RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	Liliana Uron Rincón Código: 250481 Carlos Mario Álvarez Santa Código: 250354
FACULTAD	**Facultad de educación, artes y humanidades**
PLAN DE ESTUDIOS	**Derecho**
DIRECTOR	Ana Camila Peñaranda Guerrero
TÍTULO DE LA TESIS	**La adopción post mortem como mecanismo de protección de los derechos patrimoniales y de estado civil de los niños, niñas y adolescente en Colombia**
TITULO EN INGLES	Post-mortem adoption as a mechanism for the protection of property rights and civil status of children and adolescents in Colombia

RESUMEN
(70 palabras)

La monografía describe un vacío normativo que existe en Colombia frente a la figura de la adopción post mortem. Bajo este escenario, el planteamiento de la monografía busca exponer la necesidad de implementar este mecanismo en Colombia, en relación con la protección de los derechos patrimoniales y del estado civil del menor.

RESUMEN EN INGLES

The monograph describes a normative vacuum that exists in Colombia regarding the figure of post-mortem adoption. Under this scenario, the approach of the monograph seeks to expose the need to implement this mechanism in Colombia, in relation to the protection of the patrimonial rights and the civil status of the minor.

PALABRAS CLAVES	Adopción, post mortem, derechos patrimoniales, estado civil
PALABRAS CLAVES EN INGLES	Adoption, post mortem, property rights, marital status

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 48	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:

La adopción post mortem como mecanismo de protección de los derechos patrimoniales y de estado civil de los niños, niñas y adolescente en Colombia

Liliana Uron Rincón Código: 250481

Carlos Mario Álvarez Santa Código: 250354

Facultad de educación, artes y humanidades, Universidad Francisco de Paula Santander Seccional Ocaña

Ana Camila Peñaranda Guerrero

Abogada

Programa de Derecho

06 de junio del 2022

Índice

Capítulo 1. Adopción como mecanismo de protección jurídica para los menores de edad en Colombia 6

1.1 Antecedentes jurídicos 6

1.2 Aportes de la Corte Constitucional frente al desarrollo de la adopción en el ordenamiento jurídico colombiano 12

Capítulo 2. Prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes analizada desde el rango constitucional, legal y jurisprudencial colombiano .16

Capítulo 3. La adopción post mortem y principio de prevalencia e interés superior del menor en Colombia. Debate jurídico 21

3.1 La adopción post mortem en otras legislaciones 21

3.1.1 Tratamiento legal en el derecho francés de la adopción post mortem. 21

3.1.2 Tratamiento legal en el derecho alemán de la adopción post mortem. *22*

3.1.3 Tratamiento legal en el derecho español de la adopción post mortem. *23*

3.1.4 Tratamiento legal en el derecho argentino de la adopción post mortem. *24*

3.2 La adopción post mortem en bajo el marco normativo colombiano 24

3.3 Criterios para la implementación de la adopción post mortem en Colombia 27

3.4 Propuesta 36

Conclusiones 38

Referencias 40

Lista de figuras

Figura 1. Total de Familias Residentes en Colombia y en el Exterior que se Encuentran en Lista de Espera IAPAS. 33

Introducción

El escenario del derecho es amplio y cambiante, que permea cada una de las disciplinas que buscan regular las relaciones del hombre en sociedad. Bajo este contexto, el derecho civil, privado o de familia, comprende nuevos acontecimientos en relación con esas formas de concebir familia, introduciendo en el marco jurídico la adopción como una modalidad de estas, y que se encuentra ampliamente reconocido en el marco legal y bajo la premisa de la protección al vínculo familiar de la que habla el artículo 44 de la Carta Política.

La adopción es una figura de origen antiguo, y que se enmarca en la protección de los derechos del menor, en relación con su derecho a tener una familia y a gozar de los derechos que se adquieren bajo este vínculo, como son de índole herencial, patrimonial y civil. Sin embargo, Colombia, se encuentra estancada en la evolución de dicha figura, a partir de las nuevas concepciones modernas de las familias, como lo es la adopción de parejas homosexuales, y también la figura de la adopción post mortem, concebida en otras legislaciones como un mecanismo de protección de los menores de edad en cuanto a sus derechos patrimoniales y de estado civil.

Al respecto, la Ley 1098 de 2006, contempla que el fallecimiento del solicitante conlleva la terminación anticipada del proceso. Cuando se trata de una pareja, el sobreviviente podrá optar por desistir de la solicitud o por continuar con la misma, caso en el que la adopción solo surtirá efectos frente a este último. (Ley 1098 de 2006)

Bajo este escenario, el planteamiento de la monografía busca exponer la necesidad de implementar este mecanismo en Colombia, en relación con la protección de los derechos patrimoniales y del estado civil del menor.

Para lograr la meta de la propuesta, se han establecido varios aspectos de estudio dentro de los cuatro capitulo que se proponen:

El primero se enmarca en un desarrollo doctrino-jurídico de la adopción en Colombia, planteando antecedentes a nivel internacional, el desarrollo normativo en Colombia, los criterios emitidos por las Altas Cortes y que revisten importancia para la monografía, y demás componentes que permitan la construcción del mismo.

Seguidamente, es importante desarrollar un capítulo en el que se aborden los principios de prevalencia e interés superior de los menores en Colombia, su marco legal, constitucional y jurisprudencial.

En el tercer capítulo proponemos el desarrollo de la figura de la adopción post mortem en el derecho comparado, de donde surgirán los aportes al desarrollo del problema jurídico y el ultimo capitulo se desarrollara la temática del problema jurídico y su respuesta.

La monografía atiende al desarrollo de un escenario metodológico con aplicación del método exegético jurídico.

Capítulo 1. Adopción como mecanismo de protección jurídica para los menores de edad en Colombia

1.1 Antecedentes jurídicos

La institución de la adopción analizada desde el contexto del derecho colombiano ha tenido diferentes enfoques conforme a cada época de la historia. Una de estas épocas, es la Colonia, donde emergieron dos regímenes legales que regulaban esta figura. El primero de ellos, denominado como Fuero Real, en el que se hace referencia a la adopción como un acto solemne. El segundo, se enmarco en el Código de Las Siete Partidas, donde se denominó a la adopción como prohijamiento, cuya finalidad era el reconocimiento legal de la relación de paternidad y de filiación civil, que se deriva del vínculo entre el adoptante y el adoptado, siendo dichos lineamientos muy similares al precedente romano. (Vélez, 2018)

En la época de la República y el periodo independentista de la Corona Española, se promulgó la Constitución Política de 1821, que le otorgo al cuerpo legal de esa época vigor y fuerza que habían regido hasta el momento, siempre que no fueran en contravía de la norma superior y las normas que expidiera el Congreso. Desde esta óptica, cada Estado soberano se comenzó a organizar su propio conjunto de normas y en materia de adopción las normas vigentes del régimen español, seguían regulando lo relacionado con la adopción, teniendo en cuenta que el Congreso no había expedido ninguna normatividad al respecto. (Vélez, 2018)

Posteriormente, en el interior de cada Estado se comenzaron a expedir normas relacionadas con el derecho civil, regulándose algunas reglas respecto a la adopción.

