RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	**TANIA REYES SÁNCHEZ** **DAGOBERTO CARRASCAL VILLEGAS**
FACULTAD	**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**
PLAN DE ESTUDIOS	**PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO**
DIRECTOR	**MARYI LICETH VERGEL VILLEGAS**
TÍTULO DE LA TESIS	**LA EXCEPCIONALIDAD FRENTE AL REQUISITO DE LA CAPACIDAD EN LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA**

RESUMEN
(70 palabras aproximadamente)

EL ENFOQUE DE LA MONOGRAFÍA SE CONTEXTUALIZO SOBRE LA PROPUESTA DE UNA POSIBILIDAD DE ADOPCIÓN PARA LAS PERSONAS EN ESTADO DE DISCAPACIDAD PRINCIPALMENTE PARA QUIENES SUFREN SÍNDROME DE DOWN Y QUE TRAS LA EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA Y EL MARCO JURÍDICO DE LA CONVENCIÓN DE DERECHO HUMANOS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ADOPTADA POR COLOMBIA, SE PLANTEÉ LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA FAMILIA A TRAVÉS DE UNA MODIFICACIÓN NORMATIVA, QUE INTRODUZCA LA EXCEPCIONALIDAD PROPUESTA.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS:	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:

LA EXCEPCIONALIDAD FRENTE AL REQUISITO DE LA CAPACIDAD EN LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

AUTORES

TANIA REYES SÁNCHEZ

DAGOBERTO CARRASCAL VILLEGAS

Trabajo de grado modalidad monografía presentado para obtener el título de abogados

DIRECTOR

MARYI LICETH VERGEL VILLEGAS

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia **Agosto, 2019**

Índice

Capítulo 1. La familia en el marco jurídico colombiano 1

1.1 Noción de familia..... 1

1.2 Clases de familia según la doctrina..... 3

1.2.1 Familia legítima y la familia natural..... 3

1.2.2 Otras clases de familia 4

1.3 La familia en la legislación colombiana 6

1.4 El reconocimiento de la familia a partir de la Corte Constitucional..... 12

Capítulo 2. La adopción en Colombia.....15

2.1 Contextualización de figura de la adopción..... 15

2.2 Antecedentes legislativos en Colombia 17

2.3 Antecedentes jurisprudenciales..... 24

2.4 Conclusiones..... 26

Capítulo 3. La adopción para las personas en situación de discapacidad cognitiva. Discusión jurídica 28

3.1 Concepto de discapacidad mental o cognitiva 28

3.2 Marco Jurídico de protección a las personas en situación de discapacidad mental o cognitiva en Colombia..... 29

3.3 La capacidad para las personas en situación de discapacidad mental o cognitiva..... 32

3.4 El derecho a adoptar para las personas en situación de discapacidad cognitiva (Síndrome de Down). 35

Conclusiones.....41

Referencias.....47

Lista de tablas

Tabla 1. Sentencias que extiende el marco jurídico de la adopción en Colombia 25

Introducción

Las personas con discapacidad mental o cognitiva se encuentran amparadas en el marco jurídico de protección de los derechos humanos, sin embargo, su reconocimiento data de solo décadas atrás y posteriormente se han implementado las herramientas legales que despejan el camino hacia la protección y garantía de sus derechos en áreas como el derecho penal, civil, familia, laboral y demás.

Con base en ellos, hemos optado por realizar la monografía bajo la rama del derecho privado, para analizar el desarrollo jurídico que se le ha dado en Colombia a la figura de la adopción para las personas con discapacidad mental o cognitiva.

En efecto desarrollar una monografía en el campo de la ciencia del derecho, implica establecer una serie de pasos y parámetros establecidos por el programa curricular. Con base en ello la presente propone el desarrollo de una monografía jurídica con un desarrollo investigativo, teniendo en cuenta que el tema ha sido poco estudiado y que requiere de una metodología hermenéutica jurídica a partir del método exegético.

La monografía como se mencionó anteriormente será investigativa, sin embargo, el tema ha sido escogido como parte del interés académico, y a partir del cual nace el interrogante de investigar un tema como la adopción para las personas con discapacidad mental o cognitiva, teniendo en cuenta que para que ellos ejerzan sus derechos debe mediar una tercera persona o una figura conocida como la interdicción, discriminándose su capacidad jurídica en razón de la discapacidad padecida, situación que desconoce derechos como la integración de una familia y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, puesto que la capacidad constituye un atributo

propio de la personalidad jurídica que se adquiere al momento del nacer tal como lo promulga el Código Civil en Colombia y las demás normas concordantes que protegen a las personas en situación de discapacidad.

La figura de la adopción ha acogido un desarrollo jurídico desde dos aspectos, el primero de ellos enfocado hacia la protección del menor de acuerdo con los mandamientos de la Carta Política y el segundo desde el derecho de tener familia y adoptar por parte del adoptante.

Estas posturas han adquirido cada vez mayor investigación académica y desarrollo jurisprudencial, respecto a lo cual se enfocará el primer capítulo de la monografía, en identificar y analizar los precedentes de esta figura en materia de personas con discapacidad.

En el segundo capítulo amparado en las fuentes más representativas del derecho, se estudiará la normatividad que ampara los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental y cognitiva, la figura de la interdicción, y las limitaciones frente al desarrollo de sus derechos.

Y finalmente, el ultimo capitulo con apoyo en las mimas fuentes, es decir doctrina, jurisprudencia y ley, para dar una contextualización al problema jurídico y exponer una respuesta amparado en los tres capítulos ya estudiados anteriormente.

En el marco jurídico establecido por Colombia para la adopción se ha podido establecer que esta figura se encuentra enmarcada legalmente a partir de la Ley 12 de 1991, que a su vez adoptó lo establecido por la Convención sobre los Derecho del Niño. Sin embargo, previamente ya existían normas que regulaban la misma, por ejemplo encontramos la Ley 7 de 1979 y que

creó el Sistema Nacional de Bienestar Familiar como servicio público a cargo del Estado para la protección de la niñez y la familia.

Dicha norma, regulo a su vez lo referente al sistema de adopción en Colombia. Una década posterior a la creación del ICBF, se promueve desde la Presidencia de la Republica, el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor que reglamenta todo lo referente a los derechos fundamentales de los niños, niñas y jóvenes, y establece medidas de protección de derecho de dos clases una preventiva y otra especial.

Con la transformación que trajo el siglo XXI, se promulga la Ley 1098 de 2006 que expide el Código de Infancia y Adolescencia, que establece de forma clara y especifica el proceso de adopción en Colombia, y define también que en dicho proceso participan como actores El ICBF, El defensor de familia, El juez de familia y El procurador.

Para los requisitos define la ley 1098 de 2006, en el artículo 68 que:

> Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice *idoneidad física*, mental, *moral* y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

Estableciéndose de esta forma que para poder ejercer este derecho en Colombia, se debe entonces cumplir con Capacidad, Edad mayor a 25 años, Tener menos de 15 años que el adoptable e idoneidad física, mental, moral y social.

En este sentido, entonces las personas con discapacidad mental o cognitiva, se encuentran excluidas de esta posibilidad puesto que no cumplirían con dos requisitos ni capacidad ni idoneidad mental, lo que terminaría por vulnerar sus derechos.

Al respecto la Corte Constitucional, ha dicho

> Encuentra la Corte Constitucional que el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, exige una valoración integral de todas las condiciones de quien sea candidato a padre o madre adoptante. En esa medida, no se puede descalificar a una persona como posible padre o madre adoptante, por el sólo hecho de que tenga una discapacidad, sino que dicha condición debe ser evaluada en cada caso concreto por las autoridades y expertos, junto con los demás factores de idoneidad exigidos por la ley, y siempre en función de interés superior del menor, esto es, a la luz de las necesidades de amor, cuidado y protección del niño, niña o adolescente que será adoptado. (Sentencia C-804-09, 2009)

Sin embargo, respecto a la capacidad que se ve limitada a través de figuras como la interdicción y que les impiden a estas personas en situación de discapacidad mental y cognitiva ejercer plenamente sus derechos, encontramos que la ley puede obstaculizar la materialización del derecho adoptar. Es por ello que se ha emprendido el proceso investigativo a través del requisito de la monografía, a través del siguiente interrogante ¿En qué circunstancias la excepcionalidad frente a la capacidad como requisito para materializar la adopción en Colombia vulnera o discrimina los derechos fundamentales de las personas con discapacidad cognitiva o mental?

El método que se aplicara para el estudio de la monografía será el exegético, que permitirá trabajar el debate jurídico, y analizar la norma que fundamenta la figura de la adopción en Colombia.

El método exegético utiliza los elementos gramaticales, semánticos, extensivos, etc. La tarea del intérprete y del investigador es tratar de descifrar lo más auténticamente posible lo que el legislador quiso decir; luego, se considera a la norma como algo perfecto y estático. Al juez le corresponde la función silogística y mecánica de aplicar la ley. (Alvarez, 2002)

Las fuentes a tener en cuenta y aplicar dentro de la monografía serán la doctrina jurídica, la ley y la jurisprudencia. Adicionalmente, también se tendrá en cuenta las investigaciones, artículos, y demás información que se pueda encontrar dentro de los sitios web.

Capítulo 1. La familia en el marco jurídico colombiano

1.1 Noción de familia

La institución de la familia siempre ha desarrollado un papel protagónico en la sociedad, siendo la misma la promotora del desarrollo social del ser humano, y a su vez la encargada de conservar las tradiciones y costumbres de cada comunidad. Conforme a ello es importante en la presente monografía emprender el camino hacia el debate, pero previamente sustentar conceptualmente cada componente jurídico del presente documento.

