CONCEPTO 142 DE 2015

(noviembre 23)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/453412

Bogotá D.C.,

MEMORANDO

PARA: Defensora de Familia - Centro Zonal Aburra Sur ICBF Regional Antioquia

ASUNTO: Su consulta con radicado del ICBF No.453412 del 23/10/2015

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

1. PROBLEMA JURIDICO

¿Es deber del Defensor de Familia, presentar demanda de impugnación de paternidad, por petición del que no es el padre biológico y a quien ya le caducó la acción para promover la impugnación de su paternidad?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

El presente problema jurídico se abordará de la siguiente forma; (2.1) El Interés Superior de los niños, las niñas y los adolescentes; (2.2) La Filiación Natural; (2.3) Legitimación para impugnar la paternidad o la maternidad; (2.4) Sobre la competencia del Defensor de Familia de presentar demandas de impugnación a la paternidad (2.5) La caducidad de las acciones y (.2.6) Del caso en concreto.

2.1 El Interés Superior de los niños, las niñas y los adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral primero del artículo tercero establece 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". (subrayado fuera de texto).

La Constitución Política en el artículo 44 enuncia cuáles Son los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo, contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia[1] se define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “(…) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior.[2]

De otra parte, en el Estatuto Integral del Defensor de Familia respecto al interés superior del niño, la niña y el adolescente se señala que "(...) se ve reflejado en una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que a los menores de edad se les debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad (…)”.

(2.2) La Filiación Natural.

La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1988 y acogida por Colombia mediante Ley 12 de 1991[3] establece que todos los niños y las niñas adquieren desde que nacen, el derecho a tener 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 de acuerdo con este tratado, a todos los niños y niñas y adolescentes se les reconoce el derecho fundamental a esclarecer su verdadera filiación.

El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, otorga a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes el carácter de fundamentales, entre los que se encuentra el de tener un nombre, considerado como atributo de la personalidad según la Ley Civil.

En el mismo sentido, en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de Colombia se consagra el derecho que tienen todas las personas al reconocimiento y al libre desarrollo de su personalidad jurídica sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 25, establece que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la filiación conforme a la ley, esto es, que sea tenido legalmente como hijo de quienes biológicamente son sus padres.

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.[4] Concluye entonces la Corte que el derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica.[5]

La filiación guarda relación de conexidad con otros principios y derechos fundamentales como el reconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, el hecho de que los niños, las niñas y los adolescentes tengan certeza acerca de quién es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica.

En estas condiciones, el ordenamiento jurídico no puede permitir la incertidumbre ni el caos acerca de los vínculos familiares, razón por la cual consagra la presunción legal de paternidad con el fin de promover principios y valores establecidos en la Constitución, así mismo, determina las circunstancias y los medios judiciales en los cuales se podrá controvertir y desvirtuar la aludida presunción de legitimidad, y en 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. Tales instrumentos los podemos encontrar en los artículos 218 y siguientes del Código Civil, al igual que en la Ley 75 de 1968, ambos compendios normativos con las modificaciones introducidas por la Ley 721 de 2001 y la Ley 1060 de 2006.[6]

(2.3) Legitimación para impugnar la paternidad o la maternidad

En relación con la legitimización 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, Expediente 11001311001420 05-00078-01 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.

(…)

(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 cuarenta (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”.

(iv) La reforma al canon 218, según el 6o de la Ley, señala de manera expresa el deber de vincular el 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", el 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 le 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 y 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 les 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.

Así las cosas, se entiende que 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 biológica.

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 lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia C-109 de 1995, y corroborado por la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en su sentencia 11001311001420 05-00078-01 del 24 de abril de 2012.

(2.4) Competencia del Defensor de Familia para presentar demandas de impugnación de paternidad o maternidad.

Las funciones del Defensor de Familia, relacionadas a la representación judicial en su jurisdicción, donde se debaten derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, tienen fundamento de rango Constitucional conforme a lo dispuesto en los artículos 5, 42 y 44, al amparar y proteger a la familia como institución básica de la sociedad y proteger los derechos fundamentales de los niños.

El numeral 11 del artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 establece:

"Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar".

Resalta el numeral anterior la intervención del funcionario administrativo en todos los eventos donde puedan verse afectados directa o indirectamente con la decisión judicial los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, razón por la cual es clara la competencia del Defensor de Familia para la elaboración de las demandas de impugnación de la paternidad o la maternidad.

Es tan extenso el ámbito de intervención del Defensor de Familia en el campo de la protección y defensa de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, que las s funciones emanadas de la Constitución y la Ley, le asignan el deber de ejercer la representación judicial en las distintas jurisdicciones donde se encuentren en discusión tales derechos; así las cosas, el Defensor de Familia que se abstenga de ejercer su debida intervención en procesos judiciales que sean de su competencia estaría actuando en sentido contrario a los principios constitucionales y legales que garantizan el debido proceso, el derecho a la defensa y el acceso a la justicia.

(2.5) La caducidad de las acciones

El derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador, pues la determinación y la incertidumbre van en contravía de los fines del derecho como herramienta para lograr la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones sociales.

El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, o que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica para solidificar el concepto de derechos adquiridos.

La Corte Constitucional ha considerado que:

“La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa como el transcurso del tiempo de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva sin presentar la demanda el mencionado derecho fenece inexorablemente sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos". Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de

las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

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.

Al respecto la Corte Constitucional determinó que:

"El término de caducidad tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales el estado civil y a la personalidad jurídica. Esto significa que aun cuando se consagra una barrera para el acceso a la administración de justicia, se trata de una limitación que no sólo busca evitar la desidia o negligencia del interesado en el ejercicio del derecho de acción, sino también impedir la desestabilización permanente de las relaciones sociales y familiares que surgen el vínculo filial. Para la Corte, es claro que el término de caducidad impide que un individuo sobre el cual existe una duda sobre su paternidad, se vea obligado a convivir largos periodos de incertidumbre sobre su estado civil o que el mismo pueda ser controvertido en cualquier momento.

(...)

A juicio de esta Sala, el término de ciento cuarenta (140) días provisto en la normatividad vigente para impugnar la paternidad, constituye un límite temporal de orden público previsto por el legislador para acudir a la administración de justicia, que tiene como propósito proteger la seguridad jurídica y, a su vez, asegurar que las personas involucradas en este tipo de juicios, no se vean sometidas a la carga desproporcionada de tener que vivir con la incertidumbre pertinente sobre la continuidad de su relación filial. En este sentido, por ejemplo, la Corte se pronunció en la Sentencia C-800 de 2000, al declarar la exequibilidad del término de caducidad de la acción de impugnación prevista en el artículo 217 Código Civil, referente a la posibilidad del marido de controvertir la paternidad del hijo nacido en el matrimonio, dentro de los sesenta (60) días contados desde que aquel tuvo conocimiento del parto".

Sobre el cómputo del término de caducidad la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que para impugnar la paternidad del hijo concebido por su mujer, el marido o compañero debe promover la acción judicial dentro de los 140 días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento de que no era el padre biológico, como lo señala el artículo 216 del Código Civil, y que para ello es preciso determinar cuál es el hecho, el acto o la situación a partir de la que se puede considerar que el progenitor supo con una probabilidad cercana a la certeza, sobre la ausencia del nexo biológico con quien aparentemente

detenta la condición de hijo y, por lo tanto, empieza a contabilizarse el término legal para impugnar el vínculo filial, en el caso particular, el término extintivo inició desde el momento en que se dio a conocer a los interesados el resultado de la prueba de ADN, con un índice de probabilidad superior al 99,999%.[7]

2.6) Del caso en concreto

Se señala en el caso que se consulta que el padre, quien señala no ser el progenitor de un menor de edad, previo a acudir ante la jurisdicción ordinaria y al caducarle la acción para impugnar su paternidad, como último recurso, solicita al Defensor de Familia que en representación del menor de edad, presente la demanda de impugnación a la paternidad.

Tal y como se advirtió anteriormente el Defensor de Familia tiene la facultad para presentar demandas de impugnación a la paternidad o maternidad, siempre y cuando actúe en representación de los niños, niñas y adolescentes. No obstante, debe valorar la situación particular que se le presenta, toda vez que actúa en representación de los intereses del menor de edad y no de los padres. Además deberá tener en cuenta que con la caducidad de la acción para impugnar la paternidad, se busca evitar la desidia o negligencia del interesado en el ejercicio del derecho de acción, así como, impedir la desestabilización permanente de las relaciones sociales y familiares que surgen el vínculo filial.

Por lo tanto, le corresponde al Defensor de Familia, en uso de sus facultades legales establecer si en verdad se están amparando los derechos del niño, niña o adolescente involucrado o si por el contrario con su intervención se le están vulnerando sus derechos.

3. CONCLUSIONES

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas, podemos concluir lo siguiente:

Primero. Jurídicamente no es posible revivir el término previsto en el ordenamiento jurídico para impugnar la paternidad, es decir, cuando los 140 días siguientes a aquel en que se tuvo conocimiento de que no es el padre o madre biológica, han transcurrido sin que se haya ejercido el derecho de acción, como lo es el caso de la consulta. Las autoridades administrativas o judiciales no se encuentran facultadas para revivir o ampliar dicho término extintivo.

Segundo. Las autoridades administrativas competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se encuentran facultados para presentar demandas de impugnación a la paternidad o maternidad en los términos y condiciones previstas en la Ley, siempre y cuando actúe en representación de los derechos fundamentales y prevalentes e interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Tercero. Los Defensores de Familia en su calidad de autoridades administrativas, tienen el deber de observar en sus actuaciones administrativas y judiciales las normas establecidas en la Constitución, la Ley y los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, con relación a las funciones que legalmente se encuentran establecidas para su cargo. Y es así que al actuar como Agentes del Estado Colombiano, deben velar por el cumplimiento de los fines esenciales del mismo y en tal sentido, el servicio a la comunidad, la efectividad de los principios, derechos y deberes entre otros, deben ser una realidad en el cotidiano desarrollo de los procesos que les sean asignados para otorgarles el debido trámite e impulso procesal.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto[8] 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.

Atentamente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Ley 1098 de 2006.

2. Corte Constitucional, sentencia T-408-95, expediente T-71149. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

3. Por medio de la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

4. Sentencia C -109 de 1995

5. Corte Constitucional, sentencia T-587 de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6. Sentencia T–079 de 2001.

7. Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia SC-11339 (11001311001320110039 50 de ago. 27/15, M. P. Ariel Salazar.

8. 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 aquella 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.