Ejemplo de ello, es el Código Civil de Cundinamarca, que se convirtió en la ruta a seguir para los demás Estados, siendo este un modelo de lo expedido en el Código Civil Chileno, incluyéndose algunas variaciones, entre las cuales se encontraba la adopción, figura que en el Código de Andrés Bello se omitió, debido a que este no era partidario de dicha figura. En efecto, entonces fueron los diputados del Estado de Cundinamarca los encargados de consagrar en la legislación civil, la adopción. (Vélez, 2018)

La disposición legal emanada en el Código de Cundinamarca planteo facultar al adoptado para que usara los apellidos del adoptante, expresándose esta situación en la escritura de la adopción. Así mismo, limito el tema de heredar, estableciendo como requisito la solemnidad del testamento y finalmente se dispuso que el adoptado conservaba sus obligaciones y derechos respecto a su familia de origen. (Toro, 2019)

Con posterioridad se expidió el Código Civil de la Unión, basado en el modelo del Código de Cundinamarca, y que fue pensado en regular de manera unánime todos los Estados. Sin embargo, fue la proclamación de Colombia como una República Unitaria, la que llevo a que se adoptará el Código Civil de 1873, a través de una ley en 1887.

En la nueva disposición legal, la adopción adquirió la definición de prohijamiento de una persona o la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza", definiendo a su vez a los que en ella intervenían como padre o madre e hijo adoptivo o adoptado. (Vélez, 2018)

De esta forma se puede evidenciar como las normas jurídicas han estado enmarcadas en regular requisitos explícitos para que se pueda llevar a cabo la adopción, tanto para los adoptantes como para los adoptados. En este contexto, se configuro la adopción bajo el mismo régimen de derechos y obligaciones, que se había expedido para los hijos y padres legítimos, sin que estos trascendieran a otros familiares y terminaba con la muerte del adoptado o adoptante.

Frente a la connotación de los derechos herenciales, se tuvo en dicha norma, que el hijo adoptado podía heredar de su padre, siempre y cuando se cumpliese con la solemnidad del testamento, en caso en el que no existieran ascendientes. Con la existencia de estos, se tenía derecho solo a la décima parte de los bienes; se establecía también que el adoptante no podía ser heredero del adoptado. (Toro, 2019)

A partir de las disposiciones legales emanadas en el Código Civil, el Congreso de la República promulgó la Ley 140 de 1960, que introdujo en el orden jurídico, importantes modificaciones en materia de adopción. En este sentido, se permitió que los adoptantes tuviesen hijos, antes y después de la adopción, se ampliaron las garantías en relación con os derechos hereditarios, toda vez que el Código Civil era bastante limitante en este sentido, se regulo que los hijos adoptivos continuarían perteneciendo a la familia de origen, lo que se conoce como adopción abierta, se estableció que el trámite de la adopción se realizaría mediante notarias, contando con la licencia judicial que otorgaba el juez. (Ley 140 de 1960)

Bajo el amparo de la Ley 75 de 1968, el Congreso de la República extendió a los jueces de menores la competencia para entregarlos mediante la figura de la adopción. (Ley 75 de

1968)Más adelante, se promulgo la Ley 5 de 1975, que introdujo nuevos cambios al régimen de la adopción, toda vez que se dejó atrás la visión de una figura contractual, convirtiéndose en una relación surgida bajo el respaldo jurídico de una sentencia judicial que conlleva a la suscripción en el registro civil de las partes involucradas. Dentro de esta citada norma se establecieron las diferencias entre la adopción simple y la adopción plena.

Seguidamente, surgieron nuevos cambios a la regulación legal de la adopción en Colombia, mediante la expedición del Decreto 2737 de 1989, otorgándole a esta figura un nuevo sesgo jurídico, como medida de protección. El Código del Menor, además elimino del ordenamiento jurídico la figura de la adopción simple, regulo lo relacionado con el procedimiento para la adopción por parte de extranjeros y prohibió la práctica de entregar a los hijos en adopción a personas determinadas, por parte de los padres biológicos.

De esta forma, el recorrido histórico anunciado a lo largo de este apartado, permite avizorar que la adopción, ha adquirido una connotación moderna, partiendo del devenir propio de la sociedad, donde el derecho como una ciencia cambiante, se ha venido adaptando a los cambios sociales. Conforme a lo expuesto, las normas jurídicas citadas en el marco de los antecedentes legislativos de la adopción en Colombia, sustentan inicialmente una posición del legislador restrictiva, enmarcada en la imitación del modelo romano, donde nace la figura del prohijamiento, y que fue implantada en la legislación civil de América Latina, con el Código de Andrés Bello y el Código Civil colombiano.

Las primeras normas, es decir, el Código de Cundinamarca y de la Unión, sostuvieron una posición jurídica muy similar, exponiendo una figura limitativa en materia de derechos, obligaciones y deberes entre los adoptantes y adoptados. Conforme se promulgaron nuevas posiciones del legislador, la figura se comenzó a adaptar a los cambios sociales, y a constituir en una institución garante los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, nuevamente el órgano legislativo fijo cambios y modificaciones en materia de adopción, otorgándole una protección especial a la institución de la familia, en el marco del artículo 5 reconociéndola como la institución básica de la sociedad y desarrollado bajo las disposiciones del artículo 42, constituida por vínculos naturales y jurídicos.

En dirección de lo normado por la Constitución Política de 1991, se promulgó la Ley 1098 de 2006, donde se afirma que "la adopción, es principalmente y por excelencia, una medida de protección", toda vez que una vez agotado su procedimiento legal, no solamente le concede al menor definir su situación legal, sino también afectiva. Conforme a lo expuesto, dicha institución le permite al adoptado la materialización de su derecho a tener una familia, tal como lo ha dispuesto la Carta Magna en el artículo 44, garantizándose el desarrollo del infante en un ambiente armónico e integral, bajo el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales y la protección jurídica del Estado, la sociedad y la familia. (Const. Art. 44)

El Código de Infancia y Adolescencia, algunas disposiciones del Código Civil y la Constitución Política, son actualmente el marco jurídico a seguir en materia de adopción en Colombia.

