



**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

**CONCEPTO 93 DE 2017**

(Agosto 16)

Bogotá, D.C.

**Doctor**            **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**  
XXXXXXXXXXXX@abogadosalmanza.com  
Calle            44            No.            53            -            30.            Oficina            301.  
Bogotá, D.C.

**ASUNTO:**        Respuesta a la solicitud de concepto radicado con No. 290770 de 20/06/2017, referente a la interpretación jurídica del artículo 386 de la Ley 1564 de 2012 e intervención en un proceso judicial.

Apreciado:

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, así como en el artículo 6o, numeral 4 del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto respecto del asunto en cuestión, en los términos que siguen:

**1. PROBLEMA JURÍDICO**

Con base en la solicitud de concepto, se identifica el siguiente problema jurídico:

De la interpretación del artículo 386 de la Ley 1564 de 2012 y la jurisprudencia, en un proceso de investigación de paternidad, ¿se configura la falta de legitimación por activa y por pasiva?

Adicionalmente, el peticionario solicita la intervención del Defensor de Familia en el proceso particular que expone, sobre lo cual se hará explicación con posterioridad al análisis del problema jurídico.

## **2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Metodológicamente, el presente concepto se emite dentro de las siguientes líneas argumentativas: 2.1. Investigación e impugnación de la paternidad; 2.2 Quiénes están legitimados para promover la investigación de la paternidad y quiénes su impugnación; 2.3 Funciones del Defensor de Familia; 2.4. Conceptos de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF.

### **2.1. Investigación e impugnación de la paternidad**

De acuerdo con el artículo 386 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso,<sup>[1]</sup> el proceso de investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad fue concebido en aras de reconocer el derecho del niño, niña, adolescente o incapaz a tener una familia y a que sea reconocido por su padre o madre, en términos de su derecho a unos alimentos, además del ejercicio adecuado de visitas, custodia, patria potestad y guarda.

Dicho procedimiento de filiación consiste en la acción judicial que pretende establecer la verdadera filiación o el verdadero vínculo de un niño, niña, adolescente o adulto con su padre o con quien dice serlo.

La investigación de paternidad es un proceso de carácter judicial que se halla totalmente reglado y que restituye el derecho a la filiación de las personas cuando no son reconocidas voluntariamente por sus padres; se adelanta ante la Jurisdicción de Familia y para emitir sentencia, el juez debe solicitar y practicar pruebas que le permitan determinar la paternidad, incluida la prueba biológica de ADN, prueba que puede ser ordenada por la autoridad competente o aportada por las partes interesadas en el proceso, tal como lo ha definido la Corte Constitucional en su sentencia C-258 de 2015.<sup>[2]</sup>

La acción de Investigación de paternidad solo fue posible en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 45 de 1936 ya que con anterioridad se prohibía investigar la paternidad natural, cuya actual competencia de conocimiento en la actualidad es del Juez de Familia, en atención a la naturaleza del asunto. Aparte de la madre, quien puede iniciar el proceso, como titulares de la acción, desde el quinto mes de embarazo hasta que el hijo llegue a la mayoría de edad, también pueden ser el hijo menor a través de su representante legal, el hijo mayor de edad, la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor, el Defensor de Familia y el Ministerio Público. Partes en el proceso lo son, el padre y el hijo en sus condiciones de demandado y demandante, siempre que el padre biológico viva. En consecuencia, éste debe ser notificado como parte pasiva. Si el padre ha muerto, serán demandados sus herederos y su cónyuge; y fallecido el hijo, la demanda podrá ser presentada por sus descendientes o sus ascendientes, todo de conformidad con el artículos 403 del Código Civil<sup>[3]</sup> y 10 de la Ley 75 de 1968.<sup>[4]</sup>

La Corte Constitucional, en su sentencia C-258 de 2015 también estableció que, en cuanto al procedimiento, los procesos de investigación de la paternidad se tramitan a través del proceso verbal de que trata el artículo 368 y subsiguientes del Código General del Proceso.<sup>[5]</sup>

## **2.2. Quiénes están legitimados para promover la investigación de la paternidad y quiénes su impugnación**

Como se mencionó arriba, la Corte Constitucional, en su sentencia C-258 de 2015 definió claramente cómo la investigación de la paternidad involucra el derecho del hijo menor de edad a ser reconocido y que no ha sido materializado voluntariamente por un progenitor, en ello se resalta cómo es el hijo que busca la filiación el legitimado para actuar en tales circunstancias, mediante su representante legal. Dijo la Corte:

