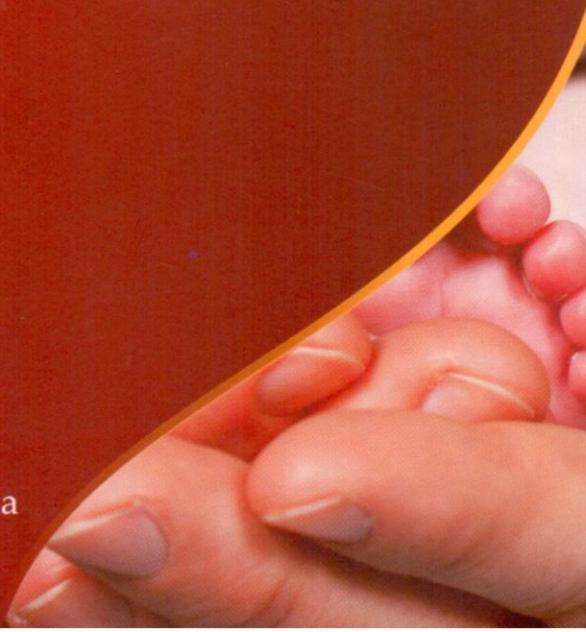




Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

FILIACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA

República de Colombia



**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA DE FAMILIA**

FILIACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Consejo Superior
de la Judicatura

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

JULIETA ABELLO

**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL
ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA DE FAMILIA**

FILIACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “ RODRIGO LARA BONILLA”**

ISBN 978-958-8331-41-6

JULIETA ABELLO, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero
y Luz Amparo Serrano Quintero.

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA DE FAMILIA

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al **Área de Familia**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuya autora **Julieta Abello, integrante del grupo de trabajo de este programa de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área de Familia**.

El módulo **Filiación en el Derecho de Familia** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por la autora, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, la autora complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelantan para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la

prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que aprenden* “learning organizations”, y *redes de aprendizaje* “learning networks”.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial.* Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación

de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas.* Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación.* Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan,

que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistemática y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 – 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. ASPECTOS GENERALES SOBRE FILIACIÓN	23
1.1. Concepto	24
1.2. Marco internacional en relación a las obligaciones paterno y materno filiales	25
1.3. Referente constitucional	27
1.4. Evolución legislativa	29
1.5. Autoevaluación	40
1.7. Análisis de jurisprudencia	44
1.8. Bibliografía seleccionada	45
2. CLASES DE FILIACIÓN	47
2.1. Antecedentes	48
2.2. La filiación matrimonial	49
2.3. Filiación extramatrimonial	57
2.4. Filiación adoptiva	62
2.5. Filiación asistida	71
2.6. Autoevaluación	84
2.7. Actividades pedagógicas	89
2.8. Análisis de jurisprudencia	90
2.9. Bibliografía seleccionada	91
3. ACCIONES DE RECLAMACIÓN E IMPUGNACIÓN	93
3.1. Aspectos probatorios generales	94
3.2. Las pruebas en particular	94
3.3. Ley 721 de 2001 y pruebas científicas- adn-	96
3.4. Otros medios de prueba - código de procediendo civil	101
3.5. Acciones de reclamacion o declaracion de la filiacion y estado civil	103
3.6. Acciones de desconocimiento o impugnación	113

3.7.	Reconocimiento de la calidad de hijo o hija	130
3.8.	Autoevaluación	140
3.9.	Actividades pedagógicas	146
3.10.	Análisis de jurisprudencia	147
3.11.	Bibliografía seleccionada	150
4.	EFFECTOS DE LA FILIACIÓN	153
4.1.	Introducción	154
4.2.	Derechos y obligaciones entre padres e hijos o hijas	154
4.3.	Patria potestad	163
4.4.	La emancipación	173
4.5.	Estado civil	177
4.6.	Derechos sucesorales	179
4.7.	Autoevaluación	179
4.8.	Actividades pedagógicas	181
4.9.	Análisis de jurisprudencia	182
4.10.	Bibliografía seleccionada	183

CONVENCIONES

Ae

Autoevaluación

Ap

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

Bs

Bibliografía seleccionada

J

Jurisprudencia

Ce

Objetivos específicos

Qg

Objetivo general

Unidad 1 | ASPECTOS GENERALES SOBRE FILIACIÓN

Qg

Establecer y clarificar los avances legislativos, jurisprudenciales, doctrinales y científicos más significativos para ilustrar el criterio con el cual el juzgador va a enfrentar las causas de filiación.

Qe

- Reconocer los últimos desarrollos teóricos sobre el concepto de filiación a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.
- Comparar la concepción del sistema clásico de filiación en relación con el sistema contemporáneo actual.
- Establecer cuál es la legislación aplicable para los casos concretos que su despacho deba conocer en los procesos de filiación.

1.1. CONCEPTO

La filiación es la relación que existe entre padres e hijos o hijas. La palabra filiación se deriva del vocablo latino filius-filii que quiere decir hijo o hija en esa lengua. La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre o con su madre, vínculo que tiene fundamento, en principio, en un hecho natural, la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes como la adopción o la reproducción asistida no suficientemente regulada por la legislación civil.