Bajo el régimen de la Ley 1098 de 2006 se regula la adopción en dos partes. La primera a partir del articulo 61 hasta el 78, donde a manera general se establece la definición, la autoridad central, los requisitos, los efectos jurídicos de la sentencia de adopción, la solidaridad familiar, la adopción de mayores de edad y de niños, niñas y adolescentes indígenas, la prelación de adoptantes de nacionalidad colombiana, la adopción para extranjeros, el programa de adopción, la prohibición del pago, la reserva, los derecho del adoptado de conocer su origen, el sistema de restablecimiento de derechos; y los requisitos de acreditación para los organismos o agencias que presten servicios de adopción internacional. (Ley 1098 de 2006, Art. 61 a 78)

Desde el artículo 124 al 128 de la Ley 1098 de 2006, el órgano legislativo implemento el proceso judicial de la adopción en Colombia. En dicho articulado, el legislador asigno competencia para el conocimiento de los procesos de adopción, los requisitos adicionales a los adoptantes extranjeros, las reglas especiales para el procedimiento de adopción; la seguridad social de los adoptantes y adoptivos; y los requisito para la salida del país de los adoptantes.

Del examen anterior, se puede concluir que con la expedición de la Ley 1098 de 2006, el conjunto de principios y reglas jurídicas de protección a la niñez y la adolescencia cambio trascendentalmente, a partir de la terminología, la filosofía de la norma, enmarcada siempre en el

principio de corresponsabilidad, del interés superior del niño y de la prevalencia de sus derechos sobre los de los demás

1.2 Aportes de la Corte Constitucional frente al desarrollo de la adopción en el ordenamiento jurídico colombiano

La Corte Constitucional es la institución catalogada por ser quien ejerce el control y la vigilancia del cumplimiento de la Constitución Política en el territorio nacional. De su análisis, no es ajena la institución de la adopción, donde se han fijado bajo sus pronunciamientos, algunos criterios que aportan al desarrollo de esta figura en concordancia con las disposiciones de la Carta Magna.

En este sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado los siguientes criterios:

Sentencia T- 510 de 2003: afirma la Corte Constitucional que en los casos en que se presenten conflictos entre los derechos de los progenitores y de los menores, siempre prevalecen los derechos del menor, conforme al principio de interés superior del menor, consagrado en la Constitución Política de 1991. En referencia a conclusión de la Corte, se afirmó que no tiene validez en Colombia, el consentimiento de una madre para dar en adopción al hijo que no ha nacido, toda vez que en esas circunstancias no pueden ejercer libre y autónomamente, en forma plena, su voluntad. (Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003)

Sentencia T-844 de 2011: asegura la Corte Constitucional que la adopción es un acto irrevocable, toda vez que su finalidad es la de prodigar al niño, niña y adolescentes en un núcleo

familiar, por lo que es inadmisible que una vez terminado el proceso, se pueda volver sobre ella. (Corte Constitucional, Sentencia T-844 de 2011)

Reiteró el Alto Tribunal que la adopción encuentra su fundamento en el marco de garantías constitucionales fundamentales que la Constitución Política de 1991 ha reconocido a los niños, niñas y adolescentes.

Sentencia T-212 de 2014. Bajo esta providencia la Corte Constitucional aseguro que 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. (Corte Constitucional, Sentencia T-212 de 2014)

Sentencia SU 617 de 2014. La Corte Constitucional analizo la solicitud de adopción de una mujer lesbiana. En la unificación de criterios, la Corte concluyó que la orientación sexual o el sexo de la pareja no es un impedimento para que se pueda ejecutar el proceso de adopción administrativo consentido. Afirma el Alto Tribunal de conformidad con el numeral 5 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, el cónyuge o compañero permanente podrá adoptar al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. (Corte Constitucional, Sentencia SU-617 de 2014)

Sentencia C-071 de 2015. En el análisis de constitucionalidad que llevo a cabo la Corte Constitucional mediante esta sentencia, se declaró la exequibilidad de los artículo 64, 86 y 68 de la Ley 1098 de 2006 y el 1 de la Ley 54 de 1990, concluyendo que las parejas del mismo sexo solo podrán adoptar cuando la solicitud se haga sobre el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Afirmo taxativamente que:

> Con referencia a la adopción complementaria o por consentimiento (núm. 5a del art. 64, art. 66 y núm. 5ª del art. 68 de la Ley 1098 de 2006), la Corte sostuvo que cuando el Estado se abstiene de reconocer las relaciones familiares entre niños que tienen una única filiación, y el compañero(a) permanente del mismo sexo de su progenitor, con el (la) que éste último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor de 18 años, pueden verse comprometidos los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En estos eventos, la falta de reconocimiento jurídico del vínculo familiar, amenaza el derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 44 de la Constitución a no ser separados de su familia. (Corte de Constitucional, Sentencia C-071 de 2015)

Sentencia C-683 de 2015. Bajo el análisis de esta providencia, la Corte Constitucional cambio su tesis en materia de la exequibilidad de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, declarando la condicionalidad. La sentencia reviste gran importancia en el escenario jurídico, porque surte nuevos efectos jurídicos en materia de adopción. Al respecto, la Alta Corporación concluido que impedir la adopción de un niño por una pareja del mismo sexo, configura una restricción a que goce de una familia, contrario a su interés superior. (Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015)

Respecto al trámite de la adopción, aseguro que este debe estar enfocado a garantizar el interés superior del niño y el restablecimiento de sus derechos, “será deber del Estado verificar en cada caso si se cumplen los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y la idoneidad de la familia adoptante, de tal forma que esta brinde la estabilidad socioeconómica y un ambiente de respeto, amor y bienestar para el menor”. (Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015)

Capítulo 2. Prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes analizada desde el rango constitucional, legal y jurisprudencial colombiano

La protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en el escenario internacional, subyace en varios instrumentos adoptados en la legislación colombiana. El primero de ellos se expidió en 1924 denominado como la Declaración de Ginebra adoptada por la Sociedad de las Naciones Unidas. Posteriormente, con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se plasmó el derecho de la infancia.

Sin embargo, fue con la promulgación de la Declaración de los Derechos del Niño, que se establecieron compromisos enfocados hacia la materialización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de donde se desglosa el principio de interés superior del niño.

La Declaración afirma que "(...) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

En el marco de las herramientas internacionales, la expedición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptada en el cuerpo legal interno, mediante la Ley 74 de 1968, dispone que los derechos de los niños, son responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado. De otra parte, El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, contempla una cláusula de especial protección a la niñez y la adolescencia.

En contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se promulgó la Convención Americana de Derechos Humanos inducida al orden jurídico interno mediante la Ley 16 de 1972, reconociendo los derechos de especial protección para los niños, niñas y adolescentes.

La observación General Número 14 del Comité de los Derechos del Niño, en el artículo 3, dispuso que el interés superior s los niños fuese una consideración primordial, reconociendo a este principio una triple dimensión.

La primera dimensión, reconoce este principio como un derecho sustantivo, tal como se dispone en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención disponiendo la obligación intrínseca que tienen los Estados, de aplicar directamente dicho principio.

La segunda dimensión, es como un principio jurídico interpretativo fundamental.

Y la tercera dimensión es como una norma de procedimiento, porque implica que las decisiones que se tomen deberán estimar las posibles repercusiones en los niños, niñas y adolescentes interesados.

En Colombia, las antes descritas herramientas internacionales han sido implantadas en el cuerpo legal interno, previo a la promulgación de la Constitución Política de 1991. No obstante, la expedición de la Carta Magna, transformó la protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndose en el Estado Social de Derecho un mayor compromiso por la niñez y la adolescencia, y la atribución de sus derechos dentro del catálogo de derechos constitucionales fundamentales, propios de una protección especial por parte de los operadores judiciales y el Estado colombiano.

El artículo 44 de la Constitución Política señala taxativamente algunos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, y hace extensivos otros dentro de la Carta Política, así como en las leyes y en los tratados internacionales que se han adoptado en Colombia. Así mismo, se expresa dentro de dicho artículo, que "*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*, siendo este el fundamento constitucional del principio denominado *"interés superior del menor"*.

En el marco normativo, la Ley 1098 de 2006, expresa dentro del artículo 8 el reconocimiento del principio de interés superior que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes". (Congreso de Colombia, Ley 1098 de 2006, Art. 8)

Desde la visión jurisprudencial, la Corte Constitucional ha extendido el análisis del principio de prevalencia de derechos e interés superior de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. Al respecto, mediante la Sentencia T-587 de 1997, afirmo que el interés superior del menor no es una clausula vacía susceptible de amparar cualquier decisión, sino que se refiere a que la decisión deberá ser debidamente justificada en nombre del principio y ajustarse a cuatro condiciones básicas como son:

> 1) En primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y sicológicas;

> 2) En segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo;
>
> 3) En tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio;
>
> 4) Por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor". (Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1997)

Es decir, que el principio de interés superior no es un principio que rige caprichosamente o para atentar contra los derechos de los demás, sino que se sustenta en el marco de disposiciones vinculantes internacionales, la Constitución Política y las normas vigentes, y que se sostiene bajo el argumento de que las decisiones que se tomen y que involucren derechos de la niñez o la adolescencia, deberán ser debidamente justificados en derecho y cumplir con los cuatro criterios antes descritos.

En torno a lo expuesto, afirma la Corte Constitucional que el contenido de este principio es de naturaleza real y relacional y que sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”. (Corte Constitucional, Sentencia T-503 de 2003)

En síntesis, el principio de interés superior del menor, se fundamenta en una serie de condiciones jurídicas y fácticas. Las primeras hacen referencia a pautas fijada en el ordenamiento y que buscan promover el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, bajo el marco de la Constitución Política en el artículo 44 que obliga al Estado, la sociedad y la familia a proteger al niño y garantizar su desarrollo armonioso y el pleno ejercicio de sus derechos. Las prerrogativas del artículo 44 superior se justifican en reconocer como fundamentales los derecho a la vida, la salud, la integridad física, la seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión.

Las condiciones jurídicas, además, implica la protección del Estado, la familia y la sociedad de riesgos prohibidos, como son el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas, en armonía con el mandato del artículo 44 de la Constitución Política. Así mismo, será obligación la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, haciendo referencia a las obligaciones de los padres en la crianza, la educación y la formación en valores y principios.

Sobre las condiciones fácticas, son circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar, y que dependerán de cada caso específico. . Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares *"*la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión".

Capítulo 3. La adopción post mortem y principio de prevalencia e interés superior del menor en Colombia. Debate jurídico

3.1 La adopción post mortem en otras legislaciones

La adopción post mortem o póstuma es definida por la Real Academia de la Lengua Española como aquella que se produce después del fallecimiento de uno de los cónyuges pero habiendo expresado su voluntad y consentimiento previo al fallecimiento. (Diccionario Panhispanico del español juridico , 2021)

Partiendo de que es una modalidad atípica, no existe un estudio amplio de la doctrina, por lo que se han tomado algunas acepciones de artículos o investigaciones jurídicas de otros países.

En Chile, se define como aquella adopción que tiene lugar con posterioridad al fallecimiento de uno de los solicitantes, siempre y cuando se haya tramitado o iniciado el trámite, y el cónyuge fallecido hubiese establecido la manifestación de su voluntad de adoptar conjuntamente con el cónyuge sobreviviente. (Vergara, 2011)

3.1.1 Tratamiento legal en el derecho francés de la adopción post mortem.

En el Código Civil francés se regula la adopción post mortem, desde la posición del fallecimiento del adoptante o del adoptable. Para el legislador francés la adopción post mortem es una institución excepcional que tiene como finalidad atender razones humanitarias y de dar cumplimiento a la voluntad de constituir la adopción. No obstante, es claro que el fin principal de

la adopción que es la constitución de una familia, no se cumple. El trámite se surte tal como se ha expuesto en la definición de esta figura, es decir que si el adoptante falleciese, entonces el cónyuge supérstite o uno de los herederos del adoptante presentaran la solicitud en su nombre.

> El Código Civil francés en su artículo 353, señala que Si el adoptante fallece, después de haber acogido regularmente al menor con vistas a la adopción, la solicitud puede ser presentada en su nombre por su cónyuge supérstite o por uno de los herederos del adoptante".

Como novedad de la situación jurídica de la adopción post mortem en Francia, se encontró que aun cuando el adoptante no presentare una expresión clara de su consentimiento frente a la adopción, si existe un acogimiento pre adoptivo por pare de los cónyuges, se legitimara para la adopción tanto el cónyuge supérstite como a los herederos del adoptante muerto. (Brena, 2004)

De otra parte cuando es el adoptado quien fallece, si este fue acogido pre adoptivamente, se podrá presentar la solicitud de adopción, produciendo efectos solo en estado civil, mas no producirá efectos patrimoniales.

3.1.2 Tratamiento legal en el derecho alemán de la adopción post mortem.

Por lo que respecta al derecho alemán, este régimen restringe la posibilidad de adoptar al menor de edad, con posterioridad a la muerte de este, toda vez que con la muerte del adoptado, el

trámite pierde todo sentido. En cambio, referente a la muerte del adoptante, se permite la tramitación de dicha adopción, siempre que se hubiese iniciado el trámite o se hubiera encomendado en un documento notarial la solicitud.

3.1.3 Tratamiento legal en el derecho español de la adopción post mortem.

En España, el legislador permite la adopción póstuma fundamenta en razones humanitarias, y que se debe respetar la última voluntad declarada del fallecido para constituir la adopción. En los casos en los cuales el adoptante manifieste su consentimiento, deberá el juez dictar una resolución judicial, bajo la cual reconozca y constituya la adopción. A diferencia del derecho francés, en España es requisito esencial que el menor haya sido acogido previamente por parte de los cónyuges.

Como novedad de lo que ocurre en el derecho español, encontramos que la adopción post mortem procederá siempre y cuando el juez evidencie que existe un beneficio al interés del adoptado.

En la legislación española, la adopción post mortem se encuentra regulada en el artículo 176.4 del Código Civil, y se consagra esta modalidad, solo cuando el adoptante fallecido hubiera manifestado ante un juez su voluntad o este se hubiese dejado plasmado en un documento público o un testamento.

3.1.4 Tratamiento legal en el derecho argentino de la adopción post mortem.

Esta modalidad de adopción se regulo en la legislación civil argentina bajo el artículo 605 del CCC, donde se establece la adopción conjunta con uno de los adoptantes fallecidos, para así establecer que la adopción pueda ser otorgada al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja.

De acuerdo con el legislador argentino, el trámite de la adopción post mortem permite garantizar el principio del interés superior del niño, así como el derecho a la identidad, protección integral de la familia y los vínculos filiales. Al respecto se deberán cumplir como requisitos que:

Que se haya cumplido el plazo de guarda con fines adoptivos,

Que esa guarda haya sido conferida en cabeza de ambos miembros del matrimonio o de la unión, y

Que se cumpla con el requisito de la idoneidad.

3.2 La adopción post mortem en bajo el marco normativo colombiano

La adopción tal como se estudió en el primer capítulo, goza de una amplia evolución jurídica, partiendo de sus primeras disposiciones en la época de la Colonia hasta la actualidad, cuando es la Ley 1098 de 2006, la encargada de su regulación.

Según el legislador colombiano la adopción es una institución jurídica recocida como una medida de protección por excelencia que tiene como finalidad el restablecimiento de los

derechos de los niños, niñas y adolescentes, en los casos en que dichos derechos, se ven amenazados, vulnerados o en riesgo.

El Código de Infancia y Adolescencia, preceptúa en el artículo 68, los requisitos para poder adoptar. Estos son:

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. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.

2. Los cónyuges conjuntamente.

3. <Aparte en itálica CONDICIONALMENTE exequible> Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.

4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.

> 5. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.
>
> Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. (Ley 1098 de 2006, Art. 68)

En síntesis, en Colombia se encuentran legitimados para adoptar, las personas capaces, que sean mayores de 25 años de edad, que el adoptable tenga 15 años menos que este, y que se garantice la idoneidad física, mental, moral y social para poder brindarle estabilidad y desarrollo integral al menor de edad.

Respecto a las reglas especiales del procedimiento de la adopción, la Ley 1098 de 2006, en el artículo 126 modificado por el artículo 11 de la Ley 1878 de 2018, disponiendo que:

> 3. Terminación anticipada del proceso. Cuando falleciere el solicitante de la adopción antes de proferirse la sentencia el proceso terminará. Si la solicitud de adopción fuere conjunta y uno de los adoptantes falleciere antes de proferirse la sentencia, el proceso continuará con el sobreviviente si manifiesta su intención de persistir en ella, caso en el cual la sentencia que se profiera solo surtirá efectos respecto de este; en caso contrario el proceso terminará. (Ley 1878 de 2018, Art. 11)

Bajo dichas disposiciones jurídicas, es evidente que la legislación colombiana no ha admitido dentro de su ordenamiento la figura de la adopción post mortem, eliminado cualquier argumento jurídico, al momento de aplicar la misma. La Ley 1098 de 2006 establece que la muerte de uno de los cónyuges, es una causal de terminación anticipada del trámite de la adopción, a excepción claro está, de que el cónyuge supérstite manifiesta su intención de mantener en pie la solicitud, situación en la que la sentencia judicial tendrá efectos respecto a este cónyuge, sosteniéndose el legislador en impedir la adopción post mortem o póstuma.

De la misma forma, es la Ley 1098 de 2006, en su artículo 126 quien establece la terminación anticipada del proceso, donde se establece nuevamente la prohibición de esta modalidad.

Por tales razones, conforme lo establece las disposiciones de la Ley 1098 de 2006, en Colombia no se reconoce la figura de la adopción post mortem.

3.3 Criterios para la implementación de la adopción post mortem en Colombia

La adopción es una figura enmarcada legislativamente en Colombia, bajo la Ley 12 de 1991, pero que ya se encontraba desarrollada en normas como la Ley 7 de 1979, donde nace el Sistema Nacional de Bienestar Familiar como servicio público a cargo del Estado para la protección de la niñez y la familia.

Más adelante mediante el Decreto 2737 de 1989, se implementa el Código del Menor, enmarcado en 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. (Decreto 2737 de 1989)

Con la entrada en vigencia de las nuevas exigencias de la Constitución Política de 1991, se plantea la necesidad de un nuevo Código del menor, para lo cual se promulga la Ley 1098 de 2006, y estableciendo en materia de adopción que:

> **Artículo 68. Requisitos para adoptar.** 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. (Ley 1098 de 2006)

Sobre su finalidad, ha expuesto la Corte Constitucional que:

> "La finalidad de la adopción es la de crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de la sangre." (Corte Constitucionall, Sentencia C- 562 de 1995)

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C- 814 de 2001 determinó que la figura de la adopción se enmarca en un procedimiento del cual nace una relación legal entre personas que biológicamente no lo tienen. Del mismo, se derivan consecuencias inmediatas en la relación del padre o madre a hijo.

> Y a través de la incorporación del adoptado a la familia del adoptante, se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor de cuya eficacia el primer responsable es el padre. Por eso, la ley define la adopción como una "medida de protección" que se establece en favor del menor. (Corte Constitucional, Sentencia C- 814 de 2001)

Sin embargo, tal como lo confirma el Instituto de Bienestar Familiar en el Concepto

> La legislación colombiana no consagra la figura de la adopción *post mortem*. Incluso, la Ley 1098 de 2006 contempla que el fallecimiento del solicitante conlleva la terminación anticipada del proceso. Cuando se trata de una pareja, el sobreviviente podrá optar por desistir de la solicitud o por continuar con la misma, caso en el que la adopción solo surtirá efectos frente a este último. (Instituto de Bienestar Familiar, Concepto ICBF No 014)

Los criterios ya citados, dan argumento para propiciar la pregunta ¿Cuáles serían los criterios legales y jurídicos que bajo el principio de la prevalencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes permitiría la implementación de la adopción post mortem en Colombia?