De acuerdo con el doctrinante Suarez, (2006), la familia es tan antigua como la misma humanidad, con lo cual es consustancial; tiene su origen natural en la conjunción de los sexos y como institución jurídica deriva del matrimonio, que es la unión sancionada por la ley. (Pag. 22)

Etimológicamente asegura Gómez, citado por Vela, (2015) la palabra Familia se remonta al latín Famulus, que hace inicialmente referencia "al grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens (sistema social)"

Con base en ello, y a papel determinante de la familia, encontramos en el referente doctrinal que dicha institución etimológicamente ha sido catalogada bajo diferentes definiciones, unos refiriéndose a su significado en sentido amplio y otros en sentido más restringido. De acuerdo con lo que expresa el doctrinante Suarez, (2006) quien cita la descripción de familia como el conjunto de individuos unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales, como lo son el parentesco y el matrimonio otro en sentido estricto, según el cual se le considera como la agrupación cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz como lo son los padres y los hijos.

Lo que permite deducir que la familia etimológicamente se ha conceptuado como el conglomerado de individuos que se relacionan por vínculos jurídicos o naturales, es decir que ya se hablaba de parentesco civil, de afinidad o consanguíneo, y que pertenecen a un tronco común como son los padres.

De esta manera, la familia a partir de su acepción etimológica y según lo describe la doctrina es una institución que reviste un esquema de importancia en el ámbito social puesto que de ella dependen las relaciones y desarrollo social del hombre, y además convergen como el eje de otros aspectos entre ellos la continuidad de las tradiciones culturales, religiosas, éticas, morales y demás.

No obstante de forma más moderna encontramos el concepto que propone el Consejo de Estado en Colombia, para quienes la familia es "una estructura social que se construye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros". Y añade la Corporación que sin bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor; lo que estructuran y le brindan cohesión a la institución." (Sentencia 2001-01932 de julio 11 de 2013)

En razón de dichos argumentos, es posible entonces concluir inicialmente, que la noción de familia en su esencia de conformación de un vínculo por parentesco jurídico o natural, y en el cual se convoca a la solidaridad, el apoyo, la procreación y demás fines del mismo, no se ha transformado, por lo tanto su concepción si bien ha evolucionado, e incluso la tradicional conformación ya no es la misma, y su concepto de clasificación hoy es más moderna y se ha

ampliado incluso al ámbito de las comunidades LGTBI, para quienes se reconoce y legitima su derecho a la conformación familiar.

En referencia a la citación de los autores, la concepción etimológica, la moderna y la establecida por el Consejo de Estado intrínsecamente guardan relación, por cuanto cada concepto, habla desde su perspectiva de los fines de la conformación familiar y su importancia para el desarrollo del hombre y la sociedad.

1.2 Clases de familia según la doctrina

Ahora bien, hemos ya expuesto la temática de la noción de familia, para posteriormente encontrar a partir del estudio doctrinal que la misma a partir de diversos autores ha tenido una clasificación que referiremos a continuación:

1.2.1 Familia legítima y la familia natural

Encontramos en primera instancia, que según el doctrinante Suarez, (2006) existen familias legítimas, que se conforman a partir de la constitución del contrato de matrimonio, y las naturales cuyo origen es la unión material de hecho que se materializa bajo la estabilidad y la notoriedad, es decir la convivencia a la luz de la sociedad.

Al lado de la familia legitima, fundada en el matrimonio, afirma Cirilo Pavón, surge paralelo otro grupo familiar que es consecuencias de instintos genésicos producidos fuera del matrimonio; este grupo constituye la mal llamada familia natural, puesto que su verdadera designación debería ser el de legitima, porque se forma fuera de la constitución legitima del matrimonio. (Suarez, 2006)

En el contexto jurídico colombiano, a partir de la Carta Política de 1991, se han reconocido las formas de conformarse jurídicamente, reconociéndose la unión marital de hecho, más sin embargo la familia se clasifica de acuerdo a sus integrantes pero no se determina como natural o jurídica, no obstante, anteriormente en la clasificación del código civil, los hijos si se establecían como hijos naturales o hijos legítimos, hijos matrimoniales o hijos extramatrimoniales, situación que hoy en dia se ha abolido de las normas, tras las decisiones vinculantes de la Corte Constitucional.

1.2.2 Otras clases de familia

Sin embargo, con base en lo que hemos referido del doctrinante Suarez, (2006) existe otra clasificación de la familia de acuerdo con la historia, y encontramos la familia primitiva, de la cual se tiende a confundir con la aparición del ser humano.

Expone nuevamente Suarez, (2006) que en los tiempos primitivos los padres y los hijos se agrupaban en células numerosas, regida a la estricta potestad del jefe de la tribu, varón, quien contaba con cualidades excelsas de experiencia y sobriedad propias que lo hacían acreedor de esa jefatura o postura social (familia patriarcal); en otros bajo la experiencia y dirección de una mujer que por su moralidad se constituía un factor indispensable en la dirección de la familia llamada (familia matriarcal). Es decir, que este tipo de familia primitiva obedecía al modelo de agrupaciones numerosas, en las cuales la potestad o el régimen era ejercido por el padre, lo que se denominada las familias patriarcales, porque según su creencia el padre era quien por sus cualidades y experiencia podía comandar el destino de la familia, no obstante también se contempló en esta clase de familia primitiva el modelo de la familia matriarcal, en el cual de

acuerdo con la experiencia y moralidad de la mujer se dejaba a cargo de la madre el cuidado y dirección de la familia. (Pag. 35)

Ahora bien, encontramos además de la familia primitiva, que en Grecia y Roma, se configuro una acepción y un modelo conforme a la época y sus creencias culturales y sociales. Refiere Suarez, (2006), que en la antigua lengua griega se tenía una palabra muy particular para definir familia: epistion, vocablo que significa literalmente lo que se haya junto al hogar**.**

Tanto en Roma como en Grecia, la familia se caracterizaba por la cohesión existente entre sus integrantes, quienes comulgaban en un mismo culto a sus antepasados, el padre como cabeza de familia debía vigilar a los parientes sometidos a su potestad, gozaba de un poder de corrección casi ilimitado y solo se hallaba sometido a la voluntad de la gens. (Suarez, 2006)

El poder unitario del páter familia, conocido entre los romanos como la Manus implicaba varias potestades: sobre la esposa (Manus Maritales o Potestad Marital) sobre los hijos (Potestas o patria potestad), y sobre los hijos de otros entregados en ventas al páter familias (Mancipium) al morir el Pater Familias el grupo familiar se dividía en tantas familias cuantos individuos estaban sometidos directamente al jefe; pero ellos conservaban el Nomen Gentilicium, integrándose de este modo la familia Agnatorum Communi Iure o familia en sentido amplio, que al incidirse nuevamente en otras familias formaban al cabo del tiempo y de generación en generación la gens. (Suarez, 2006)

Frente a lo que podemos decir que la institución de la familia se encuentra enmarcada en diferentes épocas históricas de la humanidad, pero siempre estableciendo la teoría de que su origen conserva la misma antigüedad que la del hombre, y argumentándose sus diferentes

acepciones desde etapas de la historia que han revestido gran importancia para el desarrollo doctrinal y jurídico de dicha figura, como lo es Grecia y Roma, y la época primitiva a partir de la cual se difiere que las familias han sido el eje central de la sociedad.

1.3 La familia en la legislación colombiana

Colombia a partir de 1991, estableció un nuevo régimen legislativo de protección para la familia, toda vez que la Carta Política de 1886 no demostró mayor interes en regular sobre dicho tema, solo se refirió al tema en el artículo 23 cuando disponía que nadie debía ser molestado en el seno de su familia, y el artículo 50 que hacía referencia al estado civil y al patrimonio familiar, como inalienable e inembargable.

La Constitución Política de 1991, se fundamentó bajo el compromiso de la protección de los derechos fundamentales de las personas y además de establecer un régimen jurídico armónico conforme a las disposiciones del mismo.

En el caso de la protección a la familia, estableció inicialmente que esta comprende el núcleo protagónico de la sociedad y que además es la promotora directa de los fines, libertades, derechos, deberes y obligaciones del hombre.

En primera instancia encontramos que el artículo 2 promueve los fines del Estado Social de Derecho, y reconoce la primacía de la familia, luego el artículo 5 reconoce el amparo a la familia, en el artículo 15 reconoce el derecho a la intimidad familiar, el articulo 33 habla acerca de la inmunidad penal, y el articulo 42 define y reconoce los derechos y deberes derivados del vínculo familiar. Seguidamente el articulo 43 consagra la igualdad de derechos entre el hombre y

la mujer y el articulo 44 define los derechos fundamentales del niños, el articulo 45 por su parte establece el trato en materia de derechos para los adolescentes y el 46 establece la obligación del Estado, la sociedad y la familia con las personas pertenecientes a la tercera edad.

Sin embargo, es el artículo 42 el principal fundamento que define y articula los principios bajo los cuales se establece la protección de la familia. Reza la Constitución Política que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y que con base en ello esta reviste mayor importancia en su ámbito de protección.

Establece el artículo ya citado, que la familia se constituye por dos medios, uno de ellos reconocido jurídicamente como lo es el matrimonio, y el segundo por decisión de formalizar una unión marital de hecho, que aunque no se fue reconocida en igualdad de condiciones en la Carta Política para las parejas del mismo sexo, ya hoy en dia gozan del pleno respeto y materialización a través del precedente jurisprudencial.

Simultáneamente, se establece que en la obligación de un Estado Social de Derecho, es deber la protección integral de la familia, lo que resultar una verdadera novedad de la Constitución Política de 1991, toda vez que como se hacía mención la norma predecesora s a la familia bajo dos aspectos, pero no se denotaba el interes de protección. Sumado a esta novedad, también debemos destacar que es una gran responsabilidad para el Estado hable establecido dicho compromiso, máxime cuando habitamos en un territorio marcado por un conflicto armado y con grandes y profundos problemas institucionales de diversa índole. (Suarez, 2006)

De manera análoga, el mismo artículo 42 de la Constitución Política reconoce la protección que merece la honra y la intimida de la familia, es decir para todas las personas que conforman el vínculo familiar.

