



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 46 DE 2018

(julio 26)

ASUNTO: Solicitud de Concepto sobre posición del ICBF respecto de la posibilidad de incluir una nueva causal para la impugnación de la paternidad.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuál es la posición del ICBF en caso de que deba hacerse parte en un proyecto de ley que tenga como objeto crear una nueva causal para la impugnación de la paternidad por faltar a sus deberes como padre por un tiempo determinado?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente, estudiaremos 2.1 La filiación natural 2.2 La impugnación de la paternidad; 2.3. La privación de la patria potestad; 2.4 el Caso en concreto.

2.1. La Filiación Natural

De acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional, la Filiación es “uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona, y que, en este sentido, las personas tienen dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero “derecho a reclamar su verdadera filiación”.^[1]

En efecto, la filiación es la relación que existe entre padre o madre hijo o hija, proporcionando una identidad a toda persona, implicando derechos y obligaciones entre estos, por lo tanto es

importante resaltar que las normas sobre filiación como todas las de carácter familiar son de orden público y por ende no pueden ser variadas por voluntad de las partes.

La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y acogida por Colombia mediante Ley 12 de 1991.^[2] establece que todo niño, niña adquiere desde que nace el derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Es así que por este Tratado a todos los niños, niñas y adolescentes se les reconoce el derecho fundamental a esclarecer su verdadera filiación, derecho que es a su vez reconocido en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó que:

"...toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores.

(...)

El derecho del menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental no solamente por el ya aludido mandato constitucional sino por cuanto en ello está de por medio su dignidad humana, ya que supone la posibilidad de ser identificado y diferenciado respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento."

La filiación guarda relación de conexidad con otros principios y derechos fundamentales como el reconocimiento de la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad,^[3] motivo por el cual, en caso de no lograrse un reconocimiento voluntario, las personas pueden hacer exigible su derecho ante las autoridades judiciales a través de los procesos que para tal efecto han sido diseñados, tales como la investigación de la paternidad o maternidad, y la impugnación de la paternidad o maternidad.

Respecto a la filiación extramatrimonial, es preciso indicar que es aquella filiación que no proviene de un matrimonio. Ahora bien, el legislador ha pretendido que este hijo extramatrimonial tenga los mismos derechos que los hijos legítimos y en búsqueda de tal propósito ha dotado a las personas de los instrumentos jurídicos para ejercer sus derechos, dentro de los cuales se encuentra el de determinar su verdadera filiación y obtenerla legalmente a través de la acción de reclamación para el reconocimiento del estado civil que no tiene, o el de la impugnación dirigida a destruir aquél estado que se posee aparentemente. Uno de esos instrumentos es la Ley 75 de 1.968, con las modificaciones introducidas por la Ley 721 de 2001 y la Ley 1060 de 2006.

2.2. La Impugnación a la paternidad

Con la impugnación de la paternidad, lo que se pretende, es hacer desaparecer los efectos de la confesión que condujo al reconocimiento de una persona como su hijo/a, porque ésta no ha

podido tenerlo como padre, de conformidad con el numeral 1o del artículo 248 del Código Civil, que remite el artículo 5o de la ley 75 de 1968.

Ahora bien, el artículo 5o de la ley 75/68 dispone que “el reconocimiento solo podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil”.

En efecto, el mencionado Artículo 248, modificado por el artículo 11 de la Ley 1060 de 2006, determina que:

En los demás casos podrá impugnarse la paternidad probando alguna de las causas siguientes:

1. Que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal.
2. Que el hijo no ha tenido por madre a la que pasa por tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18 de la maternidad disputada.
3. No serán oídos contra la paternidad sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad.

Ahora bien, los titulares de la legitimación de la impugnación de la paternidad o la maternidad son:

1. De acuerdo con el artículo 4o de la Ley 1060 de 2006, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico.
2. De acuerdo con el artículo 5o de la Ley 1060 de 2006, el hijo en cualquier tiempo.
3. De acuerdo con el artículo 406 del Código Civil Colombiano, el hijo, y quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, en concordancia con (o establecido por la Corte Constitucional en Sentencia C-109 de 1995, y corroborado por la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en su sentencia 1100131100142005-00078-01 del 24 de abril de 2012.

