor de familia que la declara frente a la imposibilidad de reintegrarlo con la familia biológica porque persisten circunstancias de desprotección.
- (ii) La autorización que el defensor de familia expide en caso de abandono del menor o situación irreversible de vulneración de derechos.
- (iii) La firmeza del consentimiento otorgado por los padres biológicos para la adopción del niño, niña o adolescente⁴⁸.

En los primeros dos supuestos de la declaración de adoptabilidad, se predispone el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos – PARD –, el cual se surte ante denuncia a las autoridades por “presunta inobservancia, amenaza o vulneración de derechos a un niño, niña o adolescente”⁴⁹. Ante la verificación de la vulneración y la apertura del proceso, el ICBF ordenará:

- i) El reintegro familiar,
- ii) La ratificación de la medida de protección de permanecer en los servicios de protección hasta por un año con intervención terapéutica a la familia o
- iii) La declaratoria de adoptabilidad⁵⁰.

Es decir, la declaratoria de adoptabilidad en estos casos siempre es parte de un PARD, pero no todo PARD concluye en declaratoria de adoptabilidad.

Adicionalmente, como parte del procedimiento administrativo, el ICBF está obligado a cumplir un protocolo, previa declaración de adoptabilidad, en el cual se le exige, entre otras cosas, que busque a algún familiar extenso del niño (hasta sexto grado de consanguinidad)⁵¹.

⁴⁶ Castillo Pinzón, Mariana (2008). Op. Cit., p. 137.

⁴⁷ Organización de los Estados Americanos. *Regulación de la adopción de menores en Colombia*. Obtenido de: https://www.oas.org/dil/esp/Regulacion_de_la_adopcion_de_menores_Colombia.pdf

⁴⁸ Matarazzo Boriani, Sara A. (2016). Op. Cit.

⁴⁹ Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (2013). *La adopción y el derecho a la familia*. Observatorio del Bienestar de la Niñez. Obtenido de: <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/publicacion-36.pdf>

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Vélez Robledo, María J. *La adopción en Colombia: Historia, mitos y bondades*. Universidad de Manizales. Obtenido de: http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/2645/Velez_Robledo_Maria_Jose_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Este protocolo, motivado a raíz de la Sentencia T-844 de 2011, es una de las razones por las que las estadísticas en Colombia en cuanto a adopciones continúan en descenso por falta de declaratorias de adoptabilidad, pues muchas veces resulta penosa la investigación de familia extensa requerida.

En segundo lugar, el procedimiento de adopción sufre una etapa judicial. En esta, un juez de familia declara, mediante sentencia judicial, la relación paterno – filial entre el adoptado y el adoptante⁵². Aquí, se declara la adopción plena y se consuma con la integración del niño a la familia adoptiva⁵³.

c. El principio del interés superior del niño

Particularmente, la adopción en Colombia se caracteriza por el principio del interés superior del niño, fundamentado en el artículo 44 de la Constitución Política: “*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”. Para la Corte Constitucional, “el principio del interés superior del niño es fundamental y rige todos los procesos en el que estén involucrados los niños”⁵⁴; por lo que “los órganos legislativos, administrativos y judiciales en sus funciones se obligan a actuar teniendo en cuenta con el interés superior del niño”⁵⁵. Por esto, el interés del niño “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”⁵⁶. Todo esto, pues el proceso de adopción “dada su naturaleza eminentemente protectora... debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor, el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables”⁵⁷.

Es decir, el interés superior del niño representa el principio de mayor importancia al momento de definir la actuación de cualquier poder, del Estado o autoridad pública y, además, al momento de interpretar las normas.

d. Instrumentos Internacionales

Adicionalmente, se presentan los instrumentos internacionales que abarcan de manera más especializada y contundente los derechos de los niños y la adopción:

⁵² Organización de los Estados Americanos. *Regulación de la adopción de menores en Colombia*. Op. Cit.

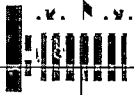
⁵³ Matarazzo Boriani, Sara A. (2016). Op. Cit.