La investigación de la paternidad es un proceso de carácter judicial que tiene como fin restituir el derecho a la filiación de las personas, cuando no son reconocidas voluntariamente por sus progenitores, mientras que la impugnación de la paternidad o la maternidad corresponde a la oportunidad que tiene una persona para refutar la relación filial que fue previamente reconocida.<sup>[6]</sup>

Esta disposición legitima a quien siendo padre o madre de otra persona menor de edad, busca ser reconocido como tal, para que así pueda fungir en el ejercicio de sus derechos y obligaciones de cara a su hijo.

Por otro lado, el procedimiento de impugnación legitima a una persona a quien se le atribuye ser padre o madre de otro, para que pueda enervar ese dicho. El artículo 4o de la Ley 1060 de 2006, que modificó el artículo 216 del Código Civil, establece quiénes están legitimados para impugnar la paternidad o maternidad, así:

ARTÍCULO 4o. El artículo 216 del Código Civil quedará así:

Artículo 216. Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, 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 biológico.

Seguidamente, el artículo 5o de la misma Ley, que modificó el artículo 217 del Código Civil, dispone:

ARTÍCULO 5o. El artículo 217 del Código Civil quedará así:

Artículo 217. El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico.

De esta manera, se articula el ordenamiento civil vigente con la disposición de la Ley 75 que en 1968 establecía claramente que serían partes en los juicios sobre filiación: el hijo por sí mismo, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el ministerio público. En este elemento normativo es claro que el legislador quiso legitimar al incapaz representado por quien ejerce su guarda, excluyendo de tal manera a cualquier sujeto que "de la nada" pretenda

representar los intereses de dicha persona sujeta a una guarda. Entendía el legislador, en síntesis, que vela por los derechos e intereses de una persona incapaz, aquel que demuestra un interés legítimo en accionar la filiación de dicha persona incapaz.

Aunado a lo anterior, es necesario hacer un análisis sistemático de la norma del Código General del Proceso con las disposiciones de la Ley 1306 de 2009, en lo relativo a las personas con discapacidad mental absoluta o relativa y la gestión de los curadores a cargo de las primeras.

En tal sentido, el artículo 9o de la Ley 1306 de 2009 establece que en materia de identidad y filiación de los incapaces o sujetos con discapacidad mental:

[D]eberán tener definida su identidad y filiación con sus correspondientes asientos en el Registro del Estado Civil.

Toda medida de protección estará precedida de las diligencias y actuaciones necesarias para determinar plenamente la identidad de quien tiene discapacidad y su familia genética o jurídica, según el caso, y la inscripción de estos datos en el Registro del Estado Civil.

Cuando no sea posible probarlos, el funcionario competente deberá dar aviso inmediato al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que este tome las medidas previstas en la ley para su determinación.

Es por ello que, existiendo los medios de prueba relativos a la identidad y filiación de una persona con discapacidad mental, tales elementos deben ser considerados respecto de quienes tienen vocación a ser llamados como guardadores y quedan legitimados para responder y representar a este tipo de personas, tanto en sus labores personales como en sus actividades diarias y, de manera especial, en toda actuación que pueda comprometer el ejercicio pleno de sus derechos y garantías.

Es natural que en el caso de una persona que, siendo mayor de edad, pierde el ejercicio pleno de sus facultades mentales, de cara a una discapacidad relativa o absoluta, sus ascendientes (en caso de no tener cónyuge ni descendientes) sean quienes sean llamados a cuidar y representar a la persona en discapacidad.

En el caso de una persona que ha estado bajo el cuidado exclusivo de uno de sus progenitores y habiendo sido éste responsable de su cuidado durante su proceso vital de minoría de edad, en ausencia y despreocupación del otro progenitor, que irresponsablemente le ha negado su cuidado, alimentos debidos y el afecto propios de todo buen padre de familia, es evidente que el progenitor responsable y que ha asumido el cuidado de los derechos y necesidades de quien fue en su momento menor de edad, sea también la persona con vocación a representar los intereses de ese hijo que, en su mayoría de edad, pudiera ver comprometido su estado de salud, como ocurre en el caso de una incapacidad mental relativa o absoluta.