Conforme se ha expuesto la adopción es una figura que persigue por excelencia el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuando subyacen situaciones que conlleven a un grave riesgo de vulneración o amenaza de estos. Como enmienda jurídica principal, el ordenamiento jurídico ha dispuesto que la adopción tenga como fin que el menor,

pueda crecer y desarrollarse en un ambiente sano y armonioso, en el cual se le materialice el calor de un hogar y la figura de una familia.

El legislador colombiano ha expresado taxativamente que la adopción es una institución de protección con carácter extremo e irrevocable en el cual se buscan asignar una nueva familia al menor, con los mismos derechos y obligaciones de la familia biológica. Es extrema por cuando rompe los vínculos paterno filiales con su familia de origen y de vida a nuevos vínculos civiles con la familia adoptante.

Conforme lo establece la Ley 1098 de 2006, la procedencia de la adopción se da con la declaratoria de adoptabilidad, el consentimiento de los padres biológicos o con la autorización del defensor de familia.

Sin embargo, bajo ninguna circunstancia permite que se configuren los efectos jurídicos que conlleva la adopción póstuma, que se enmarcan en establecer derechos patrimoniales y en el estado civil, al reconocer la filiación civil con el adoptable.

No obstante, es preciso establecer que la Constitución Política en el marco del artículo 44, reconoce que serán derechos fundamentales del menor tener una familia, un nombre, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y demás. Cuando se hace referencia al nombre, entonces se parte de que este se configura como un derecho fundamental, que debería garantizarse con la legitimación de la adopción post mortem en Colombia, tal como lo se ha tratado jurídicamente en la legislación española, francesa, alemana y argentina, donde procede esta figura, garantizándose

que el adoptante cumpla su última voluntad de reconocer y heredar bienes materiales e inmateriales al menor y del menor al reconocimiento del vínculo filiar con el fallecido.

> El artículo 14 de la Constitución, con fundamento en el cual se ha reconocido la vigencia de un derecho al nombre de todas las personas, prescribe que "[t]*oda persona tiene derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*". Del mismo modo, el artículo 44 de la Carta Política indica que el nombre es un derecho fundamental de los niños. Dichas disposiciones, tal y como lo revela la práctica interpretativa de este Tribunal, deben ser analizadas a la luz del artículo 1° que reconoce el respeto de la dignidad humana como uno de los fundamentos del régimen establecido en la Constitución de 1991. (Corte Constitucional, Sentencia C-114/17)

> A su vez, el derecho de los niños a tener un nombre fue reconocido en la Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 7) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24). Por su parte, en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 18) se indicó, sin hacer alusión a ningún límite de edad, que "[t]*oda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos*". Dispuso además que "[l]a *ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario*". (Corte Constitucional, Sentencia C-114/17)

Sin embargo, cuando se afirma que existen criterios para la implementación de la adopción post mortem en Colombia, en relación con la prevalencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, es preciso invocar la Declaración de los Derechos del Niño, en la cual se

enmarca la materialización del derecho a la filiación, un nombre y de otra parte la protección jurídica que se le ha dado en el orden interno y externos a los derechos patrimoniales de quien voluntariamente decide solicitar la adopción y trasferir los derechos propios de esta figura con posterioridad a su muerte. Si bien es cierto, que el principal de una adopción es garantizar el derecho a una familia, la prevalencia de sus derechos y demás prerrogativas constitucionales en materia de derechos fundamentales, ejemplos como España, Alemania, Argentina y Francia evidencian como esta figura excepcional, permite garantizar el cumplimiento de la voluntad del causante y así mismo, garantizar la culminación de un proceso en el cual se le asignara una reconocimiento legal de un nombre y un apellido, como de heredar ciertos bienes.

> Conforme lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a un nombre constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad, ni registrada ante el Estado. En consecuencia, los Estados deben protegerlo, facilitar su registro y garantizar que "(…) *la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre*". Según la Corte "[*u*]*na vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido*". (Corte Constitucional, Sentencia C-114/17)

Esta situación se plantea, además de los argumentos jurídicos, en los cuales se sustenta el principio de prevalencia de los derechos fundamentales, también en la evidente experiencia de

países europeos y latinoamericanos, donde sin recato de usurpar el fin de la adopción, se permite que se adopte mediante la adopción póstuma o post mortem.

De otra parte, es preciso recordar, que en Colombia la problemática social que viven los menores de edad en cuanto al abandono y los procesos de selección para ser candidatos a adoptables, configura toda una osadía para los niños, niñas y adolescentes, por lo cual no debe ser el legislador, quien mediante argumentos como la terminación anticipada del proceso de adopción cuando uno de los cónyuges falleciere antes de proferirse la sentencia, permitiendo que solo quien sobrevive continúe con el proceso y surgiendo efectos solo sobre este. Es decir, que una vez ejecutada la adopción, el menor solo podrá llevar los apellidos y la filiación del adoptante sobreviviente e igualmente solo podrá heredar los bienes de este.

Al respecto, es preciso citar las estadísticas que presenta el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sobre las familiar en espera en proceso de adopción el año inmediatamente anterior.

Figura 1. Total de Familias Residentes en Colombia y en el Exterior que se Encuentran en Lista de Espera IAPAS.

Total de Familias Residentes en Colombia y en el Exterior que se Encuentran en Lista de Espera IAPAS.		
No.	**Observación**	**Numero de Familias en Lista de Espera.**
1	Residentes en Colombia.	62
2	Residentes en el Exterior.	96
TOTAL		**158**
Fecha del Informe: Al 31 de Diciembre de 2020.		

Fuente: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Las estadísticas expuestas evidencian desde una interpretación general, que las familiar en espera de un proceso de adopción finalizando el año 2020, son bastante bajas, cuando existen más de 4.334 niños están a la espera de un hogar. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar , 2021)

Bajo la exposición de argumentos anteriores, se puede deducir que Colombia claramente no contempla dentro de la normatividad para la adopción, la posibilidad de que dicho trámite sea finalizado con posterioridad a la muerte, garantizando la voluntad del fallecido de adoptar, toda vez que conforme a los criterios de la Ley 1098 de 2006 el fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja, pone fin al proceso de adopción, salvo que el cónyuge supérstite manifestará la intención de mantenerse en la solicitud, para lo cual la sentencia solo tendrá efectos sobre el padre adoptivo.