⁵⁴ Duque Camacho, Andrea P. y Ramírez Torres, Lina M. (2010). *La adopción una medida de protección, garantía y restablecimiento de derechos de las niñas y los niños en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

⁵⁵ Garnica Gutiérrez, Sheiry C. (2017). *La adopción un contrato o una verdadera medida de protección*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408/95, del 12 de septiembre de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-510-03, del 19 de junio de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



Norma ⁵⁸	Ley Aprobatoria	Artículos Relevantes
Convención Sobre los Derechos del Niño (1990) ⁵⁹	Ley 12 de 1991	<p><u>Preámbulo:</u> “<i>El niño... necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento</i>” (negrilla fuera del texto).</p> <p><u>Art. 8:</u> “... respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos... las relaciones familiares”.</p> <p><u>Art. 19:</u> “... adoptará todas las medidas legislativas... apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio”.</p> <p><u>Art. 20:</u> “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar... tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado... garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. Entre estos... la adopción”.</p> <p><u>Art. 21:</u> “Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”⁶⁰.</p>
Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) ⁶¹		<p><u>Art. 7:</u> “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.</p>

⁵⁸ La tabla fue parcialmente tomada y modificada de Castillo Pinzón, Mariana (2008). Op. Cit.

⁵⁹ Castillo Pinzón, Mariana (2008). Op. Cit. Lo particular de la Convención son los dos principios declarados. (i) Principio de interés superior del niño: “El concepto de interés superior del niño, debe ser entendido desde el niño en sí mismo, no desde fuera de él”. (ii) Principio de corresponsabilidad: “La convención definitivamente contempla el principio de la corresponsabilidad... en la medida en que impone la responsabilidad de la protección del menor en manos tanto del Estado como de la familia y la sociedad”, p. 24-25.

⁶⁰ Todas las citas de los artículos: Convención Sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁶¹ Castillo Pinzón, Mariana (2008). Op. Cit. Dos consideraciones a la Declaración. (i) Respecto al art. 16: “El derecho a la familia es uno de los derechos que pretende garantizar la institución de la adopción y es por esto que este artículo tiene estrecha relación con la institución ya que no existiría de no ser por la consagración del presente artículo”. (ii) Respecto al art. 25: “Dicho artículo es el que consagra el derecho a la protección social de los niños, y la obligación del Estado de prestársela. El artículo 25 se relaciona estrechamente con el 12 en materia de adopción, ya que uno establece el derecho que debe garantizarse por medio de la adopción, y el segundo establece el derecho de los niños a ser protegidos y le obligación del Estado de hacerlo. Por esto, mediante la adopción el Estado garantiza el derecho de los niños de ser protegidos y de tener una familia y cumple con su obligación establecida”, p. 29-30.



		<p><u>Art. 16:</u> <i>“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del a sociedad y del Estado”.</i></p> <p><u>Art. 25:</u> <i>“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”⁶².</i></p>
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	Ley 74 de 1968	<p><u>Art. 23</u> <i>“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del a sociedad y del Estado”.</i></p> <p><u>Art. 24</u> <i>“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”⁶³.</i></p>
Convenio de la Haya Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993)	Ley 265 de 1996	<p><u>Art. 1</u> <i>“Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional”⁶⁴.</i></p>
Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)	Ley 16 de 1972	<p><u>Art. 19:</u> <i>“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.</i></p>

Las normas internacionales presentadas reflejan, nuevamente, el interés superior del niño y su protección antes y después del nacimiento. Estas normas, así mismo, obligan al legislador para adoptar las medidas adecuadas en su protección.

Es necesario, en este punto, hacer mención especial del Convenio de la Haya Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993), ratificado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996. Este, establece en su artículo 4:

⁶² Todas las citas de los artículos: Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁶³ Todas las citas de los artículos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁶⁴ Todas las citas de los artículos: Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, La Haya, 29 de mayo de 1993.

“Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: ...

c) se han asegurado de que...

4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño...”