En relación con la legitimación para impugnar la paternidad o la maternidad, es importante tener en cuenta el estudio realizado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Exp. 1100131100142005-00078-01 del 24 de abril de 2012, donde precisó:

(...) “Es indudable que las modificaciones normativas se encaminan a reconocer la realidad social y la forma como ello trasciende en el desarrollo del individuo, con amparo en el derecho a la igualdad ante la ley y sin que la protección de situaciones de indefensión, como las de los menores, den lugar a políticas discriminatorias o de inequidad.

c) Precisamente los principios antes señalados inspiraron la promulgación de la Ley 1060, expedida el 26 de julio de 2006, que introdujo cambios en el campo de la impugnación de la paternidad y la maternidad, al reformar los artículos 213, 214, 216 a 219, 222 a 224, 248 y 337 del Código Civil y derogar de manera expresa el 215, 221 y 336 ibídem, así como el 5o y 6o de la Ley 95 de 1890, y 3o de la Ley 75 de 1968, los que tienen incidencia en este asunto, como pasa a destacarse a continuación:

(i) Los artículos 1o y 2o, que introducen cambios al 213 y 214 del Código Civil, sustituyen la "presunción de legitimidad" por una más genérica "presunción de paternidad", dando cabida a tener como hijos de la relación a los nacidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho, lo que se puede desvirtuar en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad".

(ii) Con el artículo 4o se elimina la restricción de impugnar solo por parte del marido que contemplaba el 216 ibídem, para enunciar sin carácter limitativo que lo podrán hacer "el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico".

(iii) El artículo 5o modifica a su vez el 217 contemplando **la facultad del hijo de impugnar en cualquier tiempo**, la utilización de pruebas científicas y la intervención de "quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico". (Resaltado fuera de texto).

(iv) La reforma al canon 218, según el 6o de la Ley, señala de manera expresa el deber de vincular al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre".

Los principales cambios que se observan tienen que ver con la pérdida de connotación de legitimidad derivada del vínculo matrimonial, para extender la presunción de paternidad a los hijos concebidos durante la existencia de unión marital de hecho situación que justifica el que también se confiriera la posibilidad de reclamar contra la misma, fuera del "cónyuge" y el "hijo", al compañero permanente y la madre, además de la participación del "supuesto padre biológico" dentro de un trámite en el cual puede intervenir activamente en la solicitud y objeción de la prueba técnica, lo que te permite, sin duda alguna, ejercer los mecanismos de defensa contemplados para las partes.

(d) Es importante tener en cuenta que dentro del trámite surtido por la Ley 1060 de 2006 en el Congreso, se contempló la posibilidad de que en el articulado quedaran de manera expresa como legitimados para impugnar la paternidad los "presuntos padres biológicos en aras de la defensa de los derechos del menor y en aplicación del principio de la economía procesal.

(...) (e) Quiere decir lo anterior que en ningún momento se contempló una intervención restringida del "padre o madre biológicos" dentro del proceso de impugnación, como si se tratara de unos convidados de piedra o sujetos pasivos meramente destinatarios de la

acusación activa del respectivo estado civil consolidado, a cargo de las personas expresamente autorizadas para hacerlo.

Desde su génesis se las consideró como una parte más dentro de la litis, con la posibilidad de actuar como demandantes a fin de desvirtuar la presunción de paternidad o maternidad que les impedía reconocer al hijo, así como con una participación activa en caso de que llegaran a ser vinculados, en aquellos procesos en que iniciada la impugnación se pretendiera establecer de manera simultánea la verdadera filiación de aquel.

Adicionalmente, lo que en últimas motivó su exclusión dentro del texto que reemplazó el artículo 216 y que según el cambio al 217 puedan intervenir en la práctica de las pruebas científicas no tiene una justificación diferente a la consideración de que los padres biológicos” cuentan con una facultad expresa para pretender la impugnación de la paternidad, en acumulación al reconocimiento, en los términos del artículo 406 del Código Civil que consagra la acción de reclamación del estado civil en cabeza tanto del hijo como de “quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros”.

En ese entendido, no queda asomo de duda a que la Ley 1060 de 2006 eliminó los escollos que inhibían que el padre biológico pudiera promover la acción de impugnación de paternidad, toda vez que, ciertamente, le asiste un interés propio y autónomo, siempre y cuando esté plenamente establecida su calidad ya que de no ser así carecería de legitimación para hacerlo.

Por otra parte, el legislador ha regulado el tema del estado civil y de la familia, con el fin de proteger la propia intimidad que rodea su constitución y de atender a las realidades con respecto a los hijos, y no permitiendo que cualquier persona pueda acudir a los estrados judiciales para cuestionar una paternidad o maternidad. Igualmente, ha establecido prohibiciones específicas para que, consumados ciertos hechos o vencidos determinados plazos, la situación jurídica se tome inexpugnable, y por consiguiente definitiva.

En armonía con lo anterior, el legislador estableció la caducidad que es el plazo extintivo perentorio e improrrogable que impide el ejercicio de un derecho cuando la inactividad de la persona interesada ha permitido que transcurra el término previsto por la ley para activarlo, sin hacerlo o sea la falta de ejercicio dentro del tiempo preestablecido.

Su efecto es automático en la medida que no depende ni de la actividad del juez ni de las partes, pues la norma delimitada de antemano, el tiempo para su ejercicio, determinando su principio y su fin.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006, el término de caducidad de la acción de impugnación se amplió a ciento cuarenta (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológica.

2.3. La Privación de Patria Potestad

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad "es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone".