Lo anterior se soporta no sólo en el texto de la norma citada, sino también en el estudio que de ella ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 14 de agosto de 1995, en la que estableció la sustancialidad de la legitimación en la causa, para que un accionante sea reconocido como tal dentro de un proceso. Dijo la Corte:

[P]reciso es notar cómo la legitimación en la causa, ha dicho insistentemente la Corte, es cuestión propia del derecho sustancial v no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio v no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es su titular o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo éste formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca nuevamente frente a quien no es el llamado a responder.<sup>[7]</sup> (Subraya fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, la ausencia de legitimación en la causa afecta sustancialmente el proceso, puesto que compromete la esencia del derecho que pretende ponerse en debate ante la jurisdicción, ya que al no estar legitimado en la acción y fungir como si lo estuviera, habilitaría a quien realmente no es titular de un derecho que busca defender suplantando a su verdadero titular.

En ello insiste la Corte Suprema cuando manifiesta que:

[C]onviene aclarar, por vía de rectificación doctrinaria, que la legitimación en causa, que la ostenta el demandante cuando es legalmente el titular del derecho subjetivo que invoca, y el demandado cuando la ley lo enseña como la persona obligada a ejecutar la prestación correlativa al derecho del demandante, no es un presupuesto procesal, sino uno de los requisitos de mérito o condiciones de la acción indispensable para la prosperidad de ésta.<sup>[8]</sup>

Es el parecer de la Corte que no tener en consideración dicha calidad (accionante o accionado) afecta el acceso a la Administración de Justicia y el debido proceso y al atribuirle una u otra calidad a quien no la ostenta, conduciría a desconocer el derecho material de quien logre probar la causa por la que llega al procedimiento judicial.

En esta misma línea, respecto de la legitimación en la causa, el Consejo de Estado ha establecido que:

[L]a legitimación en la causa es un elemento sustancial que corresponde a la calidad o al derecho que tiene una persona para formular o para contradecir las pretensiones de la demanda, como sujeto de la relación jurídica sustancial; de esta manera, la parte demandante tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda - legitimación por activa- frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-. En ese sentido, se entiende que la primera (legitimación por activa) es la identidad que tiene el demandante con el titular del derecho subjetivo quien, por lo mismo, posee la vocación jurídica para reclamarlo, al paso que la segunda (legitimación por pasiva) es la identidad que tiene la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado.

(...)

Así las cosas, es deber del juez determinar si la parte accionante está legitimada para reclamar la indemnización del daño y si la entidad demandada es la llamada a responder por aquélla. Ante la falta de prueba sobre alguno de tales presupuestos, habrá lugar, indefectiblemente, a negar las pretensiones de la demanda.<sup>[9]</sup>

De esta manera, ante cualquiera de las jurisdicciones en las que un accionante pretenda hacer valer su derecho a la acción, habrá de demostrar su calidad de demandante legitimado para actuar, lo mismo que en el caso de un demandado, demostrar su calidad de tal, para contradecir la demanda y afirmar su posición respecto del derecho demandado, tal y como lo dijo el alto tribunal citado.

En el caso de la acción de investigación e impugnación de la paternidad o la maternidad, ambas partes llamadas a trabar el litigio deberán exhibir sus calidades de demandante legitimado y de demandado legitimado para controvertir en el proceso. No hacerlo iría en contra de los principios del debido proceso y acceso a la Administración de Justicia.

### **2.3. Funciones del Defensor de Familia**

La figura del Defensor de Familia tiene sus orígenes en la 83 de 1946, que establecía la figura del promotor curador de menores, como una autoridad que intervenía a favor de los menores de edad en los procesos penales.<sup>[10]</sup>

Con la Ley 75 de 1968, esta figura es reemplazada por la de Defensor de Menores, como servidor adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuyas funciones se referían principalmente a la intervención en procesos extrajudiciales y judiciales en favor de los niños, niñas y adolescentes. Posteriormente, la Ley 56 de 1988, pasa de denominarlo Defensor de Familia.

El Decreto 2272 de 1989, por el cual se organizó la jurisdicción de familia, derogado por el Código General del Proceso, establecía en su artículo 11,<sup>[11]</sup> la intervención del Defensor de Familia en dicha jurisdicción, en interés de los menores de edad, promoviendo las acciones pertinentes en los asuntos judiciales y extrajudiciales.

El Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) determinó que el Defensor de Familia era un funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y determinó los requisitos para el cargo y sus funciones en los artículos 277 y 278. Esta norma creó el proceso administrativo mediante el cual el Defensor de Familia adoptaba las medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes bajo situación irregular.

La Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y la Adolescencia derogó el Código del Menor y respecto del Defensor de Familia. Los artículos 80, 81 y 82 de dicha Ley establecen los requisitos para el cargo, así como sus deberes y funciones.

De manera general, el Defensor de Familia es la autoridad administrativa encargada de restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuando han sido amenazados, inobservados o vulnerados, para lo cual, la Ley le asigna una serie de funciones, a saber:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.
  2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.
  3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.
  4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.
  5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.
  6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes.
  7. Conceder permiso para salir del país a los niños, las niñas y los adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del juez.
  8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.
  9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.
  10. 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.
  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.
  12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.
- Fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación.

13. Declarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente.
14. Autorizar la adopción en los casos previstos en la ley.
15. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.
16. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.
17. Asesorar y orientar al público en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.
18. Solicitar la inscripción del nacimiento de un niño, la corrección, modificación o cancelación de su registro civil, ante la Dirección Nacional de Registro Civil de las personas, siempre y cuando dentro del proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos se pruebe que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia.

El artículo 106 de la citada Ley le otorga competencia al Defensor de Familia para adelantar allanamientos a los lugares donde se encuentren niños, niñas y adolescentes en riesgo, con el fin de rescatarlos y proceder al restablecimiento de sus derechos:

Artículo 106. Allanamiento y rescate. Siempre que el defensor o el comisario de familia tengan indicios de que un niño, una niña o un adolescente se halla en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria. Cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite. Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite.

De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta.

Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-256 de 2008, bajo el entendido de que, previamente, el Defensor deberá en una decisión escrita, valorar las pruebas que demuestran que se reúnen en cada caso los requisitos para que proceda el allanamiento con la finalidad exclusiva de efectuar el rescate y proteger al menor de edad. Lo anterior en la medida que esta facultad implica una excepción a la regla constitucional del allanamiento mediante orden judicial, establecida en el artículo 15 de la Carta Política.<sup>[12]</sup>

Adicionalmente, el Defensor de Familia tiene a su cargo la protección de las personas con discapacidad mental absoluta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1306 de 2009,<sup>[13]</sup> para lo cual se aplicarán las normas establecidas en la Ley 1098 de 2006, en tanto sean pertinentes y adecuadas a estas.

Como puede observarse el Defensor de Familia es una autoridad que tuvo desde sus orígenes funciones de intervención en los procesos judiciales a favor de los niños, niñas y adolescentes, con similitudes a la figura del Ministerio Público, no obstante normativamente, dicha figura, ha

evolucionado cualitativamente, tanto en el perfil, como en las funciones atribuidas, de tal forma, que hoy es una autoridad de relevancia capital en el sistema jurídico de protección de la niñez y la infancia colombiano, es un accionante permanente para amparar los Derechos Fundamentales de la Infancia toma decisiones de protección y de restablecimiento de derechos, priva de los derechos de patria potestad o cuando decide sobre el estado civil de los niños o decide sobre su custodia, alimentos o regulación de visitas, concilia en los asuntos de su competencia y debe litigar en representación de los derechos de los niños cuando presenta demandas ante las distintas Jurisdicciones.

En cuanto a su competencia funcional, es claro que al Defensor de Familia se le atribuyen múltiples funciones de distinta naturaleza, que tienen un fin claro: la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no obstante, su carácter sigue siendo administrativo.

#### **2.4. Conceptos de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF**

De conformidad con lo establecido por el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que establece el alcance de los conceptos emitidos por estas autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, cuya naturaleza es ilustrativa e indicativa, es decir, son conceptos generales que no se emiten respecto de casos particulares y no tienen carácter vinculante, así como tampoco se pueden pronunciar respecto de elementos bajo juicio en procedimientos judiciales particulares.

Tal como lo sostiene la Corte Constitucional, en su revisión de dicho artículo, mediante sentencia C-951 de 2014,<sup>[14]</sup> dichos conceptos se entienden que tienen efectos facultativos, auxiliares o indicativos, a la vez que en su carácter orientador, pueden ser acogidos o no por quien, ejerciendo su derecho de petición, recibe respuesta al mismo con este tipo de respuestas interpretativas de la Administración. En este sentido, la Corte Constitucional reitera su jurisprudencia<sup>[15]</sup> en torno a la aplicación general de dichos conceptos.