La Corte Constitucional, aún cuando se declaró inhibida, se pronunció al respecto en la Sentencia C-40 de 2013, en la cual hizo un breve análisis de constitucionalidad de una posible manifestación de adopción previo al nacimiento del niño en la legislación colombiana. En primer lugar, estableció que la norma internacional fijó únicamente el requisito de que, para el reconocimiento del consentimiento en la adopción internacional, este debía darse después del nacimiento:

“Como puede observarse, la norma no fija los requisitos de las adopciones de menores, ni establece como condición el consentimiento, ni tampoco que éste se produzca luego del nacimiento del menor; lo que se dispone es que el reconocimiento de la adopción internacional por parte del Estado de recepción, se debe condicionar a que el consentimiento de la madre se haya producido luego del nacimiento”⁶⁵.

Basado en lo anterior, la autorización de consentir prenatalmente no contradice la adopción internacional; pues, en todo caso, dicho consentimiento no es ejecutable sino hasta treinta (30) días después del parto, periodo en el cual la madre puede retractarse. Así mismo, la Corte reconoció la diferencia entre el reconocimiento internacional de la adopción y la existencia y validez nacional de esta:

“(i) Mientras la Ley 265 de 1996 establece las condiciones para que el reconocimiento estatal de las adopciones internacionales, en la Ley 1098 de 2006 se fijan los requisitos legales para la constitución del vínculo filial; esta diferencia es sustancial, porque bien podría ocurrir que una adopción perfeccionada al amparo de la legislación nacional no sea reconocida por otro Estado.

(ii) La Ley 265 de 1996 se refiere exclusivamente a las adopciones internacionales, mientras que el Código de la Infancia y la Adolescencia se refiere a éstas y a las nacionales.

(iii) Si bien ambas normas coinciden en impedir el consentimiento de la madre para la adopción del hijo en gestación, la Ley 1098 de 2006 establece una limitación temporal más extensa, ya que se prolonga hasta un mes después del parto”⁶⁶.

Es decir, las disposiciones internacionales no impiden de ningún modo que en Colombia se permita la manifestación de consentimiento previo al nacimiento. Tal es el caso de Chile, mencionado previamente, y quien también es parte de la Convenio de la Haya Relativo a la

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-403/13, del 03 de julio de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶⁶ Ibídem.

Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993). Por eso, se modifica igualmente el artículo 77 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia – para proteger el reconocimiento del consentimiento en la adopción internacional.

II. La procedencia del consentimiento desde el vientre

a. El no nacido como sujeto de manifestación de adopción prenatal

En primer lugar, habrá de resolverse que el no nacido puede ser sujeto de la manifestación de consentir en dar en adopción desde el vientre para poder determinar la modificación al Código de la Infancia y la Adolescencia. En este sentido, es necesario llamarlo así ‘consentimiento de dar en adopción’, pues, como se demostró previamente, la adopción es un procedimiento mucho más complejo y completo que la simple manifestación de la voluntad de los padres. En realidad, “la adopción se produce luego de una serie de procedimientos enormemente relevantes, después del parto”⁶⁷.

Esta primera cuestión resulta de gran relevancia para nuestro ordenamiento jurídico en donde no se reconoce persona a quien no ha nacido para los efectos legales, así mismo sucede en Chile, a diferencia de países con discusiones similares, como Argentina. No obstante, es claro que el ordenamiento colombiano reconoce, aún en el no nacido, derechos de los que es susceptible. Entre estos está el reconocimiento de derechos del cuidado y la protección desde la concepción:

“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente. La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano” ⁶⁸ (negrilla fuera del texto).

Así mismo, derechos de presunción de filiación:

“El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad” ⁶⁹.

Del mismo modo, protección penal a los bienes jurídicos del no nacido:

⁶⁷ Basset, Úrsula C. (2019). *Declaración prenatal de la intención de dar en adopción al hijo: Examen de viabilidad y estudio de impacto en el Derecho Argentino*. La Ley, Tomo 2019-D del 09 de septiembre de 2019.

⁶⁸ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), art. 17.

⁶⁹ Código Civil de Colombia, art. 213.

“El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses”⁷⁰.

Y finalmente, protección general de los derechos del no nacido:

“La ley protege la vida del que está por nacer”⁷¹.

“Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron”⁷².

“Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’”⁷³.