Respecto a la honra, asegura Suarez, (2006), que hace referencia el artículo 42 de la Constitución Política a la estima y el respeto que se le debe a una persona, específicamente haciendo alusión a una buena opinión o criterio sobre ella; por su parte cuando se refiere a la intimidad, establece el mismo autor que es un derecho propio de la persona, y que se materializa cuando en se convive sin interferencia, ni perturbaciones de parte de personas externas o autoridades públicas.

Seguidamente, el mismo artículo 42 entraña el reconocimiento de la igualdad en las relaciones familiares, es decir que se establece por parte del legislador en la Constitución Política que los derechos y deberes se establecen en igualdad de condiciones, sin tener delimitarse ninguna clase de motivación o criterio de discriminación bajo ninguna circunstancia, lo cual permite evidenciar la evolución legislativa en el reconocimiento del derecho a la igualdad en todas las esferas de las relaciones humanas, y también la transición de Colombia hacia un Estado Social de Derecho.

Así mismo la Constitución Política establece la prohibición de cualquier forma de violencia contra la familia, y que como consecuencia destruya o ponga en riesgo la armonía de dicha institución. Como consecuencia de dicho mandamiento constitucional, posterior a ello encontramos en el derecho penal, diferentes normas que tipifican dicha conducta como un delito denominado violencia intrafamiliar y conforme a ello se han establecido diferentes tratamientos privativos y no privativos de la libertad.

De esta forma, encontramos que la Constitución Política actual es el marco jurídico de mayor fuerza vinculante que incluye además la institución de la familia en un orden de relevancia reconociendo su papel fundamental en la sociedad, lo que a su vez ha llevado a la

construcción de un ordenamiento legislativo en diferentes áreas para garantizar las disposiciones de la Carta Política, además es importante también reconocer que dicha norma expresa la gran voluntad del Estado de proveer a sus asociados de los derechos y garantías que se establecen bajo el contexto de un Estado Social de Derecho, que reconoce que la construcción de la sociedad de encuentra fundada sobre las bases de la familia.

No obstante también debemos exponer que respecto a la problemática jurídica que hemos planteado, es preciso determinar que a pesar de los avances en el reconocimiento de los derechos humanos y de la institución de la familia que trajo consigo el siglo pasado, en Colombia el marco constitucional más incumplido en materia de llevar a efecto de dichos derechos se enmarca solo hasta la Carta de 1991, y la adopción del nuevo modelo estatal, lo cual además de su gran importancia y relevancia jurídica no ha logrado la unificación normativa en materia de los derechos, deberes y obligaciones que surgen de las relaciones familiares, como lo veremos a continuación .

Finalmente, es importante que lleguemos a una conclusión respecto a la evolución constitucional de la institución de la familia como célula fundamental de la sociedad, a partir de la cual podemos afirmar que en Colombia es la Constitución Política de 1991 quien establece de manera clara, explicita y tacita el reconocimiento de la familia como pilar trasversal para la construcción de la sociedad, y por ende se han establecido los mandatos o principios que demanda protección del Estado, igualdad entre hombres y mujeres, la protección de los niños y adolescentes y de la tercera edad, la prohibición de violencia, las formalidades para el establecimiento de la familia como son el matrimonio y la unión marital de hecho.

En el ámbito legislativo se han dado las disposiciones para que la familia tenga un marco de protección desde diferentes jurisdicciones, el primero de ellos se encuentra regulado bajo los lineamientos del Codigo Civil, y en el cual se estipula como primer aspecto todo lo relacionado con las personas, y comienza definiendo a esta como todo individuo de le especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, lo que precede lo dispuesto por la Constitución Política en cuanto al derecho a la igualdad, y la prohibición de toda clase de discriminación.

En la misma normatividad se acogieron los criterios que enmarcar las formas para la conformación de la familia como son el matrimonio, adoptándose la doctrina canónica del matrimonio indisoluble, y aceptando el divorcio como la separación de cuerpos, y asignándosele al hombre la jefatura de la familia y la representación legal de los hijos, y el régimen de bienes estaba reglamentado en el libro IV, bajo el sistema de comunidad restringida a muebles y gananciales.

Respecto al sistema de filiación de la época era rígido y complicado, asegura Suarez, (2006) que frente a los hijos legítimos, entre los cuales contaba a los legitimados, que necesariamente procedían del matrimonio, estaban los restantes fruto de uniones extramatrimoniales; eran los llamados generalmente con el calificativo de ilegítimos, y distinguidos en tres clases: los hijos naturales, colocados en un estado más favorable que los restantes; los simplemente ilegítimos, y los de dañado ayuntamiento clasificados en adulterinos e incestuosos, mirados con franco disfavor; sus derechos se reducían a obtener alimentos, quedando privados de todo interés en la sucesión intestada.

El Codigo Civil no contempló para su promulgación disposiciones para la infancia desvalida, ni para el abandono de la familia, lo que si se instituyo fue la figura de las guardas, solo admite las guardas ejercidas por personas naturales, y considero a la mujer en un plano de inferioridad para ejercerlas. (Suarez, 2006)

Respecto a las tutelas de los impúberes, estableció dos figuras una la tutela y otra la curatela, que son las guardas dadas a los menores adultos que no habían obtenido la habilitación de edad, a sordomudos que no podían darse a entender por escrito, a dementes y a pródigos declarados en interdicción. (Suarez, 2006)

No obstante desde su promulgación han sido múltiples las modificaciones que se le han realizado, por ejemplo el matrimonio ya no es indisoluble, la conformación de la familia ha variado, ha desaparecido la potestad marital, la patria potestad sobre los hijos es compartida, en el caso de los hijos extramatrimoniales y matrimoniales, se permite la investigación de la paternidad, situación que antes no estaba nisiquiera en la imaginación del hombre, se reconocen los derechos hereditarios en igualdad de condiciones para todos los hijos, se desarrolla la figura de la adopción, la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial.

En el ámbito de la legislación penal, también se ha dispuesto una regulación especial de protección para los miembros de la familia, a partir de lo cual se han adecuado conductas típicas que buscan proteger la unión familiar y de esta forma sancionar las conductas que ponen en peligro esta armonía, como son el incesto y los matrimonios ilegales, la supresión, alteración o suposición del estado civil y los delitos contra la asistencia alimentaria.

Conforme a lo que hemos expuesto a partir de la configuración de la familia en el escenario jurídico colombiano, se ha podido determinar que a partir del reconocimiento de la Constitución Política a partir del amparo como institución básica de la sociedad, se ha enmarcado un criterio de protección que ha evolucionado en diferentes campos y aspectos como lo son las solemnidades jurídicas para su conformación, la protección del menor de edad y del adulto mayor, la consagración de la prohibición de violencia que ponga en peligro la unión familiar, el respeto por la honra y moral de dicha institución, y demás ámbitos que permiten configurar el interes del Estado Social de Derecho por preservar dicha institución garante y promotora del desarrollo y desenvolvimiento del ser humano.

En el campo legislativo, de acuerdo con lo expuesto por Suarez, (2006) la familia reviste su configuración a partir de diferentes aspectos en el Codigo Civil por cuanto se regula el matrimonio, la patria potestad, el divorcio y demás figuras, no obstante no existe una legislación enlazada que se encuentre dispuesta en la norma sino que de forma desorganizada se han ido incluyendo los criterios que enmarcan la protección jurídica de la familia.

1.4 El reconocimiento de la familia a partir de la Corte Constitucional

Como lo hemos mencionado la Constitución Política de 1991, y el compendio normativo colombiano de manera armónica se ha ido enlazando en el propósito de garantizar lo dispuesto en la misma Carta Magna. No obstante, mediante la labor de la Corte Constitucional se han ampliado los conceptos y los ámbitos de reconocimiento del derecho a la conformación de una familia.

Por ejemplo encontramos la Sentencia C –1033 del 27 de noviembre del 2002, en la que la Corte establece que la obligación alimentaria debe establecerse bajo el principio de justa igualdad, y que dicha obligación tiene su fundamento en el principio de solidaridad que establece la Carta Constitucional. A través de dicha sentencia se extiende la obligación alimentaria que se configuraba para los cónyuges hacia los compañeros permanentes que conforman la unión marital de hecho.

De la misma forma, se ha configurado de acuerdo con la Corte Constitucional que en aras de la protección al vínculo y la constitución de una familia declaro en Sentencia C-029 de 2009 el reconocimiento de la afiliación al régimen de salud para quienes conforman la unión marital de hecho, puesto que anteriormente solo se reconocía para quienes ostentaban el vínculo jurídico del matrimonio, por cuanto este impedimento ocasionaba la exclusión de un sujeto de derechos de la posición jurídica de beneficiario del sistema de seguridad social.

En el mismo orden de ideas, la Corte Constitucional también exteriorizo el reconocimiento del derecho a heredar de forma libre, sin que se discrimine en razón del sexo dicha potestad cuando se configuraban las parejas del mismo sexo u otras formas de conformar una familia, toda vez que es obligación de un Estado Social de Derecho respetar el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad entre sexos y el derecho a conformar una familia y a optar por un determinado estado civiles, sin que conforme a ello el Estado le impida ejercer los derechos propios de dichas uniones o le imponga condiciones testamentarias.

A la luz de la Corte Constitucional también se ha establecido un vínculo de protección especial tal como lo dispone la constitución Política de 1991, referente al derecho de los niños, considerando que cualquier limitación que imponga los padres al derecho del menor al desarrollo

de su personalidad, debe estar en consonancia con la prevalencia de derechos de los mismos, y que en razón de dicha prevalencia se deben garantizar siempre al menor el derecho a tener una familia y no se separado de ella. (Auto 147 del 5 de agosto de 2003)

De esta forma, encontramos que frente a la protección que dispone la Corte Constitucional respecto a la protección del derecho a la construcción de una familia, se ha establecido que tal como lo dispone la parte orgánica de la Carta Política es deber de dicha corporación salvaguardar la integridad y la supremacía de la Constitución, por lo cual debe interpretar, proteger y hacer efectivos los derechos de la familia y de los miembros que conforman el vínculo familiar. En síntesis a partir de lo expuesto y de citado por la Corte Constitucional podemos concluir que en la obligación de proteger los derecho de la familia y sus integrantes la corte extiende los derechos de alimentos entre cónyuges a los compañeros permanentes, además establece la prohibición de exclusión de un sujeto de derecho del régimen de salud en condición de beneficiario cuando se ha constituido una unión marital de hecho, incluso por parejas del mismo sexo.