La Corte Constitucional ha definido la filiación como la relación que se genera entre procreante y procreado o procreada entre adoptante y adoptado o adoptada (Sentencia T 488 de 1999 Corte Constitucional Magistrada Ponente, Martha Sáchica.)

La filiación estructura un estado civil porque implica la relación jurídica entre un hijo o hija, una hija y su padre o su madre, relación de ese hijo o hija con la familia de donde proviene, que va a determinar que el mismo o la misma pueda ser titular de derechos y obligaciones respecto a su padre o a su madre. La relación paterno-filial está regulada por la ley, que se encarga de dar efectos a la relación que nace entre esos miembros de la familia. La filiación es el grado de parentesco o relación de descendencia existente entre dos personas, una de las cuales es madre o padre de la otra.

La filiación proporciona una identidad a toda persona y, además, implica derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijo o hija. En nuestra legislación esta relación paterno-materno-filial, estaba sujeta a condiciones que no dependían de los hijos o hijas, sino de su nacimiento o del estado civil de los padres. Estas circunstancias han desaparecido de la mayoría de legislaciones, habida cuenta que actualmente a todos los hijos o hijas se les reconoce igualdad de derechos independientemente del origen de su filiación. En nuestra legislación a pesar de haberse igualado los derechos para toda la clase de hijos o hijas, subsisten las diferencias entre ellos de acuerdo con el nacimiento o con el estado civil de los padres, por las diferentes circunstancias que implica cada tipo de filiación. Las normas sobre filiación como todas las de carácter familiar son de orden público y por tanto no pueden ser variadas por voluntad de las partes.

1.2. MARCO INTERNACIONAL EN RELACIÓN A LAS OBLIGACIONES PATERNO Y MATERNO FILIALES

Los principios generales sobre la relación jurídica entre padres e hijos o hijas se encuentran contenidos, entre otros, en los siguientes pactos y convenios internacionales firmados por Colombia:

1.2.1. Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional

Firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1889. Ratificado por Colombia mediante la Ley 33 de 1992. Este tratado contiene tres artículos (16, 17 y 18) referentes al tema de la filiación donde específicamente se establece que la ley que rige la celebración del matrimonio es la que determina la filiación legítima de un niño o niña, de manera que si el problema de la legitimidad de un niño o niña no tiene raíz en la validez o en la nulidad de un matrimonio, se regula por el domicilio conyugal que tengan los padres en el momento de nacer el niño o niña y que los derechos de la filiación ilegitima se rigen por la ley del Estado donde se va a hacer efectiva.

1.2.2. Declaración Universal de Derechos Humanos

Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. La declaración en su artículo 2o. proclama que no se admiten excepciones, distinciones o discriminaciones en el reconocimiento y aplicación de los derechos proclamados en ella, por motivos de nacimiento o de cualquier otra condición. De otra parte, en su artículo 25 señala que *"Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"*.

Con estos pronunciamientos la declaración universal de los derechos del hombre, desde 1948, establece la igualdad de todos los hijos o hijas sin importar su origen.

1.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968.

Inicia su artículo 2º con la misma consideración de la declaración universal de los derechos humanos en el sentido de que los Estados Partes del Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna por nacimiento o por cualquier otra condición social.

De otro lado el pacto señala que se deberán tomar todas las medidas que sean necesarias con el fin de garantizar la protección y asistencia en favor de todos los niños o niñas, y los adolescentes y las adolescentes, sin distinción alguna por razón de filiación o de cualquier otra condición. (Artículo 10.3) y que todo niño o niña tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de su nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (Artículo 24)

El Artículo 26 del Pacto reitera que todas las personas tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Para ello, la ley prohíbe toda discriminación por motivos de nacimiento o de cualquier otra condición social.

Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y acogida por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

En primer término la convención desarrolla el derecho fundamental de la IGUALDAD al señalar que: "El convenio se aplica a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. (subrayado fuera de texto). Lo que implica que todos los niños sin importar si son hijos o hijas legítimos, extramatrimoniales, adoptivos o que provengan de filiación asistida, tienen los mismos derechos.

En segundo lugar se destaca como la Convención reconoce los derechos y deberes que surgen de la relación paterno filial; así en el artículo tercero los Estados Partes se comprometen a proteger al niño o niña sin perder de vista los derechos y deberes de los padres responsables de ese menor y en el artículo 5 se comprometen a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres del niño o niña.

El Derecho a la Identidad. En la Convención se establece que todo niño o niña adquiere desde que nace el derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad

y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Es así que por este tratado a todos los niños o niñas, niñas y adolescentes se les reconoce el derecho fundamental a esclarecer su verdadera filiación.

1.2.5 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró *en vigor el 3 de enero de 1976*, de conformidad con el artículo 27. Ratificado por Colombia el 29 de Octubre de 1969.