Lo anterior demuestra que aún cuando el ordenamiento jurídico no reconoce como persona al no nacido, sí le asiste de derechos para su desarrollo integral a la personalidad y una “relación jurídica prenatal con los padres”⁷⁴. De tal modo que perfectamente puede ser sujeto del consentimiento de adopción, aún más, cuando dicha manifestación garantiza el interés superior del niño, como lo dice la Constitución y lo recalca la Corte Constitucional. Este punto se evidencia, pues ante la opción de un aborto o de un hijo no deseado, el interés superior del niño es, cuando así lo determinen sus padres, la adopción, consentida previo al nacimiento.

b. El consentimiento válido de los padres desde el embarazo

Ya que el no nacido es sujeto capaz sobre el cual recae el consentimiento de adopción, es necesario igualmente establecer la validez del consentimiento con respecto a los padres, o madre, en su defecto legal. Este es de extrema importancia, pues se ha entendido por la doctrina internacional como “requisito esencial del negocio opcional, cuya ausencia produciría la inexistencia del mismo por falta de un elemento esencial”⁷⁵.

i. Efectos del consentimiento de dar en adopción

⁷⁰ Código Penal de Colombia, art. 125.

⁷¹ Código Civil de Colombia, art. 91.

⁷² Código Civil de Colombia, art. 93.

⁷³ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, Preámbulo. Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Asamblea General de las Naciones Unidas

⁷⁴ Basset, Úrsula C. (2019). Op. Cit.

⁷⁵ Acedo Penco, Ángel (2013). Op. Cit.

En primer lugar, se determina que la manifestación de consentir en dar en adopción no genera por sí sola la adopción que conlleve a la renuncia de la responsabilidad paternal y la pérdida de la patria potestad. Bien se hizo en recorrer el procedimiento administrativo y judicial que se requiere para adoptar en Colombia para poder establecer con certeza que el efecto del consentimiento no genera la adopción en Colombia. En este sentido, el consentimiento únicamente surte el procedimiento administrativo, es decir la declaratoria de adoptabilidad; la cual, en todo caso, no es ejecutable sino hasta treinta días después del nacimiento en Colombia. Es decir, incluso cuando el consentimiento previo al nacimiento es existente y válido, los padres tendrán treinta días para decidir si retractarse o no. Se demuestra entonces con claridad que los efectos jurídicos del consentimiento de adopción son restringidos, pues no son “suficientes como para disolver el vínculo filiatorio entre el hijo y la madre”; pues, de ser así, “la madre podría desentenderse de la responsabilidad que pesa sobre sí por haber engendrado, en cualquier momento y por su sola ‘decisión’”⁷⁶. Así mismo, la manifestación de consentir no es suficiente por el principio de judicialidad de la adopción, que exige la intervención del juez de familia para modificar la filiación, encontrado en el Código de la Ley de Infancia y Adolescencia, art. 124; y en la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 9:

“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (negrilla fuera del texto).

Por lo anterior, aunque el consentimiento de adopción sí hace parte trascendental en el proceso de adopción, pues genera la condición de adoptabilidad, el mismo no es suficiente de por sí para producir los efectos de la adopción. De este modo, es absolutamente adecuado a la Constitución y a la Ley permitir el consentimiento de adopción desde el vientre, como pretende el Proyecto de Ley presente.

ii. Validez del consentimiento

Ya que es procedente el consentimiento, pues sus efectos no contrarían el ordenamiento jurídico colombiano, es necesario hacer la claridad que dicha manifestación, en la que se expresa “el consentimiento de dar en adopción debe ser libre de vicios, estos es, exento de error, fuerza o dolo”⁷⁷. En este sentido, la manifestación de consentir debe asegurarse “informada, libre y voluntaria”⁷⁸ de modo que se revista de validez y produzca los efectos deseados. Por supuesto, “no se trata de un consentimiento sustituto, que se otorga en nombre de otro ante la imposibilidad de que se manifiesta; se trata de la decisión libre y autónoma de considerar, en virtud de la patria potestad y de acuerdo con el interés superior del niño, que

⁷⁶ Basset, Úrsula C. (2019). Op. Cit.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-510-03. Op. Cit.