En adición a lo anterior, en el plano reglamentario, los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012, establecen la competencia de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, por lo que la facultad de atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia, se enmarca en la facultad de la Administración de atender peticiones de las que habla el citado artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Por todo lo anterior, el presente concepto, como los conceptos que emite esta Oficina, siguen el criterio arriba expuesto, sin establecer elementos que se encuentran en discusión tanto en la sede de lo Contencioso Administrativo como en la de Familia.

### **3. CONCLUSIONES**

En primer lugar, la investigación de paternidad es una acción de carácter judicial que busca establecer la verdadera filiación de un menor de edad o un adulto, con miras a restituir en su derecho a la filiación a las personas que no han sido reconocidas voluntariamente por sus progenitores.

Segundo, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia estudiadas, están legitimados para interponer la acción de investigación de la paternidad el representante legal del niño, niña, adolescente o incapaz que aduce su derecho a tener una familia y a ser reconocido por sus progenitores; o quien siendo progenitor de otra persona menor de edad, busca ser reconocido como tal, para que así pueda fungir en el ejercicio de sus derechos y obligaciones de cara a su hijo. Para el caso de los incapaces que buscan su filiación, de acuerdo con la legislación civil vigente desde 1968, cuyo sentido ha sido interpretado por la Corte Constitucional en la jurisprudencia estudiada, son los representantes de aquellos que ejercen su patria potestad o su guarda. De acuerdo con el artículo 386 del Código General del Proceso, en la investigación de la paternidad o la maternidad es necesario que tanto demandante como demandado exhiban sus calidades que los legitiman para actuar. Así mismo, de acuerdo con el artículo 4o de la Ley 1060 de 2006, que modificó el artículo 216 del Código Civil, están legitimados para impugnar la paternidad o maternidad, 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 biológico. El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo, de acuerdo con el artículo 5o de la misma Ley.

Tercero, el papel del Defensor de Familia es muy relevante dentro de los procesos judiciales, al punto que hoy en día es un accionante constante buscando amparar los Derechos fundamentales de la infancia, tomando decisiones de protección y de restablecimiento de derechos, privando de los derechos de patria potestad o decidiendo sobre el estado civil de los niños o respecto de su custodia, alimentos o regulación de visitas. También concilia en los asuntos de su competencia y debe litigar en representación de los derechos de los niños cuando presenta demandas ante las distintas jurisdicciones. Por su parte, en lo relativo a las competencias funcionales de dicho servidor, se le atribuyen múltiples funciones que buscan la garantía y el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo de naturaleza administrativa.

Cuarto, esta Oficina Asesora Jurídica reitera que, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, los conceptos que emite son de carácter general, con una naturaleza ilustrativa e indicativa, que no pueden versar sobre casos particulares o cuya materia está pendiente de definición por parte de la autoridad administrativa o jurisdiccional.

En quinto lugar, le informamos que en torno a petición para la intervención activa en el proceso particular de Aldaír Guana, habiendo sido recibida previamente sus solicitud, mediante comunicación radicada en el ICBF con el No. 290770 y SIM 1760925045 de 14 de junio de 2017, esta Oficina corrió traslado de la misma a la Dirección de Protección del ICBF, mediante Memorando con radicado No. 62384 de 22 de junio de 2017, en el que se le solicitó que conforme a la misma, desde esa dependencia se designe al Defensor de Familia que intervenga en las actuaciones administrativas y judiciales pertinentes en el caso de Aldaír Guana.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto 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 4, 8 y 20 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

**LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

**NOTAS AL FINAL:**

**1. Código General del Proceso. Artículo 386. Investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad. En todos los procesos de investigación o impugnación se aplicarán las siguientes reglas especiales:**

**1. La demanda deberá contener todos los hechos, causales y petición de pruebas, en la forma y términos previstos en el artículo 82 de este código.**

**2. Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial.**

**De la prueba científica se correrá traslado por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de un nuevo dictamen, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.**

**Las disposiciones especiales de este artículo sobre la prueba científica prevalecerán sobre las normas generales de presentación y contradicción de la prueba pericial contenidas en la parte general de este código.**