Respecto a la protección de los menores y la prohibición de la violencia contra la familia también se ha pronunciado la Corte Constitucional y ha dispuesto que un escenario vinculante para establecer medidas de protección jurídica hacia la mujer y los niños.

Capítulo 2. La adopción en Colombia

2.1 Contextualización de figura de la adopción

La familia ha sido denominada como la primera forma de organización social del ser humano, y con el paso del tiempo ha ido adquiriendo mayor relevancia en el campo jurídico. La misma se constituye bajo la figura de la filiación, que define el vínculo jurídico que existe entre dos personas, n el que una es descendiente de la otra, bien sea por un hecho natural o por un acto jurídico consagrado como la adopción.

De esta manera, la adopción esta implícitamente relacionada con el concepto de familia, el cual a partir de los datos ya mencionados en el anterior capitulo, se ha destacado que dicha institución ha sido exaltada desde el desarrollo histórico y jurídico en Grecia y evolucionando hasta el modelo familiar que se impuso hacia el siglo XVII, preponderante por la importancia que se le daba a los lazos afectivos, y no solo la producción de bienes y reproducción humana.

Ahora bien, partiendo de esta evolución del modelo de familia planteado en la antigüedad, aparece dentro de los vínculos jurídicos de la misma, la figura de la adopción como ya lo hemos mencionado. La misma de acuerdo con la citación que hace Vélez, (2012) en su articulo investigativo, refiere que para diferentes autores los origenes de esta figura se remontan a la India y otros concluyen que el genesis de la misma se encuetnran en los pueblos de Asiria y Babilonia, a partir de las normas plasmadas en el Codigo de Hamurabi.

Sin embargo, menciona Vélez, (2012), que la evolucion historica y juridica de dicha figura solo se fundamenta de acuerdo a la codificacion establecida por los cimientos aportados por Roma y Grecia.

Asegura dicha autora, que en Grecia la adopcion partia de uan finalidad meramente religiosa, sin embargo tambien fue politica y economía, toda vez que ante la imposiblidad de la concepción natural, estos adoptaban con la finalidad de establecer el vinculo filial y poder heredar los bienes.

Por su parte para los romanos, el concepto de adopción se configuro juridicamente como una forma para establecer los vinculos de filiación jurídicos, y el vinculo consaguíneo no tenia mayor relevancia a la hora de configurar una familia.

En el mismo orden de ideas, y ya desde la evolución juridica de esta figura, encontramos que en Francia a partir de la promuglacion del Código Napoleonico se consagro la adopción como el medio para brindar la oportunidad de tener hijos para los matrimonios esteriles y como una forma de brindar un hogar a los niños que carecian del mismo. (Vélez, 2012)

Por su parte en España, se habla de que adopcion reconoció juridicamente en las Siete Partidas, donde se le denomino a esta figura con el nombre de profijamiento.

En Colombia, por su parte la adopción tiene sus origenes en la epoca de la Colonia donde se promulgaba de acuerdo con la dependencia de España, lo dispuesto en las Siete Partidas.

En la epoca de la República, ya Colombia era independiente del poder español, y por lo tanto comenzo a regular sus propias normas jurídicas, sin embargo en el transcurso de este

proceso se adoptaron algunas de las medidas que regian en España, y luego con la consolidación del Congreso Nacional, se dio inicio a la configuración de sus propios cuerpos legales.

Como primer antecedente jurídico, menciona Velez, (2012) encontramos el Código Civil de Cundinamarca, donde se incluyo un titulo especial para la adopción, creando un precedente jurídico, toda vez que en dicho Código esta una adopcion del Código Chileno de Andres Bello, y dicha figura no se encontraba regulada en el mismo.

Con base en dicho antecedente, fundamentado en el Código Napoleonico, las Leyes Españolas y las costumbres colombianas, dicha institución goza de pleno reconocimiento jurídico en Colombia.

En sintesis, podemos concluir frente a los antecedentes de la configuración de la adopción en el contexto jurídico, que la misma se ha discutido en diversos escenarios sobre su origen en diferenes epocas historicas, no obstante, lo importante es que con base en dicho reconocimiento jurídico, hoy en dia esta figura goza de pleno reconocimiento en el contexto internacional y nacional, y conforme a ello, existe la posibilidad de conformar una familia sin que exista la exigencia de un vinculo de consaguiniedad y permitiendo la plena materialización del derecho a la construcción de una familia para los padres que no pueden concebir y para los niños que no gozan del mismo.

2.2 Antecedentes legislativos en Colombia

En el ámbito jurídico hemos podido establecer que en Colombia la adopción aparece como una figura heredada de las normas españolas a partir de la época de la Colonia. Sin embargo, posteriormente en la época de la Republica, se establece una nueva legislación interna, pero la

adopción continúa siendo un pilar central de las formas jurídicas de establecer una familia, y por lo tanto con la configuración del Código Civil de Cundinamarca, se adopta los requisitos legales de la misma.

Hacia 1873 se establece una nueva legislación civil, inspirada en el anterior Código de Cundinamarca, con el objetivo de regir de forma unánime a todos los Estados. Luego hacia 1886, se constituye Colombia como una Republica Unitaria y un año más tarde se adopta el Código Civil de 1873.

La adopción, finalmente es regulada en el Código Civil bajo la figura del prohijamiento, y de acuerdo con Vélez, (2012), la misma se configuro como un contrato solemne, para el cual tenía competencia el juez civil a través de una escritura pública, además se exigía el cumplimiento de la intervención del juez, un notario, dos testigos, el adoptante y el adoptado, siempre y cuando fuesen mayores de edad. Lo que permite concluir, que a partir de la época se comenzaba a configurar todo el contexto legal de dicha figura.

Posteriormente hacia 1960 de promulga la Ley 40, que derogo el Código Civil anterior, e introdujo en materia de adopción algunas modificaciones como por ejemplo oermitir la adopción en caso de que los adoptantes tuviesen hijos, anterior o posteriormente a la misma, también el mejoramiento de los derechos hereditarios para los hijos adoptivos, aunque permanecían ciertos límites., determino que el adoptado continuaba formando parte de su familia de origen, conservando sus respectivos derechos y obligaciones y finalmente estableció que antes de llevar a cabo la adopción en la notaria, se debía obtener una licencia judicial por parte del juez. (Vélez , 2012)

Hacia el año 1968, nuevamente se promulga una nueva legislación en materia de adopción, conocida como la Ley Cecilia, en la que además de crearse el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se extendió la competencia de los jueces de menores para entregarlos en adopción.

Sin embargo, la promulgación de la Ley 5 de 1975 trajo consigo nuevos cambios en el contexto legal de la figura de la adopción, y conforme a ello, se eliminaba el carácter contractual de la adopción, para establecer su configuración jurídica a través de una sentencia judicial que además debía inscribirse en el registro civil. Además, de ellos la norma, introdujo la clasificación de adopción plena y adopción simple.

Posteriormente, se promulga el Decreto 2737 más conocido como el Código del Menor, donde se estableció un nuevo carácter para esta figura, reconocida ahora como un medio de protección para los derechos del menor. A su vez, dicho decreto elimino del contexto jurídico la adopción simple, dejando simplemente la posibilidad de adopción a los extranjeros, como medida de prevención del tráfico de personas, y a su vez prohibió a los padres biológicos dar el consentimiento para entregar en adopción al hijo que está por nacer.

De esta manera, el contexto de los antecedentes de la adopción en el cuerpo legal colombiano, permite destacar como a través de la evolución del comportamiento humano, las normas van en constante trascendencia, no siendo dicha figura la excepción a esta transformación, desde un contexto de constitución de familia, hacia lo que conocemos hoy como una figura con carácter de protección a los derechos del menor.

No obstante, con la implementación de la Ley 1098 de 2006, y teniendo en cuenta el carácter de protección que establece la Constitución Política de 1991 para los menores de edad,

se estableció al igual que el Código anterior un criterio especial de protección, sin embargo ya la nueva codificación enmarco un ámbito de índole relevante toda vez que el modelo de Estado Social de Derecho, está llamado a la protección armónica de los derechos de sus asociados, y los niños, niñas y adolescentes adquieren un status de primacía y prevalencia de sus derechos.

Conforme a ello, la Ley 1098 de 2006 establece inicialmente en el artículo 61, que la adopción, es principalmente y por excelencia una medida de protección, ya que mediante la misma es la única instancia para otorgar el consentimiento informado, libre y voluntario para declarar la adoptabilidad de un infante o adolescente, lo que a su vez permite de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, materializar el derecho a tener una familia, donde se respeten los derechos del menor, y se le brinde cuidado y amor, garantizándose el desarrollo armónico e integral del mismo.

Pero además de definirse la adopción, el Código de Infancia y Adolescencia establecen los requisitos como cumplir con la edad de más de 25 años, además tener al menos 15 años más que el adoptable, en aras de garantizar el principio de interes superior se requiere que se garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente.

Además plantea la norma la exigencia de que los adoptantes sean cónyuges conjuntamente, cuando cumplan el requisito de la unión marital de hecho, es decir la convivencia de más de dos años y aplica también para el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.

De la misma forma enmarca la norma, que pueden ser adoptados en Colombia, los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido

consentida previamente por sus padres o autorizada por el defensor de familia, cuando el menor no se encuentre en situación de abandono y carezca de representante legal.