El pacto en su artículo segundo establece que los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna, entre otros, por motivos de su nacimiento.

Por otro lado, en el artículo 10 numeral tercero, el Pacto preceptúa “*Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.*”

Como se observa, en este tratado se protege a los menores de edad contra todo tipo de discriminación por su nacimiento y su filiación.

1.3 REFERENTE CONSTITUCIONAL

La constitución política de Colombia de 1991 “*ampara a la familia como institución básica de la sociedad*” (Artículo 5 C. N.). Igualmente propende por la igualdad de todas las personas, entre las cuales se encuentran los niños o niñas, y los adolescentes. (Artículo 13)

Todos los niños o niñas tienen derecho a tener una familia, un padre y una madre y la certeza de que esos son sus verdaderos padres, mediante las acciones de impugnación o reclamación del estado civil. La Constitución entonces, está guiando al Juez o Jueza o Juez o Jueza en su misión de esclarecer con todos los medios de prueba que tenga a su alcance la verdadera filiación para garantizarles a todas las personas su derecho a tener una familia y a que esta sea la suya verdadera.

Por otro lado, el artículo 14 de la Carta consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, desarrollado por la Corte Constitucional, al

afirmar: “*El artículo 14 de la constitución establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.* Con ello, el ordenamiento reconoce a todo individuo de la especie humana el derecho a su reconocimiento “como persona humana”, por el sólo hecho de existir, cierto atributos jurídicos que se estiman inseparables de ella. Uno de tales atributos es, precisamente, el estado civil de la persona pues de todo ser humano puede decirse si es mayor o menor de edad, soltero o casado, hijo o hija legítimo o extramatrimonial, etc.”

Pero sin duda, el referente constitucional más importante es el artículo 42 de la Carta que reconoce constitucionalmente la importancia de la familia, tanto la matrimonial como la de hecho o extramatrimonial. Familia esta última que existe en Colombia desde tiempos inmemoriales, hecho que cambia y modifica la filiación, pues hay unos hijos o hijas provenientes de este tipo de familia que ya tienen un amparo especial como se explicará más adelante.

El artículo 42 puntualmente señala: “*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.*”

El precepto del artículo 42 eleva a rango constitucional la igualdad de derechos y obligaciones que tienen tanto los hijos como las hijas, independientemente del vínculo que uniera a sus progenitores.¹

Por otro lado, el artículo 42 de la C.N. introduce el concepto de la filiación proveniente de las nuevas técnicas de fecundación que surgen por los procedimientos científicos que se vienen implementando para lograr la fecundación efectiva desde hace mucho tiempo. Lo anterior es muy importante, pues de estos procesos de fecundación asistida surgen nuevas figuras y problemas jurídicos que a pesar de no tener regulación legal específica, si tienen un fundamento constitucional, con base en el cual deberán ser resueltos.

Nuestra legislación actual en materia de filiación parte del supuesto carácter de vincularla exclusivamente al aspecto biológico; figuras como el alquiler de vientre o la maternidad subrogada, la donación de embriones, la inseminación artificial, la gestación “in Vitro” (bebé probeta) etc. no están suficientemente reguladas; en consecuencia, cuando surjan conflictos en relación con ellas, el Juez o Jueza o Juez o Jueza deberá tener una visión más amplia que las presunciones que le otorga la ley para fallar, partiendo actualmente de la prueba del ADN. Para la Corte Constitucional:

¹ Corte Constitucional Sentencia C-047, C-105 de 1994 y C-595 de 1996, entre otras.

“El derecho del menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental 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.

Entre los derechos fundamentales de los niños o niñas consagrados por **el artículo 44 de la Constitución Política** se encuentra el de tener un nombre, que es atributo de la personalidad según la ley civil y que, al permitir diferenciar a unas personas respecto de las demás, constituye una manifestación de la individualidad, como lo expresa el Artículo 3º Decreto 1260/70. De acuerdo con la misma norma, este elemento, indispensable en el curso de la convivencia social, comprende, fuera del llamado nombre de pila, que distingue al individuo entre los demás miembros de la familia, los apellidos, que definen su filiación, y, en su caso, el seudónimo.”²

1.4. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La filiación es una de las áreas del derecho de familia de más amplio desarrollo y más cambios significativos en los últimos años. En este subtítulo se incluirán únicamente las leyes vigentes en el momento. Por tal razón, no estudiaremos en esta evolución muchas de las leyes, que a pesar de haber sido muy importantes en su época, no se encuentran vigentes debido a los avances legislativos del momento. Así, no se mencionarán los primeros códigos donde se daban clasificaciones muy distintas a las que tenemos hoy.

Se desarrollarán con mayor profundidad las leyes que dieron un giro importante en esta materia, tratando de mostrar cuales fueron los cambios más relevantes de cada una de ellas, y cuales se encuentran vigentes.