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribido todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los "...actos que impidan el ejercicio de sus derechos".

Frente al tema de la patria potestad, la Corte Constitucional en sentencia C-1003/07^[1] manifestó:

"En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.

En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo".

En efecto, enuncia como características de la Patria Potestad las siguientes:

- "Se aplica exclusivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados.
- Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.
- Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.
- Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita.
- Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres.
- La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre"

Sin embargo, cuando cualquiera de los padres incurre en alguna de las causales que ha erigido el legislador como motivos para suspenderles o privarles del ejercicio de tales derechos, el juzgador puede dejar su ejercicio en el padre que no ha dado lugar a los hechos, o designar un guardador al niño, niña o adolescente cuando ambos progenitores han incurrido en las conductas que ameriten la suspensión o privación de los mencionados derechos.

En efecto, el artículo 315 del Código Civil, norma que se aplica por remisión expresa del artículo 310 ibídem, se ocupa de consagrar las causales que dan lugar a la terminación de la patria potestad.

ARTÍCULO 310. "La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

ARTÍCULO 315. La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

- 1a) Por maltrato del hijo,
- 2a) Por haber abandonado al hijo.
- 3a) Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad
- 4a) Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.
- 5) Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del Código Penal, que ordena.

En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio.

2.4. El caso en concreto

En el caso que se consulta, la peticionaría solicita se indique cuál sería la posición del ICBF respecto a la posibilidad de incluir una nueva causal de impugnación de paternidad, que consistiría cuando el padre ha faltado a sus deberes por un tiempo determinado.

Al respecto, debe señalarse que la filiación como ya lo dijimos, es uno de los atributos de la personalidad jurídica que guarda relación de conexidad con otros principios y derechos fundamentales como el estado civil de las personas, la relación de patria potestad, el orden sucesoral, obligaciones alimentarias, la nacionalidad, el derecho fundamental a tener una familia, el reconocimiento de la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad,^[4] razón por la cual, dicho reconocimiento no puede perderse fácilmente, y menos cuando la impugnación de la paternidad trae como consecuencia la modificación del estado civil.

Ahora bien, es importante destacar que cuando un padre o madre incumple los deberes previstos en el artículo 213 del Código Civil, en el que se indica que le corresponde a los padres de consuno procurar la óptima formación física y moral de su descendencia, entre otros, el legislador sabiamente previó unas causales de suspensión y pérdida de la patria potestad,^[5] motivo por la cual, como puede verse, en nuestro país ya existe una sanción grave para aquellos padres que incumplen sus deberes, en especial cuando abandonan a sus hijos menores de edad.

3. CONCLUSIONES

Primero: La Filiación es “uno de los atributos de la personalidad jurídica”, reconocido como un derecho fundamental, de la cual se derivan derechos personales y patrimoniales, y obligaciones tanto para los padres como para los hijos.

Segundo: Con la impugnación de la paternidad se busca desaparecer los efectos de la confesión que condujo al reconocimiento de una persona como su hijo/a, porque ésta no ha podido tenerlo como padre o madre, de conformidad con el numeral 1o del artículo 248 del Código Civil, que remite el artículo 50 de la ley 75 de 1968.

Tercero: Cuando un padre o madre incumple los deberes que la Ley le impone, podrán ser privados de la patria potestad, de conformidad con lo previsto en el artículo 310 y 315 del Código Civil, lo cual trae como consecuencia la pérdida de la representación legal de sus hijos(as) menores de edad.

Cuarto: Respecto a la consulta, como ya lo dijimos, el legislador ya previó una sanción grave a los padres que incumplen sus deberes, razón por la cual no es procedente una nueva causal para impugnar la paternidad, y menos cuando se trata de un tema tan delicado como lo es el derecho a la filiación que tiene conexos varios derechos fundamentales.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto ^[6] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNÁNDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. C109/95

2. Convención Internacional sobre los derechos del niño. "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 septiembre de 1989".

3. En la Sentencia C-109 de 1995 la Corte señaló: "De un lado, estos derechos aparecen relacionados con la dignidad humana, que es principio fundamental del Estado colombiano (...). De otro lado, la Constitución consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad (...). Ahora bien, un elemento esencial de todo ser humano para desarrollarse libremente como persona es la posibilidad de fijar autónomamente su identidad para poder relacionarse con los otros seres humanos."

Y más adelante concluyó: "Todo lo anterior muestra que la filiación legal como atributo de la personalidad, no puede ser un elemento puramente formal sino que tiene que tener un sustento en la realidad táctica de las relaciones humanas a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad".

[1] Corte Constitucional. Sentencia C-1003/07, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 (parcial del artículo 315 del Código Civil. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

4. T-207 de 2017

5. Artículo 315 del Código Civil

6. Como al realizar Las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de La ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad.(...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio." Corte Constitucional. Sentencia C - 877 de 2000 M P Antonio Barrera Carbonell

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.