



CONCEPTO 101 DE 2016

(septiembre 6)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/1760694544

Bogotá, D.C.

Señor:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Solicitud de concepto sobre filiación con radicado No. 1760694544.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículo 28 de la 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

¿Cuántas veces debe una Comisaría de Familia citar a un presunto padre a una audiencia de reconocimiento de paternidad antes de enviar el proceso al juzgado competente y bajo qué normatividad se ampara?

¿Puede una Comisaría de Familia regular alimentos a favor de un menor no reconocido sin que se haya probado la paternidad?

¿Puede una Comisaría de Familia declarar la paternidad sobre un hijo no reconocido o esta es una facultad expresa del juez competente?

Cuando en un proceso de investigación de paternidad el demandado no contesta la demanda, ¿el juez proferirá sentencia de plano acogiendo las pretensiones?, lo anterior a pesar de que para este caso solo se guarde silencio en vez de oponerse a las pretensiones como lo dispone el artículo 386 del Código General del Proceso.

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordará el tema analizando: 2.1 La filiación natural. 2.2.- El reconocimiento de la Paternidad 2.3.- El proceso de Investigación de Paternidad; 2.4.- Las Comisarías de Familia y la competencia subsidiaria y 2.5.- 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.

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. El reconocimiento voluntario de paternidad

El artículo 1o de la Ley 75 de 1968 que modificó el artículo 2o de la Ley 45 de 1936 dice:

"El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:

1. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce.

El funcionario del Estado civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial destinado a tal efecto y de ella sólo se expedirán copias a las personas indicadas en el ordinal 4o inciso 2o de este artículo y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren.

Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el funcionario que la haya autorizado la notificará personalmente al presunto padre, si éste no hubiere firmado el acta de nacimiento. El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pie del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores para que éste inicie la investigación de la paternidad.

Igual procedimiento se seguirá en el caso de que la notificación no pueda llevarse a cabo en el término indicado o de que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre.

Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado, o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a fallo de la autoridad competente, no se expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse.

2. Por escritura pública.

3. Por testamento, caso en el cual la renovación de éste no implica la del reconocimiento.

4. Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene.

El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación. La declaración judicial será revisable en los términos del artículo 18 de la presente ley".

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial puede ser un acto bilateral, en la medida que tanto el padre que pretende reconocer como el hijo a través de su representante legal acepten de común acuerdo la filiación que se está declarando.

Sin embargo, también puede ser un acto jurídico unilateral, en la medida que el padre puede hacer una manifestación de voluntad ante un funcionario competente para tal fin. Es importante destacar que sea bilateral o unilateral, la manifestación debe ser expresada de forma libre, voluntaria, sin que medie error, fuerza o dolo.

Ahora bien, como quiera que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial también es un acto irrevocable,[4] es preciso resaltar que tal manifestación debe ser notificada a la persona a quien se pretende legitimar o reconocer para que, el hijo si es menor de edad a través de su representante legal acepte o repudie la legitimación.

2.3 El Proceso de Investigación de Paternidad

El artículo 4 de la Ley 45 de 1936 consagró en Colombia la acción de investigación de paternidad con el fin de definir el estado civil de una persona y establecer su verdadera filiación.

En efecto, es un proceso de carácter judicial que se encuentra reglado en la Ley 75 de 1968 modificada por la Ley 721 de 2001, y el artículo 386 del Código General del Proceso, el cual se adelanta ante los jueces de familia en primera instancia.

Dentro del proceso, el juez desde el auto admisorio ordenará de oficio la práctica de la prueba de ADN y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de ésta hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. Ésta prueba debe practicarse antes de la audiencia inicial.

Igualmente, el numeral 4 del artículo 386 del Código General del Proceso, indica que, el juez podrá dictar sentencia de plano acogiendo las pretensiones en el término legal en los siguientes casos:

"a) Cuando el demandado no se oponga a las pretensiones en el término legal, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 3.

b) Si practicada la prueba genética su resultado es favorable al demandante y la parte demandada no solicita la práctica de un nuevo dictamen oportunamente y en la forma prevista en este artículo."

