

# legis

## Concepto ICBF No 32

**Fecha:** 19 de noviembre de 2020

**ASUNTO:** Solicitud de concepto jurídico reconocimiento de paternidad de hijo no nacido

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en el artículo 26 del Código Civil, la Ley 1755 de 2015 y el artículo 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

### I. PROBLEMAS JURÍDICOS

- ¿Cómo está regulado el procedimiento de reconocimiento voluntario de paternidad de un hijo?
- ¿Procede el reconocimiento voluntario de paternidad cuando se trata de un hijo no nacido?
- ¿Quiénes se encuentran facultados para oponerse a dicho reconocimiento?

### II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta a los problemas jurídicos, se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1. La filiación en Colombia; 2.2. El reconocimiento voluntario de la paternidad y sus efectos; 2.3. El proceso de investigación de la paternidad.

#### 2.1. La filiación en Colombia

La filiación ha sido definida como la relación que existe entre padres e hijos, es decir, es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre y su madre, que determina la identidad de cada persona y genera la titularidad de derechos y obligaciones respecto de unos y otros.

Se trata de una relación paterno filial que se encuentra regulada por la Ley, que tiene su fundamento en la procreación, pero también puede tener sus bases en la adopción.

La Constitución política desarrolla y protege los vínculos que se generan en las familias y es así como en su artículo 5 ampara a la familia como lazo fundamental de la sociedad; igualmente en el artículo 13, propende por la igualdad de todas las personas y en su artículo 14 hace referencia al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el cual tiene dentro de sus atributos el estado civil de las personas, con el que se determina si se es hijo o no de alguien y si se pertenece a una determinada familia. Así las cosas, tenemos que la filiación en Colombia puede ser matrimonial, extramatrimonial, o adoptiva.

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, establece que 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.

La Corte Constitucional en Sentencia C 258 de 2015, con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, definió la filiación como *el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros. Además, a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.*

*(...) Por otra parte, la Corte Constitucional también ha señalado que la filiación es un derecho innominado, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 de la Constitución Política. De ahí que, es deber de los jueces actuar con diligencia y proactividad en los procesos de investigación e impugnación de la paternidad o maternidad, y que las pruebas antroheredobiológicas son determinantes para proferir una decisión de fondo. En criterio de esta Corporación, el mencionado derecho se encuentra estrechamente ligado con el principio de la dignidad humana, pues todo ser humano tiene derecho a ser reconocido como parte de la sociedad y de una familia.*

*De acuerdo con lo expresado, la Corte Constitucional ha calificado la filiación con las calidades de derecho fundamental, atributo de la personalidad jurídica y elemento derivado del estado civil. Además, ha insistido en que la protección de la filiación implica una salvaguarda de los derechos a la personalidad jurídica (artículo 14), a tener una familia (artículos 5, 42 y 44), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) y a la dignidad humana (artículo 1).*

La filiación guarda, entonces, conexidad con otros principios y derechos fundamentales como el reconocimiento de la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, en caso de no lograrse un reconocimiento voluntario de la misma, 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.

## 2.2. El reconocimiento voluntario de la paternidad

El reconocimiento voluntario de la paternidad es una forma de determinar la filiación extramatrimonial de un hijo por medio de un acto unilateral a partir del cual queda establecida la filiación. Se trata de un acto irrevocable y declarativo por lo que sus efectos se retrotraen a la fecha de la concepción.

El artículo 1 de la Ley 75 de 1968, que modificó el artículo 2° de la Ley 45 de 1936 estipula:

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

1. *En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce. (...)*
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.(...)*

Así las cosas, se trata de un acto jurídico unilateral, en la medida en que el padre puede hacer una manifestación de voluntad ante un funcionario competente para tal fin; sin embargo, puede ser también un acto bilateral, ya que tanto el padre que pretende reconocer, como el hijo a través de su representante legal, pueden aceptar de común acuerdo lo que se está declarando. Es importante destacar que la manifestación sea bilateral o unilateral, debe ser expresada de forma libre, voluntaria, sin que medie error, fuerza o dolo.

