



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 71 DE 2017

(junio 15)

10400/ 52933

MEMORANDO

PARA: Coordinadora de Autoridades Administrativas
ASUNTO: Solicitud Concepto radicado No. 52933 de 31/05/2017

Cordial Saludo:

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 6º, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta, sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe ser promovido el reconocimiento de la paternidad de un niño, niña o adolescente producto de incesto entre padre e hija, siendo la progenitora menor de edad, víctima de violencia sexual por parte de su padre biológico?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordara el tema analizando: 2.1. La Filiación Natural; 2.2, El Derecho a la identidad, a la personalidad jurídica y a la filiación; 2.3. Conclusiones.

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. El Derecho a la Identidad, a la Personalidad Jurídica y a la Filiación

El Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, el derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen, como el nombre, la nacionalidad y la filiación conformes a la Ley, Para estos efectos, deberán ser inscritos en el registro del estado civil inmediatamente después de su nacimiento.^[6]

Para los niños, niñas y adolescentes, el derecho fundamental a tener un nombre, es un elemento de la personalidad jurídica según lo establece el código civil, y constituye una manifestación de la individualidad de las personas de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1260 de 1970.

En sentencia C-109 de 1995, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional señaló el contenido del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, en los siguientes términos:

“La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (CP art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica”.

Resulta importante mencionar que el reconocimiento de la personalidad jurídica traduce obligatoriamente los derechos a gozar de una identidad frente al Estado y a la sociedad, a tener un nombre y un apellido y a ser reconocido como sujeto de derechos y obligaciones.

En sentencia T-191 de 1995, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo, el máximo Tribunal constitucional, manifestó que las personas tienen derecho a obtener certeza sobre su filiación:

“(…) Toda persona y en especial el niño tiene derecho no solamente a llevarlos 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”.

Ahora bien, respecto del reconocimiento de un hijo por sus padres, la Corte Constitucional,^[7] considera que éste es un acto libre y voluntario que emana de la recta razón humana por el hecho natural y biológico que supone la procreación y puede hacerse (i) mediante la firma del acta de nacimiento (ii) por escritura pública {iii} por testamento y (iv) por manifestación expresa y directa hecha ante Juez, Defensor, Comisario de Familia o Inspector de Policía, (v) siendo posible también que el padre o la madre reconozcan al hijo, incluso en la etapa de conciliación previa al proceso de filiación o dentro del mismo proceso.

2.3 Conclusiones

Primera: 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.

Segunda: Toda persona y en especial los niños, niñas y adolescentes tienen derecho no solo 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 a cargo de sus progenitores.

Tercero: No obstante la paternidad sea derivada de un presunto abuso sexual e incesto, debe establecerse quién es el padre del niño o niña, si es que se conoce quién es y su ubicación. El Defensor de Familia dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos que adelante a favor del niño o niña, tomará las medidas de restablecimiento de Derechos que considere necesarias de acuerdo a las particularidades del caso.

Cuarto: El Artículo 82 de la ley 1098 de 2006, establece las funciones que corresponden al Defensor de Familia, entré las cuales encontrarnos la del numeral 10 sobre *“Citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil”* y 11 *“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”*.

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 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 derecho aparecen relacionados con la dignidad humana, que es principio fundamental del Estado Colombiano (...) De otro lado, la Constitución consagra el derecho a l 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 Y 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 fácticas de las relaciones humanas a fin de que se respete la dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad.

7 Sentencia C-145/90 Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

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 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.