Es importante señalar que dentro del proceso de investigación de paternidad, el juez está facultado para fijar una cuota alimentaria provisional desde el auto admisorio siempre que encuentre que la demanda tiene un fundamento razonable o desde el momento en que se presente un dictamen de inclusión de paternidad.

Así mismo, el juez deberá definir sobre las visitas, custodia, alimentos, patria potestad y guarda de ser necesario, por lo que podrá una vez agotado el término previsto para la práctica de la prueba de ADN, decretar las pruebas solicitadas en la demanda o las que de oficio considere pertinentes, las cuales deberá practicar en audiencia.

2.4. Las Comisarías de Familia y la competencia subsidiaria

El artículo 83 del Código de Infancia y la Adolescencia, define las Comisarías de Familia, como entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de

los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

Las Comisarias de Familia, hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar a nivel local o municipal y son entidades que forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del respectivo municipio o distrito. Tienen funciones y competencias de Autoridad Administrativa con funciones judiciales, de autoridad administrativa de orden policivo y Autoridad Administrativa de Restablecimiento de Derechos de acuerdo al artículo 96 de la Ley 1098 de 2006.

Es responsabilidad de los Concejos Distritales y Municipales la creación, composición y organización de las Comisarías de Familia,[5] como obligación prevalente e ineludible de la prestación del servicio correspondiente para cumplir los cometidos de la legislación de Infancia y Adolescencia y cuya inobservancia da lugar a las sanciones previstas por el Código Disciplinario Único.

Ahora bien, el Legislador consagró en los artículos 97 y 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia unas reglas (por razón del territorio y por razón de la subsidiariedad) con el fin de determinar la competencia de las autoridades administrativas para conocer de los casos donde se esté amenazando o vulnerando los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Respecto a la figura de la competencia subsidiaria, ésta se encuentra contemplada en el artículo 98 de la citada Ley así: “En los municipios donde no haya defensor de familia, las funciones que este Código le atribuye serán cumplidas por el comisario de familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía”.

En ese sentido, la competencia que se le otorga al Comisario de Familia de asumir las funciones del Defensor de Familia es de carácter supletorio, en el entendido que en ausencia de éste, es la autoridad administrativa mejor capacitada para asumir dicha labor.

Así las cosas, a falta de Defensor de Familia en el municipio, deberá el Comisario de Familia asumir todas las funciones del Defensor, entre ellas la de citar al presunto padre de un niño para su reconocimiento paterno, o si es necesario, presentar la demanda de investigación de paternidad a favor del niño (a) que así lo requiere.

Es importante señalar que la única función que no puede ejercer el Comisario de Familia dentro de un Proceso Administrativo de Derechos, es la Declaratoria de Adoptabilidad, toda vez que la misma se encuentra asignada en forma exclusiva al Defensor de Familia, caso en el cual, una vez tramitado el correspondiente proceso, deberá el Comisario remitirlo al Defensor para lo de su competencia.

2.5. El caso en concreto

A continuación se dará respuesta a cada uno de los interrogantes del consultante, así:

A la pregunta: ¿Cuántas veces debe una Comisaria de Familia citar a un presunto padre a una audiencia de reconocimiento de paternidad antes de enviar el proceso al juzgado competente y bajo qué normatividad se ampara?

La Ley 1098 de 2006, no establece el número de veces que el Defensor o Comisario de Familia debe citar al presunto padre para lograr el reconocimiento voluntario de la paternidad, motivo por el cual, dependiendo cada caso en particular, la Autoridad Administrativa establecerá el número de citaciones que realizará, sin que dicha situación se torne indefinida, pues en caso de no lograr llevar a cabo la audiencia de reconocimiento de paternidad o que éste no sea aceptado por el citado, deberá presentarse la correspondiente demanda de investigación de paternidad ante el Juez de Familia competente.