1.4.1. CÓDIGO CIVIL ADOPTADO POR LA LEY 57 DE 1887.

En la Constitución de 1886 se reconstituye Colombia como república unitaria y por esta razón se unifica la legislación para todo el país y es así como la Ley 57 de 1887 se encarga de adoptar para toda la unión el Código Civil de la Unión de 1873. En este código había dos artículos contradictorios. El artículo 318, dentro de una concepción amplia estipulaba que los hijos o hijas concebidos fuera del matrimonio eran naturales y podían ser reconocidos por sus padres y el artículo 52 manifestaba que los hijos o hijas ilegítimos eran de tres clases: **naturales** (hijos o hijas de padres que se podían casar al momento de la concepción), los

² Corte Constitucional Sentencia No. T-191/95.

de dañado y punible ayuntamiento y los simplemente ilegítimos. Por eso el artículo 318, dentro de su concepción amplia, dejaba por fuera a los demás tipos de hijos o hijas, en cuanto eran hijos o hijas del pecado y daba pie a pensar que estos hijos o hijas también podían ser reconocidos por sus padres, cuando no era así. Esta Ley al encontrar la contradicción planteada en el Código de la Unión de 1873, la soluciona adoptando la teoría del artículo 52 y eliminando el artículo 318. Es decir se termina la discusión conservando solo para los hijos o hijas naturales el derecho a solicitar el reconocimiento. Esta ley señala dos clases de filiación:

La filiación legítima: Mantiene la misma definición del código de 1873 pero señala adicionalmente que todos los demás hijos o hijas son ilegítimos.

La filiación ilegitima: En cuanto a esto, agrega que los hijos o hijas naturales pueden ser reconocidos por el padre adicionalmente (antes testamento y escrituras pública) con la firma del acta de nacimiento y que se reputarán hijos o hijas naturales, respecto de la madre, y para todos los efectos civiles, los habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción. Igualmente, modifica la posición en cuanto a los hijos o hijas incestuosos eliminando el término “hijos incestuosos”, para los padres que tengan parentesco en el tercer grado transversal de consanguinidad; es decir, el hijo o hija engendrado por unión entre tío y sobrina, o viceversa entre tía y sobrina ya no va a dar lugar en esta Ley a un hijo o hija incestuoso. Esta clasificación ya fue derogada.

Con esta ley se abre la posibilidad de iniciar proceso de investigación de paternidad por el hijo o hija natural no reconocido voluntariamente, pero solo con el objeto de exigir alimentos. Se hablaba del reconocimiento voluntario que solo se podía hacer por escritura pública, por testamento o firmando el acta de nacimiento, procedimiento este último innovación de la presente Ley. Por otro lado, establece que no se reputará hijo o hija del marido al concebido durante el divorcio ó la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, le reconoció como suyo, o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges (Art. 20). Disposición aún vigente. En cuanto a los derechos sucesoriales de los hijos o hijas, deroga el artículo 1045 que daba derecho a los hijos o hijas naturales a heredar una quinta parte de la sucesión de su padre y señala que los hijos o hijas naturales tienen derecho al 25% de los bienes de la herencia de su padre. Esta ley la adopta nuestro código civil actual, por lo que está vigente aún. Pero de las modificaciones introducidas por esta ley en materia de filiación solo queda vigente el artículo 20 citado.

1.4.2. La LEY 153 DE 1887

Adiciona y modifica el código civil. En la primera parte presenta las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes que contiene dos artículos importantes el 24 y 25; el primero señala que “*Los hijos declarados legítimos bajo el imperio de una ley, no perderán su carácter por virtud de ley posterior.*” **artículo que se encuentra vigente;** y el artículo 25 que señala: “*los derechos de los hijos ilegítimos ó naturales se sujetan á la ley posterior en cuanto su aplicación no perjudique á la sucesión legítima.*” Disposición ya carente de vigencia, pues los derechos entre hijos o hijas naturales y legítimos, en este tipo de sucesión se equipararon por la ley 29 de 1982.

De la legitimación: la Ley 153 establecía la legitimación de los hijos o hijas por el matrimonio posterior de sus padres y señalaba unos casos excepciones en que no se daba. Fue derogado por la Ley 1 de 1976

De los Hijos o hijas Naturales: Se da la posibilidad a los padres de reconocer a los hijos o hijas naturales que no sean de dañado ayuntamiento, por instrumento público entre vivos ó por acto testamentario y dicta unas normas relativas al reconocimiento. De estas normas siguen vigentes los artículos 55 y 57 el primero se refiere al reconocimiento como un acto libre y voluntario, y el segundo trata sobre la impugnación del reconocimiento.