**El juez ordenará a las partes para que presten toda la colaboración necesaria en la toma de muestras.**

**3. No será necesaria la práctica de la prueba científica cuando el demandado no se oponga a las pretensiones, sin perjuicio de que el juez pueda decretar pruebas en el caso de impugnación de la filiación de menores.**

**4. Se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda en los siguientes casos.**

**a) Cuando el demandado no se oponga a las pretensiones en el término legal, sin perjuicio de 1 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.**

5. En el proceso de investigación de la paternidad, podrán decretarse alimentos provisionales desde la admisión de la demanda, siempre que el juez encuentre que la demanda tiene un fundamento razonable o desde el momento en que se presente un dictamen de inclusión de la paternidad. Así mismo podrá suspenderlos desde que exista fundamento razonable de exclusión de la paternidad.

6. Cuando además de la filiación el juez tenga que tomar medidas sobre visitas, custodia, alimentos, patria potestad y guarda, en el mismo proceso podrá, una vez agotado el trámite previsto en el inciso segundo del numeral segundo de este artículo, decretar las pruebas pedidas en la demanda o las que de oficio considere necesarias, para practicarlas en audiencia

7. En lo pertinente, para la práctica de la prueba científica y para las declaraciones consecuenciales, se tendrán en cuenta las disposiciones de la Ley 721 de 2001 y las normas que la adicionen o sustituyan.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 6 de mayo de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3 Código Civil. Artículo 403. Legítimo contradictor. Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.

4 Ley 75 de 1968. Artículo 10 El artículo 7o de la Ley 45 de 1936 quedará así: Artículo 7o. Las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 402, 403 y 404 del Código Civil se aplican también al caso de filiación natural. Muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge.

5 Corte Constitucional.

6 Ibíd.

7 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de agosto de 1995. M.P.: Nicolás Bechara Simancas. Exp.: 4268

8. Ibíd.

9. Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 1 de octubre de 2014. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp.: 33767.

10. El origen del servidor público que hoy es el defensor de familia se remonta a la Ley 83 de 1946 (llamada la Ley Orgánica del Niño), y su denominación respondió al nombre de promotor curador de menores. Este funcionario era nombrado por el poder ejecutivo y se desempeñaba en el juzgado de menores, actuando dentro de los procesos penales de adolescentes en defensa de sus intereses, presentando pruebas acerca de su culpabilidad o inocencia, interviniendo en las audiencias, o proponiendo medidas de protección para corregir su situación de abandono o de peligro moral o físico, dentro de los procesos que se adelantaban en estos juzgados". JIMÉNEZ - BARROS, Ricardo "Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la

eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia ¿Conciliador o juez?", en Universitas No.124. Bogotá. 2012.

11. El defensor de familia intervendrá en nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar, en los procesos que se tramiten ante esta jurisdicción y en los que actuaba el defensor de menores, sin perjuicio de las facultades que se le otorgan al Ministerio Público. Intervendrá también en interés del menor, para promover las acciones pertinentes en los asuntos judiciales y extrajudiciales de familia, sin perjuicio de la representación legal y judicial que corresponda.

12. Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. (...)

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial. en los casos y con las formalidades que establezca la ley. (...)

13. Protección de estas personas: Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia, prestar asistencia personal y jurídica a los sujetos con discapacidad mental absoluta de cualquier edad, de oficio o por denuncia que cualquier persona haga ante la entidad.

El funcionario del ICBF o cualquier otro ciudadano que reciba noticia o denuncia sobre alguna persona con discapacidad mental absoluta que requiera asistencia, deberá informar inmediatamente al Defensor de Familia, a efectos de que éste proceda a tomar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos o a interponer las acciones judiciales pertinentes.

PARÁGRAFO: Las normas sobre vulneración de los derechos, procedimientos y medidas de restablecimiento de los derechos contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, serán aplicables a las personas con discapacidad mental absoluta, en cuanto sea pertinente y adecuado a la situación de éstas.

14. Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 4 de diciembre de 2014. M.P.: María Victoria Sáchica Méndez.

15. Ibíd. Sentencias C-487 de 26 de septiembre de 1996 M.P.: Antonio Barrera Carbonell; C-877 de 12 da julio de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonell; T-807 de 29 de junio de 2000. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; y C-542 de 24 de mayo de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

*Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*