A la pregunta: ¿Puede una Comisaría de Familia regular alimentos a favor de un menor no reconocido sin que se haya probado la paternidad?

Teniendo en cuenta lo analizado en éste concepto, es importante señalar que el Defensor o Comisario de Familia no está facultado para fijar una cuota alimentaria provisional a favor de un niño, niña o adolescente y a cargo del presunto padre, toda vez que, dicha facultad se encuentra en cabeza exclusiva del Juez de Familia, dentro de un proceso de investigación de paternidad, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 386 del Código General del Proceso.

A la pregunta: ¿Puede una Comisaría de Familia declarar la paternidad sobre un hijo no reconocido o esta es una facultad expresa del juez competente?

Cuando el presunto padre de un niño manifiesta expresamente su deseo de reconocer voluntariamente a su hijo, el Comisario de Familia procederá a levantar un acta y ordenará la inscripción o corrección en el registro del estado civil de la respectiva Notaría o Registraduría donde se encuentre inscrito el niño, niña o adolescente.

Sin embargo, si no se logra el reconocimiento de la paternidad de manera voluntaria, la única facultad que tiene el Defensor o Comisario de Familia es la de presentar la correspondiente demanda de investigación de paternidad ante el Juez de Familia competente, toda vez que es la única autoridad judicial que tiene la facultad de declarar la paternidad cuando no es reconocida de manera voluntaria, declaración que se realiza mediante el proceso reglado en el artículo 386 del Código General del Proceso en concordancia con la Ley 721 de 2001.

A la pregunta: Cuando en un proceso de investigación de paternidad el demandado no contesta la demanda, ¿el juez proferirá sentencia de plano acogiendo las pretensiones?, lo anterior a pesar de que para este caso solo se guarde silencio en vez de oponerse a las pretensiones como lo dispone el artículo 386 del Código General del Proceso.

Es importante señalar que el Juez de Familia puede dictar sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda solo en los dos casos expresamente señalados en el numeral 4 del precitado artículo 386 del C.PG.[6]

Ahora bien, el artículo 97 del C.PG, indica que:

FALTA DE CONTESTACIÓN O CONTESTACIÓN DEFICIENTE DE LA DEMANDA.
La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

La falta del juramento estimatorio impedirá que sea considerada la respectiva reclamación del demandado, salvo que concrete la estimación juramentada dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del requerimiento que para tal efecto le haga el juez. (Se subraya para destacar).

Quiere decir la anterior normatividad, que la omisión a la contestación de la demanda, le acarreará al demandado una desventaja procesal, por lo que su silencio podrá apreciarse como un reconocimiento de la verdad de los hechos expuestos en el libelo demandatorio, sin que quiera decir que no existe oposición a las pretensiones de la demanda.

Debe tenerse en cuenta que el Juez de Familia dentro de éste proceso, desde el auto admisorio deberá ordenar la práctica de la prueba de ADN, con el fin de tener suficientes elementos de juicio para declarar la paternidad reclamada. Ahora bien, de acuerdo a la normatividad vigente, la renuencia a la práctica de la prueba de ADN si trae como consecuencia inmediata la presunción de la paternidad.

En éstos términos damos respuesta a la consulta, indicando que el presente concepto [7] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 1755 de 2015, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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,

MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

* * *

1 C-109/95

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 noviembre 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 fundamente 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 fáctica de las relaciones humanas a fin de que se respete lo igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad".

4 Artículo 1o de la Ley 75 de 1968

5 Artículo 84 de la Ley 1098 de 2006

6 "a) Cuando el demandado no se oponga a las pretensiones en el término legal, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 3

b) Si practicada la prueba genética su resultado es favorable al demandante y la parte demandada no solicita la práctica de un nuevo dictamen oportunamente y en la forma prevista en este artículo."

7 "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 Carbonel.

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