Al contemplar el derecho comparado, se evidencia que para el legislador colombiano, la adopción configura un mecanismo para que el menor pueda acceder a su derecho a una familia, y cada uno de los componentes que integran un núcleo familiar sano e integral. Sin embargo, la figura de la adopción, también permite que en muchas ocasiones se pueda garantizar otros derechos, y para el caso concreto, a pesar de no existir una regulación sobre el tema en Colombia, si es posible su aplicación a partir de las directrices internacionales, los componentes constitucionales y las demás normas que desarrollan el derecho a un nombre, personalidad jurídica y el derecho a un patrimonio, que en ocasiones no es posible otorgar por los padres biológicos, y que perfectamente se puede establecer a través de la voluntad del causante.

En Colombia el ámbito de las relaciones y las consecuencias jurídicas en el campo patrimonial respecto a los hijos adoptivos, a tenidos diferentes cambios operados por la misma evolución de la institución de la adopción. El sistema original del Código Civil, estableció que cuando el adoptante no tenía hijos legítimos, el adoptivo podría heredar solo por testamento, pero si este tuviese hijos legítimos, entonces el adoptivo solo podría tener derecho a la décima parte de los bienes.

Con la promulgación de la Ley 40 de 1960, se amplió el régimen de derechos herenciales para los hijos adoptivos. Permitiendo que este heredara hasta el 50% de lo que le correspondía a un hijo legítimo.

La llegada de la Ley 5 de 1975, permitió que el adoptado heredada al adoptante tal como lo hacía el hijo legítimo, mientras que el adoptado en forma simple concurría a la sucesión del adoptante con los derechos que se reconocían a los hijos naturales.

La expedición de la Ley 29 de 1982 se instituyo el derecho a heredar en igualdad de condiciones con los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

Conforme a lo expuesto, encontramos que los derechos herenciales para los hijos adoptivos en Colombia, ha venido evolucionando, garantizándose en el marco del derecho a la igualdad, que los hijos adoptivos tengan los mismos derechos, deberes y obligaciones de los hijos legítimos y extramatrimoniales.

De esta manera, si bien el legislador ya ha dispuesto estas precisiones en materia de protección del hijo adoptado, es preciso revisar la pertinencia en materia de la protección al derecho fundamental a un nombre y los derechos patrimoniales que surgen de la herencia del causante, de la figura de la adopción póstuma o post mortem.

3.4 Propuesta

Para efectos de lo anterior, y como el fin de la monografía es evidenciar la pertinencia de contemplar en el régimen jurídico colombiano de la adopción post mortem, se propone la modificación del artículo 126 de la Ley 1098 de 2006 que dispone actualmente:

> En los procesos de adopción se seguirán las siguientes reglas especiales: (…)
>
> 3. Terminación anticipada del proceso. Cuando falleciere el solicitante de la adopción antes de proferirse la sentencia el proceso terminará. Si la solicitud de adopción fuere conjunta y uno de los adoptantes falleciere antes de proferirse la sentencia, el proceso continuará con el sobreviviente si manifiesta su intención de persistir en ella, caso en el cual la sentencia que se profiera solo surtirá efectos respecto de este; en caso contrario el proceso terminará.

Para que se disponga que:

> En los procesos de adopción se seguirán las siguientes reglas especiales:

3. Terminación anticipada del proceso. Cuando falleciere el solicitante de la adopción antes de proferirse la sentencia y no haya manifestado su voluntad expresa de reconocer y suceder el proceso terminará. Si la solicitud de adopción fuere conjunta y uno de los adoptantes falleciere antes de proferirse la sentencia, habiendo expresado su voluntad de reconocer y suceder al hijo adoptivo, el proceso continuará con el sobreviviente si manifiesta su intención de persistir en ella, caso en el cual la sentencia que se profiera surtirá efectos respecto de ambos; en caso contrario el proceso terminará.

Conclusiones

El derecho romano ha sido una guía para la evolución de instituciones del derecho civil como la adopción, que ha venido en constante transformación en el orden interno del derecho colombiano. Como antecedentes se presentaron la Constitución de Cundinamarca, la Constitución de la Unión y la posterior promulgación del Código Civil, que ha sido modificado por una serie de normas jurídicas, para llegar a la vigente Ley 1098 de 2006, donde se promueven en el marco de la protección y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la adopción como figura por excelencia para la materialización y restablecimiento de los derechos de esta población.

La prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es un principio concebido en la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Política de 1991 y las diferentes normas, que rigen para la materialización de las disposiciones del artículo 44 de la norma superior. En el marco del principio de prevalencia, se deberá garantizar que los niños, niñas y adolescentes gocen de un nombre, una familia, un ambiente sano y armónico, educación, salud, cuidado, amor y demás.

Sin embargo, cuando se formula la pregunta. ¿Cuáles serían los criterios legales y jurídicos que bajo el principio de la prevalencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes permitiría la implementación de la adopción post mortem en Colombia? Se concluye que en Colombia se han adoptado los criterios legales para la implementación de la adopción post mortem, toda vez que se reconoce la prevalencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, invocando la disposición de la Declaración de los Derechos del Niño, en la cual se enmarca la materialización

del derecho a la filiación, un nombre y de otra parte la protección jurídica que se le ha dado en el orden interno y externo a los derechos patrimoniales de quien voluntariamente decide solicitar la adopción y trasferir los derechos propios de esta figura con posterioridad a su muerte. Si bien es cierto, que el principal de una adopción es garantizar el derecho a una familia, la prevalencia de sus derechos y demás prerrogativas constitucionales en materia de derechos fundamentales, ejemplos como España, Alemania, Argentina y Francia evidencian como esta figura excepcional, permite garantizar el cumplimiento de la voluntad del causante y así mismo, garantizar la culminación de un proceso en el cual se le asignará un reconocimiento legal de un nombre y un apellido, como de heredar ciertos bienes.