También los mayores de 18 años, siempre y cuando el adoptante haya tenido a cargo el cuidado personal del adoptable y haya convivido con él por lo menos dos años antes de que este cumpliera los 18 años de edad.

Plantea la normatividad, que el hijo de uno de los cónyuges tiene la posibilidad de ser adoptado por el otro, y también por el cuidador siempre y cuando se hayan aprobado las cuentas.

Y finalmente, se prohíbe las adopciones determinadas, salvo cuando el adoptivo: fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante. (Artículo 68. Ley 1098 de 2006)

Seguidamente, menciona la norma que para ejecutar dicho procedimiento se debe cumplir con los siguientes requerimientos:

Para los adoptantes que tengan nacionalidad colombiana o extranjera y que residan en el exterior deberá cumplir con una certificación por parte de las autoridades competentes donde se haga constar el compromiso de realizar seguimiento del menor adoptable, durante al menos un año, en el país de residencia de los adoptantes.

Además, deberán contar con una autorización del gobierno del país para el ingreso del menor adoptado.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la adopción es que primen los derechos del menor de edad, se requiere de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano para el proceso que se tengan estudios sociales y psicologías desarrollados en el país de residencia de los adoptantes con el objetivo de garantizar la idoneidad de estas personas.

En el mismo contexto, la norma exige que los adoptantes cuenten con una autorización para adoptar, que se deberá salificar ante la autoridad competente en el país de residencia, además un Certificado de nacionalidad o registro civil de niños adoptados anteriormente por los solicitantes y una Carta de la familia, autorizando un traductor oficialmente reconocido en Colombia para que adelante los trámites de traducción y legalización, según sea el caso. (Artículo 92. Ley 1098 de 2006)

Adicionalmente, recibirán los informes psicosociales y de salud, así como fotografías del niño(a), para facilitarles la toma de una decisión consciente e informada.

El plazo para la comunicación de aceptación o rechazo del menor asignado es de 30 días.

Debe presentarse por escrito y dirigirse a la regional del ICBF que les realizó la asignación.

Una vez se conozca la respuesta de aceptación del menor, a través de su abogado, si lo hubiera, la agencia o la persona de confianza en Colombia a quien se haya autorizado, indicará la fecha exacta en que los adoptantes deben desplazarse a Colombia para recibir a su hijo, e iniciar el proceso de adopción ante el juez de familia (proceso que tiene aproximadamente cinco semanas de duración, tiempo en el cual deben permanecer en este país).

Durante el tiempo en que permanezcan ambos padres en Colombia, un servidor público del ICBF acompañará a la familia y al niño en el proceso inicial de integración, prestando el apoyo que estos requieran.

Como producto de la etapa de integración se elaborará un certificado sobre la integración personal del menor con los adoptantes.

El defensor de familia emitirá concepto favorable a la adopción.

Esta constancia se anexará a la demanda de adopción.

Los documentos del niño y de la familia se le entregarán al abogado que asigne y pague la familia para que esté presente en la demanda de adopción ante el Juzgado de Familia.

Una vez decretada y ejecutoriada la adopción, y expedido el nuevo registro del menor con los nombres de los adoptantes, estos podrán salir del país con su hijo. Estos documentos y el pasaporte del menor les serán exigidos para la salida del país.

A los países que están en el Convenio de La Haya se les expedirá, por parte del funcionario competente en la Sede Nacional del ICBF, un certificado de conformidad.

Una vez en su país, deberán proceder a la nacionalización del niño y al envío del documento que acredite que el niño goza de todas las garantías como ciudadano en el país de recepción (nuevo registro civil de nacimiento o certificado de nacionalidad). (Ley 1098 de 2006)

De la misma forma, es importante mencionar que con la implementación de dicha norma se introdujeron en el contexto jurídico algunas innovaciones en el tema de la protección a los

menores de edad, puesto que a partir de la misma se introducen los términos niño, niñas y adolescentes, además se establece conforme a la Constitución Política la prevalencia de los derechos de los niños.

En síntesis frente al desarrollo legislativo de la adopción en Colombia podemos concluir que la misma ha estado en constante evolución jurídica y que su origen se remonta a la época colonial, donde se adoptaron los cuerpos legales heredados de España. Luego durante las siguientes épocas de la historia de la adopción, podemos establecer que su configuración se enmarco en la jurisdicción del derecho civil y alcanzo una connotación de contrato solemne, lo que posteriormente su abolido e introducido un nuevo régimen normativo legal que hoy en día goza de plena validez jurídica y en el marco del cual basaremos nuestro debate jurídico respecto a la imposibilidad de ejercer la adopción para quienes se encuentran en estado de discapacidad.

2.3 Antecedentes jurisprudenciales

Además del desarrollo jurídico, es importante también en el presente estudio determinar la posición de la Corte Constitucional respecto a dicha figura. Para ello hemos establecido el siguiente cuadro ilustrativo:

Tabla 1. *Sentencias que extiende el marco jurídico de la adopción en Colombia*

Sentencia T-510/03	Prevalencia de los derechos del niño	En dicha providencia la Corte Constitucional establece que en caso de presentarse conflictos entre derechos de los padres y de los menores, siempre primara el principio de interes superior del menor.
Sentencia T-844 de 2011	Adopción	Respecto a la adopción ha dicho la Corte Constitucional que la adopción es irrevocable teniendo en cuenta que si su finalidad es prodigar al niño, niña y adolescente una familia, es inadmisible que una vez se han agotado todos los requisitos para que ésta sea procedente, se pueda volver sobre ella. Y plante que dicha figura tiene su fundamento en el plexo de derechos del niño, niña o adolescente, en especial a tener una familia y ser protegido contra toda forma de abandono, artículo 44 de la Constitución.
Sentencia T-212/14	La obligación del juez de familia de garantizar el procedimiento administrativo y la protección del interés superior de los menores	Y finalmente esta última providencia plantea que en Colombia el operador judicial no solo está llamado al cumplimiento de su función de declarar la adoptabilidad, sino que este tiene el deber de velar por la garantía y protección del interés superior de los menores y los derechos de los familiares. El trámite, actuando de esta forma como juez constitucional.

Nota fuente: Corte Constitucional de Colombia

2.4 Conclusiones

Hemos establecido hasta el momento el contexto histórico, jurídico y jurisprudencial de la figura de la adopción en Colombia, lo que nos permite en primera instancia concluir que su origen declina desde la dependencia de la corona española, y posterior a la independencia su configuración fue acorde a lo que establecían las Siete Partidas.

No obstante, la implementación del Código Civil de Cundinamarca origino el primer marco jurídico de la época moderna en el cual se incluida la adopción como innovación del mismo, a pesar de ser una fiel copia del Código Chileno. Conforme a ello, el marco normativo de dicha figura se configuro en diferentes escenarios conforme a las necesidades y evolución constante del derecho, hasta concretarse en el Código del Menor y finalmente en el Código de Infancia y Adolescencia donde se establece el cuerpo legal de dicha figura.

Sin embargo, además del marco jurídico, la Corte Constitucional también ha extendido los efectos de la misma sobre situaciones o hechos que se han desarrollado con ocasión de la función del Bienestar Familiar de velar por que prevalezca la protección integral y armónica de los derechos de los menores, por lo que si bien es cierto que se han creado dichas instituciones en favor de los menores, cada caso en concreto merece la revisión exhaustiva del legislador y del operador judicial para actuar en derecho como lo consagra la Constitución Política.

Finalmente en este escenario, es posible concluir que la Corte Constitucional desde su función de salvaguardar las disposiciones de la Constitución Política de 1991, y las demás herramientas internacionales vinculantes para la protección y prevalencia de los derechos de los niños, se ha establecido un carácter de supremacía en función de la adopción como medida para la materialización de la garantía de una familia para el menor, y no en función de satisfacer los

deseos de los padres de configurar una familia a través de dicha figura, por lo tanto es deber de los funcionarios públicos verificar las condiciones económicas, sociales, culturales, educativas y demás que le permitan establecer las mejores condiciones para el desarrollo armónico e integral del menor.

Capítulo 3. La adopción para las personas en situación de discapacidad cognitiva. Discusión jurídica

3.1 Concepto de discapacidad mental o cognitiva

La Real Academia de la Lengua inserta en el lenguaje español la definición de discapacidad como condición de discapacitado o manifestación de una discapacidad.

Es decir, que desde el punto de vista gramatical, la discapacidad se asocia con la falta de funciones o cualidades, y con una condición que discapacidad al ser humano para desarrollarse normalmente como lo hacen las personas que no cuentan con dicha condición.

No obstante, estas definiciones son muy básicas para comprender con profundidad la definición de discapacidad, por lo que se hace necesario recurrir a la doctrina para entender con mayor amplitud el significado real de este término.

Por consiguiente, la discapacidad es definida por la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, (s.f.) como "deficiencia física, mental o sensorial, de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, y que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social".

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud, OMS, siendo la mayor autoridad para el desarrollo teórico y jurídico sobre las patologías en todo el mundo, afirma que la discapacidad es:

> "toda restricción o ausencia debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen considerado normal para el ser humano". Puede ser temporal o permanente, reversible o irreversible. Es una limitación

> funcional, consecuencia de una deficiencia, que se manifiesta en la vida cotidiana. La discapacidad se tiene. La persona "no es" discapacitada, sino que "está" discapacitada.

Y la persona en situación de discapacidad a su vez es aquella que padece, en forma permanente o temporal, una disminución de sus facultades físicas, mentales o sensoriales, que le impiden realizar una actividad regular, es decir, la que realizaría un adulto promedio. La naturaleza de las discapacidades presenta retos muy distintos, por lo que no es posible reducirse a la mera existencia de un impedimento. Por ejemplo, un ciego enfrenta problemas distintos a los de una persona impedida de caminar a causa de una lesión medular. (Hernández, s.f.)