⁷⁸ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), art. 66.

la mejor decisión posible es entregar al menor en adopción”⁷⁹. Ante esto, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia T-510 de 2003 estableciendo que el consentimiento debe darlo una persona “amplia y debidamente informada” de los siguientes aspectos:

- “(a) que su consentimiento debe ser otorgado libremente, sin estar bajo ningún tipo de fuerza, coacción, engaño o presión indebida;*
- (b) que existe la posibilidad de que el menor se dé en adopción internacional;*
- (c) que todo tipo de relación o vínculo legal y familiar con la familia biológica, o con quienes ejercen la patria potestad desaparecerá irrevocablemente;*
- (d) que el menor o la menor adquirirá una relación legal y familiar de manera permanente e irrevocable con su familia, la familia adoptiva;*
- (e) que la familia adoptiva decidirá la suerte del menor de ahora en adelante independientemente de lo que consideren los padres biológicos, aun si los padres adoptivos, por ejemplo, se separan;*
- (f) las consecuencias afectivas, emocionales y psicológicas para ella y para el menor;*
- (g) cuáles son los plazos y los términos dentro de los que se puede revocar el consentimiento, y cuando se torna irrevocable distinguiendo claramente entre la revocabilidad del consentimiento dentro del término legal de un mes y la irrevocabilidad de la adopción misma;*
- (h) que todas las dudas e inquietudes que tenga puede formularlas, y todas deben ser claramente absueltas;*
- (i) que la decisión de considerar que la adopción es lo mejor para el interés superior del menor, debe tomarse una vez se hayan ofrecido y considerado planes y programas que representen una alternativa de solución;*
- (j) que tiene derecho a recibir el consejo y guía adecuados en especial psicológica, para tomar la decisión, así como también que puede seguir teniendo acceso a dicha guía y consejo; y*
- (k) que no existe una obligación de dar el consentimiento en ese preciso momento puesto que puede darlo posteriormente”⁸⁰.*

Esto lo resumió la Corte en:

- (1) El consentimiento para dar en adopción debe ser idóneo constitucionalmente, lo cual significa que además de ser libre de vicios, debe ser: (i) apto; (ii) amplia y debidamente informado; (iii) convenientemente asesorado; y (iv) no haberse dado en contraprestación de un beneficio económico.*
- (2) Un debido proceso mínimo para manifestar el consentimiento de dar en adopción: (i) debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas; (ii) conlleva la notificación de la iniciación del proceso de medida de protección; (iii) debe prever un momento en el que se de amplia y debida información; (iv) posteriormente, otro momento para manifestar el consentimiento; y (v) algún tipo de advertencia antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento.*

⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-510-03. Op. Cit.

⁸⁰ *Ibidem*.

- (3) *El consentimiento para dar en adopción, puede ser revocado durante un plazo de treinta días, a partir del momento en que éste es otorgado; posteriormente es irrevocable siempre que haya sido no solo válido civilmente sino idóneo constitucionalmente. Por lo tanto, cuando el consentimiento de dar en adopción no es idóneo constitucionalmente, no se verifica el supuesto normativo necesario para aplicar la regla de la irrevocabilidad de éste, a los treinta días de otorgado*⁸¹.

Vale la pena mencionar brevemente que en esta Sentencia T-510 de 2003, la Corte se pronunció frente a ley antigua, el Código del Menor, y su nulidad del consentimiento otorgado antes del nacimiento. Aquí se mostró favorable a dicha postura al decir: “*en este sentido, la imposibilidad de la madre biológica de otorgar su consentimiento antes del nacimiento es la mínima garantía para el menor y para su madre*”⁸². Sin embargo, no solo analizaba ley distinta, sino que dicha postura de la Corte varió radicalmente en la Sentencia C-403 de 2013 como se anotó previamente.

En definitiva, el consentimiento manifiesto de adoptar debe hacerse de modo “plenamente consciente de las consecuencias e implicaciones trascendentales e irrevocables de vida de la decisión de dar en adopción”⁸³. Esta validez no se ve afectada por el hecho de otorgarse previamente, pues sus efectos no son definitivos, y no se puede llegar a presumir que el consentimiento de los padres es viciado durante el embarazo, pero después no. En tal sentido, el aborto, decisión trascendental de la vida con efectos irrevocables, tampoco debería admitir consentimiento durante el embarazo.⁸⁴

c. Conclusiones

Con ocasión de lo expuesto, se demostró la capacidad del no nacido para ser sujeto del consentimiento de adopción desde el vientre. Así mismo, se aceptó la manifestación del consentimiento prenatal por lo limitado de sus efectos y la condición de libre, informado y voluntario que le asiste. De este modo, y considerando el interés superior del niño, es necesario fortalecer la adopción al permitirla desde el vientre, pues “el no poder vivir con su familia de origen no le hace perder al niño su derecho a vivir en familia”⁸⁴. Es la familia “la más natural de las instituciones sociales”⁸⁵ y, por lo tanto, la violación al derecho fundamental de tenerla “apareja una degradación tal del ser humano que resulta incompatible con el principio de dignidad protegido por el artículo 1º de la Carta”⁸⁶. Por lo tanto, el consentimiento de dar en adopción, dado libremente, e informado desde el vientre representa

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-741/15, del 02 de diciembre de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁸⁴ Rivero, Mabel y Ramos, Beatriz (2015). *La adopción en Uruguay*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

⁸⁵ Rodríguez Pinto, María S. (1998). *Familia y Legislación: Entre Protección y Socavamiento*. Revista Chilena de Derecho 25, no. 3.

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-587/98. Op. Cit.

una “garantía del derecho a vivir en familia, que depende de una determinación temporánea en torno a la conveniencia o no de ser cuidado por una familia de origen o una alternativa”⁸⁷. Es obligación de la legislación “proteger” y “ayudar a la familia en la consecución de sus fines naturales”⁸⁸, en este caso, mediante la adopción desde el vientre.

III. La adopción desde el vientre no permite la maternidad subrogada

Resulta obligatorio hacer una pequeña mención respecto a la maternidad subrogada y una posible tergiversación en la interpretación del Proyecto de Ley en mención. Con contundencia, no se avala ninguna intención de legalizar la maternidad subrogada en Colombia; pues “la manifestación prenatal no debería equipararse a la maternidad subrogada en ningún caso”. Es claro que no se pretende modificar el sistema de adopción en Colombia en su fundamento, sino que permitir el inicio del proceso de adopción previo al nacimiento; mientras que la maternidad subrogada no hace parte ni siquiera del sistema de adopción. Adicional a esto y para mayor seguridad, aún con la manifestación previa de dar en adopción, cualquier tipo de tergiversación de la figura, es un abuso del derecho y totalmente ilegal pues el Código de la Infancia y la Adolescencia declara:

*“Ni el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ni las instituciones autorizadas por este para desarrollar el programa de adopción, podrán cobrar directa o indirectamente retribución alguna por la entrega de un niño, niña o adolescente para ser adoptado. En ningún caso podrá darse recompensa a los padres por la entrega que hagan de sus hijos para ser dados en adopción ni ejercer sobre ellos presión alguna para obtener su consentimiento. Tampoco podrán recibir donaciones de familias adoptantes previamente a la adopción. Quedan absolutamente prohibidas las donaciones de personas naturales o instituciones extranjeras a las instituciones colombianas como retribución por la entrega de niños, niñas o adolescentes en adopción”*⁸⁹.

MODIFICACIONES A LA LEY 1098 DE 2006 – CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

El Proyecto de Ley modifica en dos artículos a la Ley 1098 de 2006, en el siguiente sentido:

LEY 1098 DE 2006	TEXTO PROPUESTO
ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO. El consentimiento es la manifestación informada, libre y	ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o

⁸⁷ Basset, Úrsula C. (2019). Op. Cit.

⁸⁸ Rodríguez Pinto, María S. (1998). Op. Cit.

⁸⁹ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), art. 74.

voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo, y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento ~~un mes después del día del parto~~ **en cualquier momento desde el embarazo.**

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue ~~para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue~~ en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.



Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

ARTÍCULO 72. ADOPCIÓN INTERNACIONAL. Además de las disposiciones anteriores, la adopción internacional se registrará por los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia sobre esta materia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad central, autorizará a los organismos acreditados y agencias internacionales, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley y los convenios internacionales ratificados por Colombia y teniendo en cuenta la necesidad del servicio. El Ministerio del Interior y de Justicia reconocerá personería jurídica e inscribirá a sus representantes legales.