Referencias

Batero, G. V. (2019). *LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN, FRENTE A UNA NUEVA FAMILIA Y LA SOCIEDAD.* UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI. Recuperado el 2021, de https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/1388/LA%20ADOPCI%C3%93N%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Breña, S. I. (2004). *Algunas innovaciones en materia de adopción.* Enciclopedia Jurídica Mexicana. Recuperado el 2021, de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/8.pdf

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-804-09, Referencia: expediente D-7719 (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

Congreso de Colombia, Ley 1098 de 2006, Art. 8, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia... Recuperado el 20 de Febrero de 2020, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm

Const. Art. 44, Constitución Política de la República de Colombia. Recuperado el 01 de Febrero de 2021, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Convención sobre los Derechos del Niño (Organización de Naciones Unidas, ONU 1989). Recuperado el 15 de Febrero de 2020, de https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx

Corte Constitucional, Sentencia C- 814 de 2001, Referencia: expediente D-3378 (Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA). Recuperado el 01 de Octubre de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.htm

Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015, Referencia: expediente D-10371 (Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO). Recuperado el 2021, de https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-683-15.htm

Corte Constitucional, Sentencia SU-617 de 2014, Referencia: expediente T-2597191 (ala Plena de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ). Recuperado el 2021, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-212 de 2014, Referencia: expediente T-4.143.118. (Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ). Recuperado el 2021, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-212-14.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-503 de 2003, Referencia: expediente T-734730 (M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra). Recuperado el 10 de Febrero de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-503-03.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003, Referencia: expediente T-722933 (Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA). Recuperado el 2021, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-510-

03.htm#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20autonom%C3%ADa,menor%2C%20deber%C3%A1%20primar%20este%20%C3%BAltimo.

Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1997, Referencia: Expediente T-164386 (M. P. .Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). Recuperado el 20 de Febrero de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-587-98.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-844 de 2011, Referencia: expediente T-2.538.409 (Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB). Recuperado el 2021, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-844-11.htm

Corte Constitucional, Sentencia C- 562 de 1995, Ref.: Expediente D-952 (M.P. Jorge Arango Mejía.). Recuperado el 01 de Octubre de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-562-95.htm

Corte de Constitucional, Sentencia C-071 de 2015, Referencia: Expediente D-10315 (Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO). Recuperado el 2021, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm

Crespo, G. (2019). *"LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA".* Universidad de la Laguna. Recuperado el 2 de Octubre de 2020, de https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/15350/La%20Adopcion%20en%20Espana.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Declaración de los Derechos del Niño (Organización de Naciones Unidas 1959). Recuperado el 2021, de https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/

Decreto 2737 de 1989 (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA). Recuperado el 1 de Octubre de 2020, de https://www.oas.org/dil/esp/Decreto_2737_de_1989_Colombia.pdf

Decreto 2737 de 1989, "Por el cual se expide el Código del Menor" (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA). Recuperado el 2021, de https://www.oas.org/dil/esp/Decreto_2737_de_1989_Colombia.pdf

Diccionario Panhispánico del español jurídico. (2021). Obtenido de https://dpej.rae.es/lema/adopci%C3%B3n-p%C3%B3stuma#:~:text=Civ.,tr%C3%A1mite%20a%20nombre%20del%20fallecido.

Gamboa, M. Y., Lara, D. N., & Rojas, B. T. (s.f.). *EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD POR PARTE DE PAREJAS CON ORIENTACIÓN SEXUAL DIVERSA O DEL MISMO SEXO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, EN EL PERÍODO 2015-2017.* UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA. Recuperado el 2021, de https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11695/EVOLUCI%C3%93N%20DE%20LA%20ADOPCI%C3%93N%20DE%20MENORES%20DE%20EDAD%20POR%20PARTE%20DE%20PAREJAS%20CON%20ORIENTACI%C3%93N%20SEXUAL%20DIVERSA%20O%20DEL%20MISMO%20SEXO%20EN%20LOS%20PRONUNCIAMIE

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2021). Obtenido de https://www.noticiasrcn.com/nacional/adopcion-en-colombia-mas-de-4300-ninos-y-ninas-buscar-un-hogar-368993

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Estatuto Integral Del Defensor De Familia. Recuperado el 22 de Febrero de 2020, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/estatuto_defensor.htm

Instituto de Bienestar Familiar, Concepto ICBF No 014. Recuperado el 01 de Octubre de 2020, de https://www.icbf.gov.co/conceptos-no14-2020

Ley 1098 de 2006, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. (Congreso de Colombia). Recuperado el 01 de Octubre de 2020, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm

Ley 1098 de 2006, Art. 124 al 128 (Congreso de Colombia). Recuperado el 2021, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Ley 1098 de 2006, Art. 61 a 78 (Congreso de Colombia). Recuperado el 2021, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Ley 1098 de 2006, Art. 68 (Congreso de Colombia). Recuperado el 2021, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm#68

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). Recuperado el 1 de Octubre de 2020, de https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-12-de-1991.pdf

Ley 140 de 1960, Por la cual se sustituye el Título 13 del Libro primero del Código Civil, sobre adopción (Congreso de Colombia). Recuperado el 2021, de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1792901

Ley 1878 de 2018, Art. 11, POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN ALGUNOS Artículos DE LA LEY 1098 DE 2006, POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES (Congreso de Colombia). Recuperado el 2021, de https://www.icbf.gov.co/system/files/ley_1878_del_09_de_enero_de_2018.pdf

Ley 5 de 1975, por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones. (Congreso de Colombia). Recuperado el 2021, de https://www.lexbase.co/lexdocs/indice/1975/l0005de1975

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). Recuperado el 1 de Octubre de 2020, de https://www.lexbase.co/lexdocs/indice/1979/l0007de1979#:~:text=%22%20LEY%207%20DE%201979%20(enero,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.

Ley 75 de 1968, Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Congreso de Colombia). Recuperado el 2021, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0075_1968.htm

Petit, E. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano.* Argentina: Editorial Porrúa. Recuperado el 01 de Octubre de 2020, de https://drive.google.com/file/d/1VDZZmCjGpWrqcFPKv2uaZ4zzXp73QDxL/view

Salcedo, G. L. (2015). *ALCANCE DE LA SENTENCIA T-844 DE 2011 EN LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD EN FAVOR DE LA FAMILIA EXTENSA.* UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Recuperado el 2021, de

https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/18728/u722272.pdf?sequence=1

Toro, M. M. (2019). *ADOPCIÓN EN COLOMBIA: CONCEPTO, EVOLUCIÓN LEGISLATIVA FRENTE AL CONSENTIMIENTO Y TRÁMITE COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DENTRO DEL PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS.* Pontifica Universidad Javeriana. Recuperado el 2021, de https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/47003/Documento.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Vélez, R. M. (2018). *LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA: HISTORIA, MITOS Y BONDADES.* Universidad de Manizales. Recuperado el 2021, de https://docplayer.es/51420924-La-adopcion-en-colombia-historia-mitos-y-bondades-maria-jose-velez-robledo.html

Vergara, B. V. (2011). *LA ADOPCIÓN EN CHILE: FALENCIAS Y DEBILIDADES DE LA LEY 19.620.* Recuperado el 2021, de http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/La%20adopci%C3%B3n%20en%20chile_falencias%20y%20debilidades%20de%20la%20ley%2019.620.pdf