Hemos de concluir de esta manera que la discapacidad constituye una deficiencia que le impide a la persona la realización de sus actividades y la plenitud de sus derechos tal cual como lo hacen las demás personas, y que además de su problemática han sido invisibilizados ante los ordenamientos jurídicos, razón por la cual tras hacer escuchar sus voces hoy por hoy cuentan con un compendio normativo que cuenta con instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos de estas comunidades y que a su vez son acogidas en las legislaciones de estados como Colombia, que traducen en sus normas su obligación de mejorar las condiciones para la población de personas en situación de discapacidad.

3.2 Marco Jurídico de protección a las personas en situación de discapacidad mental o cognitiva en Colombia

Como hemos expuesto, la Constitución Política en Colombia, constituye la norma superior de protección de derechos fundamentales, y por ello promueve la igualdad sin distinción de raza, genero, ideología, ni ninguna otra característica, lo que reafirma la disposición de la Declaración

Universal de los derechos humanos, y por ende el pilar de la protección jurídica para las personas con discapacidad en la nación.

Sin embargo, además de una Constitución Política que promueve la igualdad y se fundamenta en la protección de la dignidad humana del ser humano, se han constitución un compendio normativo que busca en diferentes escenarios transformar el desarrollo social, laboral, personal, educativo y demás de las personas con discapacidad.

Por consiguiente, posterior a la Constitución Política la Ley 61 de 1997, estableció los mecanismos propuestos por el legislador para la integración social de las personas que tenían limitaciones. Es de destacar como aporte a nuestra investigación que la misma norma, dispone del mandato de estrategias y políticas que le permitan a las personas con discapacidad acceder a la prevención, a la educación, la rehabilitación, la integración laboral, el bienestar social, la accesibilidad; y además, crea el "Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación".

En materia de Salud y Seguridad Social, también el Estado Colombiano ha promovido las garantías en derechos para las personas con limitaciones o discapacidades, a través de normas como la Ley 100 de 1993, en los artículos 13, 26 y 41, que tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

Y a su vez contempla disposiciones específicas en relación con la invalidez y la discapacidad, en lo concerniente al "Sistema General de Pensiones" y prevé que toda la población será cubierta en lo relacionado con la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la atención y recuperación.

Por su parte en el escenario laboral, se destacan normas como la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios 1571 y 1572 de 1998 por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan medidas tendientes a garantizar en igualdad de oportunidades las condiciones de acceso al servicio público, en empleos de carrera administrativa, a aquellos ciudadanos que se encuentran limitados físicamente, con el fin de proporcionarles un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Ley 82 de 1989, ratificó el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de la Organización Internacional del Trabajo, OIT que mediante las cuales se propende para que la persona con discapacidad, tenga la oportunidad de un empleo adecuado y se promueva la integración o la reintegración de ella en la sociedad con participación de la colectividad. (Art. 1)

De esta manera, es posible colegir que Colombia además de su Constitución Política y la adopción de las herramientas con naturaleza jurídica vinculante y no vinculante en el derecho interno, también ha promovido la búsqueda de condiciones de calidad en todos los escenarios del proceso de desarrollo para la persona con discapacidad.

Sin embargo, no se evidencia una transformación más inclusiva de este propósito en la legislación actual, más aun cuando Colombia adopto desde el año 2011 la Convención sobre derechos humanos de las personas con discapacidad, lo cual implica que promueva mayores escenarios inclusivos para las personas con discapacidad, puesto que si bien podemos resaltar que se ha avanzado mucho sobre el tema, también es cierto que en materia de educación se ha promovido los escenarios de la básica primaria y secundaria, pero la educación superior se ha paralizado para su transformación inclusiva, para los mandatos legislativos que obliguen a las instituciones educativas a impartir formación académica para las personas con discapacidad

física, mental o cognitiva dentro de sus aulas de clases, sin que la discapacidad les impida relacionarse con las personas que no las padecen, y que la educación responda como la mayor herramienta de desarrollo de un Estado Social de Derecho como el que se proclamó Colombia, pero del cual aún falta camino por escalar y transiciones en todos los escenarios.

Finalmente, bajo estos planteamientos resaltamos la labor del Estado para reconocer la igualdad de derechos de las personas con discapacidad, pero a su vez también es preciso esgrimir que no del todo la transformación en derechos inclusivos para estar personas están dados en el marco jurídico, puesto que si bien es cierto los derechos están regulados de acceso para todas las personas, quienes padecen discapacidad se han visto limitados ante la ley, por cuanto deben constantemente acceder a sus derechos por medio de las acciones que protegen los derechos fundamentales, siendo que el ideal del Estado Social de Derecho, y aún más la adopción de la Convención sobre Derechos Humanos de las personas con discapacidad, obliga al mismo a promover la política inclusiva en todos los aspectos allí delimitados, y a su vez a reconocer nuevamente la igualdad de las personas con discapacidad, sin que se estigmatice por su condición para el acceso a sus servicios educativos, de salud, de recreación, de promoción , acceso a la justicia y demás.

3.3 La capacidad para las personas en situación de discapacidad mental o cognitiva

En el contexto jurídico hemos podidos establecer que las personas con discapacidad gozan en el contexto normativo de un respaldo para garantizar y materializar sus derechos de manera armónica con el derecho a la igualdad que estipulo la Constitución Política de 1991. No obstante existe aún un ámbito de discusión y es el que imposibilita a las personas en situación de

discapacidad para ejercer sus derechos en materia civil como el matrimonio, la adopción y otros, bajo el criterio de la incapacidad para obligarse.

Sin embargo, las personas por su simple condición humana gozan del pleno reconocimiento del derecho fundamental a la personalidad jurídica, lo que implícitamente conlleva a reconocer sus atributos, siendo la capacidad uno de ellos. Así lo reconoce la Sentencia C 182 de 2016 de la Corte Constitucional, donde se establece que "la personalidad jurídica se compone de diferentes elementos, entre ellos, los atributos de la personalidad (estado civil, nombre, nacionalidad, capacidad, patrimonio y domicilio)".

Lo que permitiría inicialmente concebir que es posible entonces de acuerdo con dicho pronunciamiento que siendo la capacidad un componente de la personalidad jurídica es deber del Estado reconocerlo y materializarlo sin discriminación alguna.

Sin embargo, aclara la Corte en la misma sentencia, que la capacidad asumida como la facultad para adquirir derechos y obligarse, tiene dos connotaciones. Las acepciones son de goce o jurídica y de ejercicio o de obrar. Según la doctrina, el término "gozar" en el campo civil significa poder disfrutar de un derecho, estar investido de él o ser su titular. Mientras tanto, el término "ejercer" se refiere a la posibilidad de poner un derecho en práctica, de utilizarlo o simplemente de realizar los actos jurídicos que da opción. Puntualmente, la capacidad de goce o jurídica es la aptitud legal para adquirir derechos. Esta capacidad puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, ya que el titular de un derecho puede ser, según el caso, capaz o incapaz para hacerlo valer por sí mismo. En otras palabras, hay sujetos que aunque tienen capacidad de goce, no tienen la capacidad de ejercicio, a éstos se les denomina incapaces. (…) Por otro lado, la capacidad de ejercicio es la "aptitud legal de una persona para ejercer por si misma los

derechos que le competen y sin el ministerio o la autorización de otra". (Sentencia C 182 de 2016)

No obstante de acuerdo con el análisis que se realiza en el artículo "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos", realizado por Vallejo, Hernández, & Posso, (2016), la capacidad juridica esta instrisecamente vinculada con el derecho al acceso a la justiica, y ambos deben ser garantizados y materialziados por el Estado colombiano dipsoniendo de los medios para que todas las personas en igualdad de condiciones puedan acceder sin limitaciones a sus derechos.

Ahora bien, respecto a la capacidad de goce podemos establecer que el marco juridico actual le permite a todas las personas sin importar sus limitaciones fisicas, mentales o cognitivas para acceder a dus derchos, sin embargo en el ambito de la capacidad para obligarse encontramos una serie de limitaciones judicas.

No obsatnte antes de continuar el debate juridico es importante mencionar que Colombia a partir del año 2011 adopto entre sus herramientas juridicas la Convencion de Derechos Humanos de las personas con discapacidad y conforme a ello se impone al mismo, la obligacion de garantizar el ejercicio de la capacidad juridica de las personas con discapcaidad, y explicitamente expone que:

> Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

Adopción que posteriormente es reconocida jurisprudencialmente por la Corte Constitucional en Sentencia C 182 de 2016, donde se reafirma la obligacion impuesta por las Naciones Unidas en dicha Convencion, y se dispone que:

> La Convención impone a los Estados, de una parte, la obligación de abstenerse de cualquier medida que prive a las personas con discapacidad del reconocimiento de su capacidad jurídica, y de otra parte, el deber de garantizar que los particulares no interfieran con el ejercicio de la capacidad jurídica de estos sujetos.
>
> En consecuencia, los Estados tienen un mandato para reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por sistemas de apoyo a la adopción de decisiones. Estos últimos se caracterizan por la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad, de su autonomía y sus preferencias.
>
> De este modo, el Comité es enfático en afirmar que los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos.

Lo que permite concluir entonces que en de capacidad jurídica para las personas con discapacidad mental, física o cognitiva, la Convención de derechos humanos para las personas en situación de discapacidad y su adopción en Colombia extiende el ámbito de protección no solo para el goce sino también para obligarse jurídicamente por cuanto amplia este concepto, razón por la cual obliga a que el cuerpo legal actual se configure armónicamente con las disipaciones de esta herramienta jurídica.

Bajo dichos lineamientos podemos inferir entonces que tiene Colombia la obligación de fundamentar sus normas en todas las jurisdicciones para que las personas con discapacidad gocen plenamente de su capacidad jurídica en el contexto de goce y de ejercicio, y por lo tanto sus normas le permitan un acceso pleno sin limitaciones a los demás derechos.

3.4 El derecho a adoptar para las personas en situación de discapacidad cognitiva (Síndrome de Down).

La familia como unidad constituyente de la sociedad, comprende un amplio y complejo escenario de protección jurídica en el contexto internacional y nacional, y que comprende una transformación en países como Colombia a partir de la Constituyente de 1991, puesto que se enfatiza la especial protección de sus miembros, entre ellos los menores como primacía de sus garantías fundamentales a tener una familia, a educarse, a la salud, y demás aspectos que les permitan llevar a cabo su proyecto de vida y materializar sus derechos.

Sin embargo, la situación en la práctica resulta ser en miles de casos incierta para los menores de edad en cuento a la garantía de una familia, pues son dejados al resguardo del Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde además de brindar un acompañamiento en su desarrollo, restablecimiento de derechos y demás funciones del mismo, también se lleva a cabo el proceso de adopción, a través del cual se le brinda la estabilidad de un hogar al menor de edad, y el cual se encuentra regulado bajo la Ley 1098 de 2006.

De otra manera, se ha establecido que dicha figura nace en razón de la protección y garantía de los derechos fundamentales del menor de edad, y que por lo tanto le corresponde al Estado colombiano velar porque el seguimiento y control de los requisitos y procedimientos legales para entregar a un niño, niña o adolescente en adopción.

A partir la reglamentación jurídica de los requerimientos para la adopción ha surgido varios aspectos que se han discutido y fundamentan el ejercicio del presente análisis, toda vez que encontramos que la norma establece entonces diferentes escenarios; el primero de ellos como ya lo hemos mencionado en el primer capítulo una amplia protección jurídica de los derechos fundamentales para los integrantes del núcleo familiar, un reconocimiento al derecho a

establecer una familia, tener hijos ya sea por medio biológico, científico o por vinculo civil como lo es la adopción, pero determinando que existe primacía de protección cuando el integrante de la familia es niño, niña o adolescente, pues su contraste de acuerdo con los parámetros internacionales y constitucionales obliga al Estado a hacer claridad y priorizar sobre dichos derechos y garantías.

El segundo panorama que encontramos es que en razón de ese derecho, se ha configurado la institución de la adopción como parte de un procedimiento que le permite al menor encontrar un hogar para llevar a cabo su proyecto de vida, y donde se le proteja y resguarden sus derechos fundamentales.

Y finalmente, sobre la base de ese seguimiento y control al ejercicio de la adopción se han establecido unas calidades para poder ejecutar la misma. Dentro de esos parámetros encontramos que quienes quieran optar para su conformación familiar por la adopción, deberán acreditar que gozan de plena capacidad de goce y ejercicio, lo cual tal como lo dispone la carta constitucional, permite que los menores de edad adoptados gocen de un ambiente familiar sano, fundamento totalmente valido, toda vez que ese es el objeto de la figura de la adopción.

No obstante, cuando se habla de capacidad de goce y ejercicio, encontramos que en Colombia la capacidad es uno de los atributos de la personalidad, calidad que se ostenta por el simple hecho de pertenecer a la raza humana. Sin embargo, en la doctrina jurídica se ha establecido que la capacidad se encuentra sujeta a dos escenarios, uno de goce en el cual se puede ejercer y materializar los derechos como lo hace cualquier ciudadano sin importa su condición física, mental o cognitiva, y otra capacidad de ejercicio en la cual se limita el ejercicio de los derechos y las obligaciones, toda vez que las limitaciones físicas, mentales o cognitivas les

impiden ejercerlas y por lo tanto están sujetos a otras figuras bajo las cuales terceros se hacen cargo de su representación legal, para poder desarrollarse en diferentes aspectos del ejercicio de derechos y obligaciones.

Dicha situación se encuentra establecida en mayor proporción en tramites civiles y laborales, sin embargo, con la llegada del siglo XXI, el pleno reconocimiento de derechos para las personas en situación de discapacidad ha tomado otro rumbo diferentes, puesto que las Organización de Naciones Unidas, a través de la Convención de derechos humanos para las personas en situación de discapacidad, estableció un nuevo precedente jurídico adoptado por el Estado colombiano y en el que tutela "el reconocimiento del derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges" (Convencion de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad).

De esta manera, la Convención elimina cualquier forma de discriminación en razón de la discapacidad, y permite un pleno reconocimiento del derecho a conformar una familia, a contraer matrimonio.

Ahora bien, la Convención no se limitó única y exclusivamente a reconocer el derecho a conformar una familia como ya lo había establecido la Constitución Política en Colombia de 1991, sino que además de ello la conformación de una familia, implica otros reconocimientos, tales como el derecho a adoptar niños, exponiendo el documento lo siguiente:

> Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño.

> Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. (Convencion de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad)

Es decir, que si bien es cierto en Colombia no existía el derecho a adoptar, sino a ser adoptado en razón del fundamento constitucional y jurisprudencial, y el cual se ha negado incluso a parejas del mismo sexo, que gozan del pleno reconocimiento de la capacidad de goce y ejercicio, la Convención de Derechos Humanos para las personas en situación de discapacidad como lo establece la Organización de las Naciones Unidas, elimina dicho planteamiento, y reconoce inicialmente que dicha comunidad está facultada para conformar familia y que es deber del Estado realizar el acompañamiento para que pueda ejercer la adopción, situación que se encuentra aún denegada toda vez que la norma que establece los requisitos para invocar la figura de la adopción por parte de personas con discapacidad cognitiva , situación que se configura en los casos en los que la persona sufre síndrome de Down, donde se establece la limitación normativa, a pesar de que Colombia adoptó e incluyó dentro de su normatividad dicha Convención.

De la misma manera, es importante determinar que la discapacidad cognitiva "se entiende como una disposición funcional específica en procesos cognitivos, habilidades de procesamiento y estilos de pensamiento, que determinan el desempeño y el aprendizaje de una persona". (Ministerio de Educación Nacional., 2006)

Y que específicamente hace referencia a un sinnúmero de enfermedades, donde se destacan el autismo, el síndrome de Asperger, el síndrome de Down.

Este último “es una situación o circunstancia que ocurre en la especie humana como consecuencia de una particular alteración genética. Esta alteración genética consiste en que las células del bebé poseen en su núcleo un cromosoma de más o cromosoma extra, es decir, 47 cromosomas en lugar de 46”. (Fundacion Iberoamericana Down1)

En razón de la condición que les impide establecer un proyecto de vida en igualdad de condiciones cognitivas a las de las demás personas, se fundamenta el Estado colombiano para limitar el ejercicio de las condiciones, sin embargo, hoy en día con el avance en materia de salud, las personas con esta limitación han alcanzado un máximo de desarrollo de sus capacidades, por lo tanto y con fundamento jurídico en la adopción de la Convención de Derechos Humanos para las Personas con Discapacidad, la norma jurídica que reglamenta el requisito de la capacidad para ejercer la adopción como derecho y como mecanismo para materializar la formación de una familia, es preciso que estudie la excepcionalidad para los casos en los cuales las personas en situación de discapacidad cognitiva como es el caso del síndrome de Down, y que desarrollen mayores capacidades para su proyecto de vida, y se encuentren en capacidad para adoptar una niño o niña, con el objetivo que se garanticen plenamente sus derechos fundamentales y no tengan limitaciones jurídicas, que los discriminen y cercenen en su proyecto de vida familiar, pero que además les impida a los niños, niñas y adolescentes contar con un hogar, una familia y una estabilidad emocional, económica, moral y demás.

Conclusiones

La adopción de un modelo de estado social de derecho, implica un mayor compromiso de parte de las instituciones estatales en la garantía y salvaguarda de los derechos fundamentales de sus asociados, situación que se refleja en la especial protección que se le asigna a la familia como institución principal de la constitución de una sociedad, y a partir de allí se fundamenta un marco jurídico que le permite al ciudadano la conformación de la misma con amparo en los derechos y garantías de dicho modelo, y en el cual el niño, niña y adolescente goza un status de protección y primacía, de acuerdo con los lineamientos internacionales y nacionales en dicha materia.

De esta forma, es la familia una institución que goza de pleno reconocimiento jurídico en Colombia, y en la cual los niños, niñas y adolescentes, gozan de un status de protección en razón de sus condiciones psicológicas, de vulnerabilidad y demás, razón por la cual también se encuentran asociadas sus garantías a la de tener una familia, y bajo la cual nace la figura de la adopción como un mecanismo jurídico que le permite al Estado llevar a cabo dicha premisa.

La adopción se ha configurado en Colombia bajo un marco jurídico que data de décadas, pero que en la actualidad se enmarca dentro del ejercicio de la Ley 1098 de 2006 y algunos lineamientos del Código Civil, que buscan a través de sus procedimientos y requerimientos asegurar al menor la primacía de sus derechos fundamentales, razón por la cual se ha establecido la teoría que existe el derecho a ser adoptado pero mas no a adoptar, fundamento que le ha impedido bajo algunas circunstancias como la capacidad, o la forma de conformación familiar, y demás limitaciones acceder a materializar el derecho a la familia, igualdad y al reconocimiento de la capacidad de goce y ejercicio a pesar de las discapacidades.

Dicho fundamento se ha constituido adema desde la interpretación constitucional, también en el escenario del análisis jurisprudencial que hace la Corte Constitucional, donde desde su función de salvaguardar las disposiciones de la Constitución Política de 1991, y las demás herramientas internacionales vinculantes para la protección y prevalencia de los derechos de los niños, se ha establecido un carácter de supremacía en función de la adopción como medida para la materialización de la garantía de una familia para el menor, y no en función de satisfacer los deseos de los padres de configurar una familia a través de dicha figura, por lo tanto es deber de los funcionarios públicos verificar las condiciones económicas, sociales, culturales, educativas y demás que le permitan establecer las mejores condiciones para el desarrollo armónico e integral del menor.

Sin embargo, la situación en la práctica resulta ser en miles de casos incierta para los menores de edad en cuento a la garantía de una familia, pues son dejados al resguardo del Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde además de brindar un acompañamiento en su desarrollo, restablecimiento de derechos y demás funciones del mismo, también se lleva a cabo el proceso de adopción, a través del cual se le brinda la estabilidad de un hogar al menor de edad, y el cual se encuentra regulado bajo la Ley 1098 de 2006.

De otra manera, se ha establecido que dicha figura nace en razón de la protección y garantía de los derechos fundamentales del menor de edad, y que por lo tanto le corresponde al Estado colombiano velar porque el seguimiento y control de los requisitos y procedimientos legales para entregar a un niño, niña o adolescente en adopción.

A partir la reglamentación jurídica de los requerimientos para la adopción ha surgido varios aspectos que se han discutido y fundamentan el ejercicio del presente análisis, toda vez que encontramos que la norma establece entonces diferentes escenarios; el primero de ellos como ya lo hemos mencionado en el primer capítulo una amplia protección jurídica de los derechos fundamentales para los integrantes del núcleo familiar, un reconocimiento al derecho a establecer una familia, tener hijos ya sea por medio biológico, científico o por vinculo civil como lo es la adopción, pero determinando que existe primacía de protección cuando el integrante de la familia es niño, niña o adolescente, pues su contraste de acuerdo con los parámetros internacionales y constitucionales obliga al Estado a hacer claridad y priorizar sobre dichos derechos y garantías.

El segundo panorama que encontramos es que en razón de ese derecho, se ha configurado la institución de la adopción como parte de un procedimiento que le permite al menor encontrar un hogar para llevar a cabo su proyecto de vida, y donde se le proteja y resguarden sus derechos fundamentales.

Y finalmente, sobre la base de ese seguimiento y control al ejercicio de la adopción se han establecido unas calidades para poder ejecutar la misma. Dentro de esos parámetros encontramos que quienes quieran optar para su conformación familiar por la adopción, deberán acreditar que gozan de plena capacidad de goce y ejercicio, lo cual tal como lo dispone la carta constitucional, permite que los menores de edad adoptados gocen de un ambiente familiar sano, fundamento totalmente valido, toda vez que ese es el objeto de la figura de la adopción.

Con base en dicho fundamento y bajo nuestro análisis jurídico, se ha podido determinar y concluir que Colombia es un Estado garante constitucionalmente de derecho a una familia, y promueve figuras como la adopción pero limitando el ejercicio a partir del requerimiento de la capacidad. No obstante, como se ha observado interpretativamente la capacidad corresponde a uno de los atributos de la personalidad, y esta última se adquiere por la condición de ser un individuo perteneciente a dicha especie, es decir que con la sola existencia ya se es acreedor de la misma, situación que en el contexto interpretativo colombiano, goza de dos corrientes, puesto que existe la capacidad para gozar de los derechos, pero también la capacidad para obligarse que en el caso de la adopción se requiere teniendo en cuenta los compromisos, deberes y obligaciones que se adquieren con el adoptado.

Dicha situación se ve reflejada en la normatividad actual, donde se limita el ejercicio de diversos derechos, en razón de la situación o impedimentos de la persona en situación de discapacidad, siendo para el caso concreto de estudio la adopción, como limitación por razón de no existir un pleno reconocimiento del derecho a adoptar, y por limitar en los requisitos la exigencia de la capacidad, sin determinarse casos de excepcionalidad como el individuo con síndrome de Down que alcanza un desarrollo casi pleno de sus capacidades fascias mentales y cognitivas.

Además de lo que ya se ha planteado, Colombia hacia el 2009 adoptó la Convención de Derecho Humanos para las personas en situación de Discapacidad, lo que obliga al mismo a implementar y eliminar las barreras jurídicas que le impiden a dicha comunidad acceder a la materialización plena de sus derechos y garantías, en las que además se establece un pleno

reconocimiento al derecho a conformar una familia y también salvaguarda el derecho de adoptar, situación en la cual se ha hecho caso omiso para el territorio colombiano.

Lo que nos permite concluir que Colombia, es un Estado promotor del derecho a la igualdad, a la dignidad humana, a la eliminación de todas las formas de discriminación y en el cual los niños, niñas y adolescentes se encuentran protegidos bajo los lineamientos de la primacía de derechos para los mismos, pero desde la perspectiva jurídica para las personas en situación de discapacidad aún no termina de explanar el terreno del pleno reconocimiento de sus derechos, situación que se ve reflejada en el Artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, donde se exige como requisito para adoptar la capacidad, que interpretada análogamente con los criterios jurídicos actuales, se refiere a la de ejercicio, que ha sido limitada para las personas en situación de discapacidad cognitiva como lo son las personas con síndrome de Down.

En razón de la condición que les impide establecer un proyecto de vida en igualdad de condiciones cognitivas a las de las demás personas, se fundamenta el Estado colombiano para limitar el ejercicio de las condiciones, sin embargo, hoy en día con el avance en materia de salud, las personas con esta limitación han alcanzado un máximo de desarrollo de sus capacidades, por lo tanto y con fundamento jurídico en la adopción de la Convención de Derechos Humanos para las Personas con Discapacidad, la norma jurídica que reglamenta el requisito de la capacidad para ejercer la adopción como derecho y como mecanismo para materializar la formación de una familia, es preciso que estudie la excepcionalidad para los casos en los cuales las personas en situación de discapacidad cognitiva como es el caso del síndrome de Down, y que desarrollen mayores capacidades para su proyecto de vida, y se encuentren en capacidad para adoptar una niño o niña, con el objetivo que se garanticen plenamente sus derechos fundamentales y no

tengan limitaciones jurídicas, que los discriminen y cercenen en su proyecto de vida familiar, pero que además no les impida a los niños, niñas y adolescentes contar con un hogar, una familia y una estabilidad emocional, económica y moral.

Referencias

Alvarez, U. G. (2002). *Metodologia de la Investigacion Juridica* . Mexico: Mac Graw Hill.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitucion Politica de 1991*. Bogota: Leyer.

Auto 147 del 5 de agosto de 2003, Referencia: expediente T-677821 (Corte Constitucional, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra). Recuperado el 15 de Abril de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2003/A147-03.htm

Constitución Política de Colombia (1991). (Asamblea Nacional Constituyente).

Convencion de Derechos Humanos de las personas con discapacidad (Organizacion de Naciones Unidas, ONU). Recuperado el 13 de Marzo de 2019, de https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf

Convención sobre los Derecho del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (Organizacion de las Naciones Unidas, ONU 20 de Noviembre de 1989). Recuperado el 10 de Enero de 2019, de https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx

Corte Constitucional. Sentencia C – 1033 el 2002, Referencia: expediente D-4102 (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño). Recuperado el 05 de Enero de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-1033-02.htm

Corte Constitucional. Sentencia 2001-01932 de julio 11 de 2013, Rad.: 68001231500020010193201 (34.435) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P.Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Recuperado el 19 de Marzo de 2019, de https://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_e60ebf6f00da01cee0430a01015101ce

Corte Constitucional. Sentencia C – 029 del 26 de enero de 2006, Referencia: expediente D-5864 (Corte Constitucional, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra). Recuperado el 02 de Abril de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-029-06.htm

Corte Constitucional. Sentencia C – 059 del 1º de febrero de 2005 (Corte Constitucional,Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.).

Corte Constitucional. Sentencia C – 101 del 8 de febrero de 2005, Referencia: expediente D-5342 (Corte Constitucional, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.). Recuperado el 05 de Abril de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-101-05.htm

Corte Constitucional. Sentencia C 182 de 2016, Referencia: expediente D-11007 (Corte Consttiucional. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Recuperado el 15 de Abril de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-182-16.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-741/15, Referencia: Expediente D-10813 (Colombia, Corte Consttiucional, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva 02 de Diciembre de 2015). Obtenido de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-741-15.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-804-09, Referencia: expediente D-7719 (Colombia, Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa 11 de Noviembre de 2009). Recuperado el 22 de Enero de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-804-09.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-212/14, Referencia: expediente T-4.143.118. (Corte Constitucional. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). Recuperado el 03 de Abril de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-212-14.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-510/03, Referencia: expediente T-722933 (Corte Constitucional. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa). Recuperado el 29 de Marzo de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-844 de 2011, Referencia: expediente T-2.538.409 (Corte Consttiucional. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Recuperado el 22 de Marzo de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm

Decreto 2737 de 1989 (Presidente De La República De Colombia 27 de Noviembre de 1989). Recuperado el 22 de Enero de 2019, de http://www.oas.org/dil/esp/decreto_2737_de_1989_colombia.pdf

Derechos Humanos. (s.f.). Obtenido de Concepto de persona discapacidad: http://www.derechoshumanos.org.mx/modules.php?name=Content&pa=showpage

Ley 1098 de 2006, Codigo de Infancia y Adolecencia (Colombia, Congreso De Colombia). Recuperado el 23 de Enero de 2019, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm

Ley 12 De 1991, "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989" (Congreso de Colombia 22 de Enero de 1991). Recuperado el 10 de Enero de 2019, de https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-12-de-1991.pdf

Ley 7 de 1979, Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. (Congreso de Colombia 24 de Enero de 1979). Recuperado el 15 de Enero de 2019, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0007_1979.htm

Naranjo, F. (2003). *La Adopción, Derecho Civil, Personas y Familia.* . Medellín: Ed.Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

Suarez, F. R. (2006). *Derecho de Familia.* Bogota: Editorial Temis S.A.

Vallejo, J. A., Hernández, R. I., & Posso, R. A. (2016). *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos.* Recuperado el 23 de Marzo de 2019, de http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a02.pdf

Vela, C. C. (2015). *DEL CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: UN ESTUDIO COMPARADO EN AMÉRICA LATINA.* Universidad Católica de Colombia. Recuperado el 19 de Marzo de 2019, de https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2746/1/DEL%20CONCEPTO%20JURIDICO%20DE%20FAMILIA.pdf

Vélez, R. J. (2012). *LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA: HISTORIA, MITOS Y BONDADES.* Universidad de Manizales . Recuperado el 13 de Abril de 2019, de http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/2645/Velez_Robledo_Maria_Jose_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y