Tanto las agencias internacionales como los organismos acreditados deberán renovar la autorización ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cada dos años.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento. **Quien o quienes expresen su consentimiento antes del nacimiento podrán revocarlo dentro de los treinta (30) días siguientes al nacimiento.**

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

ARTÍCULO 72. ADOPCIÓN INTERNACIONAL. Además de las disposiciones anteriores, la adopción internacional se registrará por los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia sobre esta materia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad central, autorizará a los organismos acreditados y agencias internacionales, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley y los convenios internacionales ratificados por Colombia y teniendo en cuenta la necesidad del servicio. El Ministerio del Interior y de Justicia reconocerá personería jurídica e inscribirá a sus representantes legales.

Tanto las agencias internacionales como los organismos acreditados deberán renovar la autorización ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cada dos años.

Para efectos de la adopción internacional, el consentimiento otorgado antes del nacimiento, no se entenderá dado sino hasta que cese el término de revocatoria del mismo; es decir, treinta (30) días después del nacimiento.

FUNDAMENTO JURÍDICO

Como se argumentó en la justificación, este Proyecto de Ley se fundamenta en:

- I. Constitución Política de Colombia
 - a. Artículos 1, 13, 14, 16 y 44.
- II. Bloque de Constitucionalidad
 - a. Convención Sobre los Derechos del Niño
 - b. Declaración Universal de Derechos Humanos
 - c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - d. Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - e. Convenio de la Haya Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional
- III. Código Civil
 - a. Artículos 91, 93 y 213.
- IV. Código de la Infancia y la Adolescencia
 - a. Artículo 17.
- V. Código Penal Colombiano
 - a. Artículo 125.

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El presente Proyecto de Ley consta de siete (7) artículos en los que se autoriza la adopción desde el vientre y se garantiza su protección de la siguiente manera:

1. Se modifica el artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia –, y se elimina la prohibición de consentir la adopción del no nacido. Así mismo, se determina el plazo de treinta (30) días desde el nacimiento para la revocatoria del consentimiento de adopción prenatal. Finalmente, se autoriza el consentimiento en cualquier momento del embarazo.
2. Se modifica el artículo 72 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia –, garantizando la continuidad de la adopción internacional al considerar como dado el consentimiento, para efectos de la adopción internacional, al momento de cesar el plazo de revocatoria; es decir, treinta días después del nacimiento.
3. Se vincula al ICBF para que brinde asesoría a los padres y promueva el consentimiento de adopción desde el vientre, especialmente en los casos de embarazos no deseados.

Así mismo, se exige la creación de un protocolo que garantice que el consentimiento es libre, informado y voluntario.

4. Se prohíbe cualquier abuso del derecho que pretenda utilizar el consentimiento de adopción previo para cualquier otro fin, incluyendo aquellos con ánimo de lucro, sin perjudicar la sanción penal a la que se adecúe la conducta.

IMPACTO FISCAL

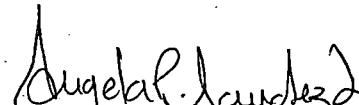
La presente iniciativa no tiene efectos sobre el fisco nacional.

PROPOSICIÓN

En concordancia con los términos anteriormente expuestos, en nuestra condición de miembros del Congreso de la República, y en uso del derecho consagrado en el artículo 152° de la Constitución Política de Colombia, nos permitimos poner a consideración de los Honorables Miembros del Congreso de la República el presente proyecto de ley, teniendo en cuenta que el mismo preserva los principios constitucionales de especial protección a la población vulnerable, existencia de la necesidad de la garantía del derecho fundamental de la vida y el deber del Estado de protegerla en condiciones dignas, para que el mismo proceda a su discusión y votación.

Cordialmente,


EMMA CLAUDIA CASTELLANOS
Senadora de la República


ANGELA PATRICIA SANCHEZ
Representante a la Cámara

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss Ley 5ª de 1.992)

El día _____ del mes _____ del año _____

se radicó en este despacho el proyecto de ley
Nº. 187 Acto Legislativo Nº. _____, con todos y

cada uno de los requisitos constitucionales y legales
por: _____



SECRETARIO GENERAL