Ahora bien, cuando se trata de **reconocimiento voluntario de paternidad de un hijo no nacido**, la Ley 75 de 1968, en su artículo segundo señala:

*El reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento por los medios que contemplan los ordinales 2o, 3o. y 4o. del artículo 1o. de esta Ley. Lo anterior tiene su fundamento en que el acto de reconocimiento voluntario de la paternidad ha sido concebido, tal como arriba se señaló, como un acto declarativo, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de la concepción, por lo que se hace posible reconocer a un hijo antes de haber nacido o después de haber muerto. Si el reconocimiento se hace a un hijo concebido, dicha declaración queda supeditada a que dicho hijo nazca con vida.*

De acuerdo con las normas arriba transcritas, dicho reconocimiento podrá realizarse mediante escritura pública, por testamento, o 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, para

lo cual deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Código General del Proceso.

Además de lo anterior, es importante precisar que el reconocimiento voluntario de la paternidad solo genera efectos, una vez ha sido aceptado por quien ha sido reconocido con la mencionada declaración, y es así como el artículo 4 de la Ley 75 de 1968 señala que:

*El reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el Título II del libro 1° del Código Civil, para la legitimación”.*

Por su parte, el Código Civil en el artículo 243 ordena:

*La persona que acepte o repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil.*

Así las cosas es claro que, como quiera que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto irrevocable, 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.

Ahora bien, si de lo que se trata es de establecer la filiación legal, podrá acudir al proceso de investigación de paternidad, regulado específicamente en la Ley 75 de 1968 modificada por la Ley 721 de 2001, con el fin de definir el estado civil de una persona (art. 1o Decreto 1260 de 1970).

### **2.3. El proceso de investigación de la paternidad**

Se trata de 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 esta hará presumir cierta la paternidad, maternidad o la impugnación alegada. Esta 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 a favor del niño, niña o adolescente 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.

### III. CONCLUSIONES Y RESPUESTAS A SU CONSULTA

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, respondemos a sus interrogantes con las siguientes conclusiones:

**PRIMERA.** Se denomina filiación al vínculo que une al hijo o hija con su padre o madre. De acuerdo con la normatividad vigente, la filiación puede ser matrimonial, extramatrimonial o adoptiva.

**SEGUNDA.** El reconocimiento voluntario de la paternidad de un hijo, es un acto declarativo, de naturaleza irrevocable, cuyos efectos se retrotraen al momento de la concepción. Puede llevarse a cabo a través del acta de nacimiento, por escritura pública, por testamento o por manifestación expresa ante un juez. Cuando se trate del reconocimiento de un hijo no nacido, el mismo podrá realizarse a través de los tres últimos mecanismos citados.

**TERCERA.** Por tratarse de un acto irrevocable, la manifestación del reconocimiento voluntario de paternidad 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, mediante instrumento público, dentro de los 90 días siguientes.

**CUARTA.** En los casos en los que se repudie el reconocimiento voluntario realizado, el padre que alega dicha calidad, podrá iniciar un proceso de investigación de la paternidad, a fin de que se establezca la respectiva filiación, de conformidad con lo ordenado por la Ley 75 de 1968 modificada por la Ley 721 de 2001.

**QUINTA.** Para el evento planteado en la consulta que se atiende, es evidente que la madre podrá aceptar o repudiar dentro de los noventa días siguientes a la notificación de dicha declaración, el



reconocimiento de paternidad de su hijo aún no nacido, y que en los casos en los que la progenitora repudie tal reconocimiento, el padre que pretende reconocer se encuentra facultado para iniciar un proceso de investigación de la paternidad, con el fin de hacer valer sus derechos y los del menor de edad que considera su hijo.

El presente concepto no resulta 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 con 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 institucionales, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012.

**EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica