



CONCEPTO 29 DE 2016

(marzo 30)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

10400 / 1760516883

Bogotá, D.C.

Señor:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Derecho de Petición con radicado No 1760616883 de 05/03/2016.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 60, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta, sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURIDICO

¿Qué acciones debe realizar una persona mayor de edad para iniciar un Proceso de Adopción por quienes aparecen en su Registro Civil como sus padres, pero que en realidad no lo son?

2. ANALISIS DEL PROBLEMA JURIDICO

Se abordara el tema analizando: 2.1 La Filiación Natural: 2.2 La Impugnación de la Paternidad y la Maternidad; 2.3.La Adopción de Mayores de edad: 2.4 Caso Concreto.

2.1. La Filiación Natural

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,[1] 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”. [2]

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.

En efecto, la filiación es la relación que existe entre padre o madre, e hijo o hija, proporcionando una identidad a toda persona, implicando derechos y obligaciones entre éstos, por lo tanto es importante resaltar que las normas sobre filiación son de orden público y por ende no pueden ser variadas por la voluntad de las partes. [3]

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 también 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 de un 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, [4] 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 216 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.[5]

La Familia, la Sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, entendido como el reconocimiento de ser sujetos de derechos, el cumplimiento de la garantía de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento en desarrollo del principio del interés superior.

2.2. La Impugnación de la Paternidad y de la Maternidad

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 68/75, <Sic, es 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 portal.

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.

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 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 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 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 tugar 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, constituyen 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 <sic> (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 le permite, sin duda alguna, ejercerlos 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 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 cambió 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.

Al respecto la Corte Constitucional determinó que:

“El término de caducidad tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales al 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 solo 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 del 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 convertido en cualquier momento.

(...)

A juicio de esta Sala, el término de ciento cuarenta (140) días previsto 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 permanente 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 aquél tuvo conocimiento del parto”.[6]

2.3 La Adopción de Mayores de edad

El artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, establece:

Artículo 61: Adopción. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

Ahora bien, dicha Ley menciona que el ICBF es la "autoridad central"[7] en materia de adopciones y la única entidad que puede desarrollar el programa de adopciones o dar la autorización para el desarrollo de dicho programa, sin embargo, ésta regulación únicamente aplica para las adopciones de niños, niñas y adolescentes.

En virtud de lo anterior, el legislador previo que se pudiera realizar un Proceso de Adopción para personas mayores de 18 años de edad, sin embargo, esta acción deberá realizarse directamente ante la Jurisdicción de Familia.

“Artículo 69. Adopción de mayores de edad: Podrá adoptarse al mayor de edad, cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho (18) años.

La adopción de mayores de edad procede por el sólo consentimiento entre el adoptante y el adoptivo. Para estos eventos el proceso se adelantará ante un Juez de Familia."

2.4 Del Caso Concreto

1. “Pueden unos padres que hayan adoptado en indebida forma, es decir, registrar como biológico a un menor si serlo, subsanar ese error hoy día (siendo mayor de edad el adoptivo) para que posteriormente no tenga efectos adversos en una eventual sucesión, en

otras palabras; reconocer como hijo adoptivo a quien habían reconocido como hijo biológico sin serlo?

De acuerdo a lo mencionado en las consideraciones del presente concepto, para enmendar la situación planteada, se deberá iniciar ante la Jurisdicción de Familia un Proceso de Impugnación de la Maternidad y de la Paternidad, el titular de dicha acción deberá ser el hijo (es decir la persona que se encuentra registrada indebidamente) quien de acuerdo con lo mencionado en el artículo 5o de la Ley 1060 de 2006, podrá iniciar la acción en cualquier tiempo.

Así la cosas, una vez el Juez determine la verdadera filiación, se podrá iniciar ante esta misma autoridad el Proceso de Adopción de mayores de edad que de acuerdo a lo mencionado en el Código de la Infancia y la Adolescencia bastará con la manifestación de la voluntad entre el adoptante y el adoptado.

2. De ser posible, agradecería claridad sobre el procedimiento, los requisitos y las entidades involucradas para tal efecto.

La claridad solicitada, se dio en el punto interior.

El presente concepto[8] no es de obligatoria 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

* * *

1. 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.

2. C-109 de 1995.

3. Artículo 5 de la Ley 1098 de 2006.

4. 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 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”.

5. Sentencia T-979 de 2001.

6. “Sentencia T-381/13 Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

7. Ley 1098 de 2006, Artículo 62. La autoridad central en materia de adopción. La autoridad central en materia de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Solamente podrán desarrollar programas de adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones debidamente autorizadas por este.

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 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. 200 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolla 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.