



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 141 DE 2017

(noviembre 14)

Doctora **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**
Comisaría de Familia de Casa de Justicia Floridablanca - Santander
Avenida 60 No. 42 - 63 El Carmen Floridablanca - Santander

ASUNTO: Consulta sobre competencia de las comisarías de familia para llevar a cabo diligencia de reconocimiento voluntario 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, la Ley 1755 de 2015, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y el artículo 60, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Pueden las Comisarías de Familia llevar a cabo diligencia de reconocimiento voluntario de la paternidad a favor de un niño, niña o adolescente?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordará el tema analizando: 2.1 La filiación natural; 2.2, El reconocimiento de la Paternidad 2.3; Naturaleza y funciones de las Comisarías de Familia; 2.4. La función de las autoridades administrativas en el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; 2.5 Competencia de los Comisarios de Familia para adelantar audiencias conciliación extrajudicial en asuntos de familia, incluido el reconocimiento voluntario de la paternidad.

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 1968, 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 4 inciso 2 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 Meado 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 serio. 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. Naturaleza y funciones de las Comisarías de Familia

Las Comisarías de Familia fueron creadas por el Decreto 2737 de 1985, 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, entre otras.

Como Autoridad Administrativa con funciones Judiciales le corresponde a las Comisarías de Familia recibir y tramitar las solicitudes de protección que formulen los ciudadanos o ciudadanas por hechos de violencia intrafamiliar, de conformidad con las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 reglamentada por el Decreto 652 de 2001 y Ley 1257 de 2008, lo dispuesto en los numerales 1, 4 y 5 del Artículo 86 de la Ley 1098 de 2006 y Decreto 1069 de 2015 (Decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho).

Como autoridad Administrativa de orden policivo ejercen la vigilancia, protección, promoción, control y sanción en relación con las normas protectoras de la familia, la niñez, la mujer, la juventud y la tercera edad, de conformidad con el numeral 9 del artículo 86, en concordancia con los arts. 106 y 190 de la Ley 1098 de 2006 y Código General del Proceso y de acuerdo a las funciones o a las competencias que en cada caso particular le asignen los Concejos municipales o distritales.

Como Autoridad Administrativa de Restablecimiento de Derechos y en cumplimiento de esta competencia al Comisario le corresponde procurar y promover la realización y el restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política, en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1069 de 2015.

La Ley 1098 de 2006^[6] determinó que las Comisarías de Familia son entidades distritales, municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y que tienen como objetivo prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia transgredidos por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

Ahora bien, el artículo 2.2.4.9.2.1 del Decreto 1069 de 2015^[7] que derogó el Decreto 4840 de 2007, indica claramente respecto a la competencia de los Defensores y Comisarios de familia que:

“El Defensor de Familia se encargará de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en las circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración de derechos diferentes de los suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar”.

“El Comisario de Familia se encargará de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar. (...)”

2.4. La función de las autoridades administrativas en el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

El Código de la Infancia y la Adolescencia tiene como finalidad garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes su pleno desarrollo en el seno de la familia y la comunidad, con prevalencia de la igualdad y la dignidad humana sin ningún tipo de discriminación.

Esta Ley establece tanto las normas sustantivas como procedimentales relacionadas con la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, buscando garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y libertades consagrados tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución Política y las leyes nacionales.

La normatividad establecida en el Código de la infancia y la Adolescencia aplica para todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el país, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad cuando una de ellas sea colombiana.^[8]

Al respecto, la Corte Constitucional precisó respecto al Código de la Infancia y la Adolescencia que: "El propio ordenamiento establece que sus normas son de orden público, de carácter irrenunciable y preferente, las cuales a su vez deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial, por la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenamientos que se entienden además integrados al citado código (arts. 5o y 6o)".^[9]

En el capítulo III de dicho Código se establece cuáles son las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya función primordial será prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los menores de edad.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó "(...) los artículos 81, 82 y 85 de la Ley 1098 de 2006 señalan los deberes y las funciones del defensor y del comisario de familia, siendo evidente que la misión encomendada es garantizar, proteger y restablecer los derechos prevalentes de los menores de edad".^[10]

En efecto, en el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006 se contempla que “Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código”.

Así las cosas, las funciones de las Defensorías y Comisarías de Familia, van dirigidas a la protección integral de los derechos de los menores de edad, a fin de evitar su amenaza, inobservancia o vulneración y restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva.

2.6 Competencia de los Comisarios de Familia para adelantar audiencias conciliación extrajudicial en asuntos de familia, incluido el reconocimiento voluntario de la paternidad.

El artículo 31 de la Ley 640 de 2001 define que la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los **defensores y los comisarios de familia**, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Estos podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991. (Se subraya para destacar).

A su turno, el artículo 109 de la Ley 1098 de 2006, indica:

RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. Cuando el padre extramatrimonial reconozca, ante el defensor, el comisario de familia o el inspector de policía, la paternidad de un niño, una niña o un adolescente, se levantará acta y se ordenará su inscripción en el registro del estado civil.

Así pues, de acuerdo a la anterior normatividad, cuando el presunto padre de un menor de edad manifiesta expresamente su deseo de reconocer voluntariamente a su hijo (a), el Comisario de Familia, atendiendo el interés superior del menor de edad, su derecho a establecer su verdadera fijación y en el marco de una audiencia de conciliación, 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, atendiendo la voluntad de las partes, esto es, de la progenitora y del presunto padre en otorgarle la paternidad al menor de edad.

Sin embargo, debe señalarse que si no se logra el reconocimiento voluntario de la paternidad, le corresponderá a la autoridad judicial competente, esto es, el Juez de Familia, adelantar el proceso de investigación de paternidad, reglado en el artículo 386 del Código General del Proceso en concordancia con la Ley 721 de 2001.

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. El reconocimiento de un hijo extramatrimonial puede ser un acto bilateral, siempre y cuando exista acuerdo entre el presunto padre y la representante legal del niño que se pretende reconocer, con al fin de que ésta acepte la filiación que se está declarando.

Tercero: Los Comisarios de Familia, atendiendo a las funciones otorgadas por la Ley, encaminadas a la protección integral de los derechos de los menores de edad, con el fin de evitar su amenaza, inobservancia o vulneración y restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva, podrán a través de un acta de conciliación, recibir el reconocimiento de paternidad que de manera voluntaria realice el padre extramatrimonial de un niño, niña o adolescente, y como consecuencia ordenar su inscripción en el registro civil de nacimiento.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto^[11] 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 FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

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 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 fijación 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 la 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 1966

5. Código del Menor. Título Cuarto Comisarias de Familia. Artículo 299

6. Ley 1098 de 2006. Artículo 83.

7. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”.

8. Artículo 40 de la Ley 1098 de 2006.

9. Corte Constitucional. C-149 del 11 de marzo de 2000. M.P: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

10. Corte Constitucional. Sentencia C-890/08. Expediente D-8939 M. p. Nilson Pinilla Pinilla.

11. “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.