De los Hijos o hijas Ilegítimos no reconocidos solemnemente El hijo o hija ilegítimo no reconocido voluntariamente, no podía solicitar el reconocimiento, sino con el solo objeto de exigir alimentos. Los alimentos que podía exigir el hijo o hija ilegítimo eran solo los necesarios. Las demandas del hijo o hija ilegítimo se tramitaban bajo el procedimiento verbal. De estas normas siguen vigentes los artículos 68, 69 y 76 de esta Ley; el primero sobre el derecho que tiene el hijo o hija a que el supuesto padre sea citado personalmente ante el Juez o Jueza o Juez o Jueza a declarar bajo juramento si cree serlo, el segundo establece que si se hubiere citado al padre dos veces y no comparece, se mirará como reconocida la paternidad y el último, el 76, en cuanto dispone que “*Los alimentos suministrados por el padre ó la madre correrán desde la primera demanda.*”

1.4.3. LEY 45 DE 1936

Esta ley, exclusiva para la filiación, es importante porque termina con la clasificación anterior y deja solo la de hijos o hijas naturales y legítimos. Confiere al reconocimiento el carácter de irrevocable. Mejora la participación de los hijos o hijas naturales en la sucesión intestada, otorgándoles la mitad de lo que heredan

los hijos o hijas legítimos y les concede alimentos congruos. La patria potestad, bajo esta ley ya se da para el hijo o hija natural, pues antes era un derecho que la ley daba al padre legítimo sobre sus hijos o hijas. Se establece que por regla general la patria potestad del hijo o hija natural corresponde a la madre. Pero el Juez o Jueza la puede conceder al padre si este no está casado. No puede otorgarse la patria potestad al padre o a la madre declarados como tales en juicio contencioso. Introduce las presunciones de la paternidad y la prohibición de reconocer al hijo o hija de mujer casada. Un avance importante es brindar al hijo o hija la posibilidad de investigar la paternidad judicialmente; antes el hijo o hija solo podía obtener la paternidad por medio del reconocimiento. Algunos de sus artículos modificaron el código civil y están vigentes como: los artículos 1 (Art. 52 C. C.) sobre hijo o hija extramatrimonial, el 23 (Art. 1242 C. C) y el 24 (Art. 1253 C. C.) relativos a la sucesión; otros pocos están vigentes y hacen parte de la legislación obligada en materia de filiación, como los artículos 5,6,9,10,11,12,26 y 29; el resto del articulado fue derogado o modificado por la Ley 75 de 1968, Ley 29 de 1983, el Decreto 2820 de 1974, otros artículos han sido derogados por sustracción de materia como el artículo 27 que quedó sin valor, pues el impuesto de sucesión fue eliminado por el Decreto Ley 237 de 1983.

1.4.4. LEY 75 DE 1968:

Reglamenta lo referente a la filiación y crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Modifica varios artículos de la Ley 45 de 1936. Está vigente en su gran mayoría con algunas modificaciones que se señalarán en los puntos concretos. Esta Ley es la base para el derecho de filiación actualmente vigente con algunas modificaciones, como ya se señaló; por tanto se estudiará en detalle punto por punto, en lo relativo a la filiación así:

- **Los artículos 1 al 5** tratan lo referente al reconocimiento del hijo o hija natural (hoy extramatrimonial): la forma de hacer el reconocimiento, el reconocimiento del nasciturus, los efectos y la impugnación del reconocimiento. Estos artículos se encuentran vigentes, salvo el numeral 4 del artículo primero, modificado por el artículo 10 del decreto 2272 de 1989 y el artículo 3, que se refería a la prohibición de reconocer como natural al hijo o hija concebido por mujer casada, derogado expresamente por Ley 1060 de 2006, dada la tendencia actual y la posibilidad que hoy se tiene con la prueba genética de saber quién es el verdadero padre del niño o niña y por la tendencia moderna a reconocer a todas las personas el derecho a escoger su verdadera filiación.
- **El artículo 6** establece las presunciones de paternidad natural, presunciones muy importantes, que fueron la base de las demandadas de reclamación de la filiación

extramatrimonial, hasta cuando se expide la Ley 721 de 2006 que establece la supremacía a la prueba genética.

- **El artículo 7** se encuentra derogado por la Ley 721 de 2006. Establecía que en los procesos de filiación, el Juez o Jueza o Juez o Jueza, a solicitud de parte o de oficio, debía decretar los exámenes genéticos existentes en la época que eran la prueba antropo – heredero – biológica, los análisis de los grupos y factores sanguíneos, la valoración de los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles.
- **El artículo 8** establece la obligación para los jefes de hospitales, clínicas o casa de salud y para los médicos tratantes que reciban a una mujer embarazada de informar al Juez o Jueza de Menores (hoy de familia Decreto 2272/89) la fecha probable de iniciación del embarazo y las características heredero – biológicas de la paciente y de la criatura.
- **El artículo 9** se ocupa de la posesión notoria del estado civil que es de cinco años.
- **El artículo 10** se refiere a la legitimación en la causa por activa y por pasiva en los procesos de investigación de paternidad, complementando el artículo 403 del código civil. Ordena aplicar algunas de las pruebas del estado civil al hijo o hija extramatrimonial. El inciso tercero del artículo 10º de la ley 75 de 1968, fue reformado por el artículo 1º de la ley 29 de 1982 que consagró la igualdad entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. La reforma consistió en la derogación tácita del adjetivo **legítimo** que calificaba el sustantivo **descendiente**.³
- **El artículo 11** fue derogado por la Ley 721 de 2006. El artículo establecía que de los juicios sobre filiación natural de un menor conocía el Juez o Jueza de Menores (hoy de familia) y muertos el presunto padre o el hijo o hija, la acción sólo podía intentarse ante el Juez o Jueza civil competente y por la vía ordinaria.
- **El artículo 12** establece la investigación oficiosa por parte del Defensor de Menores (hoy de familia) que tenga conocimiento de la existencia de un niño o niña de padre o madre desconocidos.
- **El artículo 13** regula la legitimación en la causa por activa en los procesos de filiación
- **El artículo 14** señalaba el procedimiento en las demandas de filiación y fue derogado por la Ley 721 de 2006.

³ Corte Suprema de Justicia demanda C 047-94.

- **El artículo 15** se refiere a que debe hacer el Juez o Jueza o Juez o Jueza cuando hay un reconocimiento en medio del proceso de filiación.
- **El artículo 16.** Señala el contenido y los efectos de la sentencia de filiación.
- **Los artículos 17 y 18** contenían normas sobre como proceder en caso de revisión de las sentencias dictadas por el Juez o Jueza de menores, en cuanto se referían al estado civil. Normas que perdieron vigencia, pues el tema no está contemplado en el artículo 380 del código de procedimiento civil. Los Artículos 17 y 18 fueron derogados tácitamente por el Decreto 2272 de 1989, según lo dispuso la Corte Constitucional en la parte motiva de la Sentencia No. C-282-94 del 16 de junio de 1994, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa
- **Los artículos 19 y 20** referidos a la patria potestad fueron derogados por el Decreto 2820 de 1974.
- **Los artículos 21, 22, 25 y 26** se refieren a la patria potestad y a la guarda, aspecto que se estudiará en la unidad relativa a los efectos de la filiación.
- **Los artículos 23 y 24** adicionaban los artículos 64 y 65 de la ley 83 de 1966. Esta última ley fue derogada por el artículo 353 del decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), de manera que estos artículos también están derogados. Se referían a la suspensión de patria potestad y a la custodia.
- **Los artículos 27 y 28** fueron derogados expresamente por la Ley 5 de 1975, que se refiere a la adopción, tema regulado por la nueva ley de infancia (Ley 1098 de 2006).
- **El artículo 29** establecía la igualdad en la tasa del impuesto sobre sucesiones y donaciones, para todos los hijos o hijas, sean legítimos, naturales o adoptivos. La tasa sobre sucesiones fue eliminada por el Decreto Ley 237 de 1983, dando paso al impuesto de ganancia ocasional que grava a todos los herederos, por lo tanto no se encuentra vigente
- **El artículo 30** fue modificado por la Ley 5 de 1975 y Ley 29 de 1982 y hacía referencia al primer orden sucesoral.
- **El artículo 31** importante porque incluye a los hijos o hijas naturales, hoy extramatrimoniales, y a sus descendentes y a los ascendientes naturales como sujetos pasivos a los cuales se deben alimentos.
- **Los artículos 32 al 39** se referían al proceso de alimentos para menores, tópico derogado por el código del menor en vigencia solo para esos artículos.

1.4.5. DECRETO 2820 DE 1974.

Este decreto otorga iguales derechos a los hombres y a las mujeres. En él se modifica el nombre de hijos o hijas naturales por el de hijos o hijas extramatrimoniales. Confiere iguales derechos a los padres y a las madres con respecto a sus hijos o hijas, tema que se revisará al tratar los efectos de la filiación; en cuanto a la filiación propiamente dicha el Artículo 50 del Decreto modifica el artículo 449 del código civil donde se estipula que la facultad de nombrar tutor por testamento al hijo o hija la pueden ejercer los padres extramatrimoniales **si viven juntos, si no la ejercerá el padre con quien viva el menor**. La parte en negrilla fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-204 de 2005. Este decreto está vigente parcialmente, en lo relativo a filiación está vigente el artículo 50 con la modificación anterior.

1.4.6. DECRETO 772 DE 1975.

Aquí se señala que no tienen la patria potestad los padres o madres declarados como tales en un proceso contradictorio. Igualmente regula varios aspectos de la patria potestad al modificar y sustituir el Decreto 2820 de 1974. El tema se revisará al tratar los efectos de la filiación. Este decreto se encuentra vigente e incorporado en los artículos del Código Civil, salvo el derogado artículo 11.

1.4.7. LEY 29 DE 1982

Es otra de las leyes hito, pues otorga igualdad a los hijos o hijas legítimos, a los extramatrimoniales y adoptivos en relación con todos los derechos, especialmente los sucesorales. Incluye la clasificación de los hijos o hijas en Legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. Es importante anotar como el proceso que condujo a la igualdad de los hijos o hijas legítimas y extramatrimoniales en Colombia, comenzó con la Ley 45 de 1936 y culminó con la Ley 29 de 1982. Ley esta, vigente e incorporada en los artículos del Código Civil.

1.4.8. DECRETO 2737 DE 1989

El artículo 5º del Código del Menor establece que todo menor tiene derecho a que se defina su filiación. A esta garantía corresponde el deber del Estado de brindar todas las oportunidades para asegurar una progenitura responsable. Artículo que inexplicablemente no se incluyó en la nueva ley de infancia y adolescencia. Igualmente, este código regula todo lo referente a la adopción al derogar toda la legislación anterior sobre la materia; en este punto lo más importante es que acabó con la adopción simple. Igualmente el código entra a regular los alimentos

y el proceso de alimentos para menores de edad. El Código del Menor fue derogado casi totalmente por la Ley 1098 de 2006 nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, que empezó a regir el 8 de mayo de 2007, salvo algunos aspectos de responsabilidad penal que se fueron implementando gradualmente antes de esta fecha. Quedan vigentes los artículos 320 a 325 sobre prohibiciones especiales para menores de edad y los juicios especiales de alimentos.

1.4.9. El DECRETO 2272 DE 1989

Organiza la Jurisdicción de Familia. En su artículo 10º modifica el numeral 4º del artículo 1º. Ley 75 de 1968 y establece el reconocimiento del hijo o hija extramatrimonial ante el Juez o Jueza o Juez o Jueza. Está vigente.

1.4.10. La LEY 721 DE 2001

Modifica los artículos 7, 11, 14 de la Ley 75 de 1968. Regula todo lo concerniente a la prueba de paternidad, incluyendo la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos como la prueba reina en los procesos de filiación, y establece que sólo cuando es absolutamente imposible disponer de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para dictar sentencia. Afianza la importancia de que todo niño o niña goza el derecho a tener una filiación. Esta ley se encuentra vigente y será tratada en la unidad tres del presente módulo.

1.4.11. El DECRETO 1562 DE 2002

Reglamentó el funcionamiento de la Comisión de Acreditación y Vigilancia de los Laboratorios que practican las pruebas de paternidad o maternidad con marcadores genéticos de ADN. La ley se encuentra vigente.

1.4.12. La LEY 1060 DE 2006.

Otra ley importante para estudiar en el derecho de filiación. Por esta razón se verá reflejada en las otras unidades del módulo y se procederá a examinarla, en forma rápida, artículo por artículo. Con ella se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.

1) Características generales de la Ley:

Coloca en pie de igualdad a la familia conformada por un matrimonio y a la conformada por la unión marital.

Admite la filiación como un derecho fundamental, recoge los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia, y establece que siempre existe la posibilidad de establecer la filiación, concretamente la del hijo o hija de mujer casada.

Es una ley de carácter contemporáneo, al incluir la visión moderna de la prueba científica como prueba reina en los procesos de filiación.

A pesar de ser una ley de avanzada, pasó por alto algunos temas de la filiación muy importantes, como la donación de embriones o la fecundación *in vitro*, entre otros.

Representa un avance en el cambio del sistema clásico que diferenciaba entre la filiación legítima y la extramatrimonial; trata de igualarlas en el caso de uniones maritales de hecho, sin técnica jurídica real, pues dentro del título de los hijos o hijas legítimos concebidos en el matrimonio, incluye a los que provienen de una unión marital. Sin embargo la filiación propiamente dicha no se ha igualado.

Con la reforma se pueden establecer que se mantiene la clasificación de la filiación en legítima y extramatrimonial pero se da un alcance diferente a la filiación proveniente de una unión marital que son hijos o hijas extramatrimoniales. Tema que se estudiará en la unidad dos de este módulo sobre clasificación de la filiación.

2) El articulado de la Ley:

- **El artículo 1** modifica el artículo 213 del C. C. Establece la presunción de paternidad, teniendo como padre al marido de la mujer casada o al compañero permanente, salvo se pruebe lo contrario.
- **El artículo 2** Modifica el artículo 214 del C. C incluyendo la presunción de paternidad para el hijo o hija nacido de una unión marital. Modifica la causal tradicional de “absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer”, que el marido podía alegar para desvirtuar la presunción de paternidad. Causal que fue sustituida por dos causales o excepciones al principio general:

Cuando el cónyuge o compañero demuestre que no es el padre.

Cuando en el proceso de impugnación mediante prueba científica se desvirtúe la presunción.

- **El artículo 3** derogó el artículo 215 del C.C que consideraba la prueba del adulterio de la mujer como causal para impugnar la paternidad.
- **El artículo 4** modificó el artículo 216 del C.C que establecía que el marido, era el único que podía reclamar contra la legitimidad del hijo o hija concebido durante el matrimonio. Ahora se amplía la gama de personas que pueden impugnar la paternidad de un hijo o hija legítimo o uno extramatrimonial nacido de la unión marital dentro de un criterio familiar amplio. La podrán impugnar el cónyuge, el compañero permanente, la madre y el propio hijo o hija. Modificó igualmente el término de caducidad para impugnar la paternidad, ampliando a 140 días el tradicional término de 60 días.
- **El artículo 5** modificó el artículo 217 del C.C, dando, tanto al hijo o hija, como al verdadero padre y a la verdadera madre, la posibilidad de impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En este proceso se usará la prueba científica. Prueba que se solicitara por una sola vez a costa de quien la pida, salvo que invoque amparo de pobreza.
- **El artículo 6** modificó el artículo 218 del C.C , al establecer que el Juez o Jueza de oficio o a solicitud de parte vinculará al proceso de reclamación o impugnación de paternidad al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de establecer la verdadera filiación.
- **El artículo 7** modificó el artículo 219 del C.C, determinando el momento en el cual los herederos del padre pueden impugnar la paternidad del hijo o hija.
- **El artículo 8** modificó el artículo 222 del C.C, al ampliar nuevamente de 60 a 140 días el término concedido a los ascendientes para provocar el juicio de ilegitimidad.
- **El artículo 9** modificó el artículo 223 del C.C, El artículo estipulaba que no valía ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo o hija si no se interponía en tiempo ante el Juez o Jueza, quien debe nombrar curador al hijo o hija que lo necesitara para que lo defienda y se estipulaba que no se admitía el testimonio de la madre que declarara en el juicio de legitimidad haberlo tenido en adulterio. Hoy se cambia y solo se estipula que se debe nombrarse un curador al hijo o hija por parte del Juez o Jueza si el hijo o hija lo necesita, en caso de impugnación de filiación de hijos o hijas menores. Este artículo debe armonizarse con el código de procedimiento civil y el curador solo se nombra cuando el menor carezca de representante legal.
- **El artículo 10** modificó el artículo 224 del C.C, que disponía una indemnización al padre por todo perjuicio que la declaración de ilegitimidad le pudiera irrogar. Se modificó al variar los términos “legítimo e ilegítimo” que usaba el artículo, pero no cambió nada de fondo.

- **El artículo 11** modificó el artículo 248 del C.C, que se refería a las causales de impugnación de la legitimación; como en artículos anteriores la variación consiste en ampliar el término para intentar la impugnación de 60 a 140 días, no solo a los hijos o hijas legítimos, sino a los provenientes de la unión marital.
- **El artículo 12** derogó el artículo 336 del C.C que versaba sobre la oportunidad para impugnar la maternidad, esto porque la está asimilando a la paternidad y en los artículos precedentes establece los términos de caducidad.
- **El artículo 13** modificó el artículo 337 del C.C que trata sobre los terceros titulares de la acción de impugnación de la maternidad y eliminó los términos de caducidad de la acción.
- **El artículo 14** Derogó expresamente los artículos 221 y 336 del código civil, los artículos 5 y 6 de la Ley 95 de 1890 y el artículo 3 de la Ley 75 de 1968.
- **El artículo 15 (artículo transitorio)** estipula que dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia de la ley, las personas que hayan impugnado la paternidad o la maternidad y esta haya sido decidida adversamente por encontrarse caducada la acción, estas podrán interponerla nuevamente y por una sola vez. Para estudiar este artículo es necesario distinguir entre caducidades frustradas, consumadas y futuras así:

Caducidades frustradas: Son las desarrolladas en este artículo transitorio, porque las acciones presentadas fueron decididas y rechazadas por cuestiones de tipo temporal, ya que el plazo, dentro del cual se ejerció la acción la hizo frustrarse. A este tipo de acciones se les aplica este artículo, pero solo por 180 días más.

Caducidades consumadas: Aquellas para cuyo ejercicio ya trascurrió el plazo y no se ejerció ningún tipo de acción. Se parte, entonces, de la base de la falta de interés para refutar la filiación; pero si las acciones fueron ejercidas y decididas de acuerdo con el fondo de las mismas se configura la cosa juzgada.

Caducidades futuras: Aquellas cuyos plazos empiezan a regir dentro de la vigencia de esta ley y a las cuales la ley se les aplica sin ninguna consideración.

1.4.13. LEY 1098 DE 2006.

Esta ley, la más reciente, contiene el Código de la Infancia y la Adolescencia que entró a regir a partir de ocho (8) de mayo de dos mil siete (2007). En ella se incluyen los derechos y libertades de los niños o niñas, las niñas, los adolescentes y las adolescentes, las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado frente a este grupo de personas, las medidas para restablecer los derechos, etc. En el tema

de filiación se resalta el artículo 109 que señala como debe ser el procedimiento en el caso de un reconocimiento de la paternidad por parte del padre de un hijo o hija extramatrimonial. Igualmente, el nuevo Código se encarga de regular algunos efectos de la filiación como son la custodia y los alimentos.

1.5. AUTOEVALUACIÓN

Ae

En la unidad uno del módulo de filiación se hará una auto evaluación a través del siguiente cuestionario con selección múltiple:

1) Sandra alquila el vientre a su prima Isabel y a su esposo Pedro. Para el efecto, Sandra es inseminada con el óvulo de Isabel y Pedro y a los 9 meses tiene el bebé, pero decide no entregarlo e incumplir el contrato firmado con Isabel. Isabel inicia un proceso en su despacho para que se la reconozca como madre del niño o niña que tuvo Sandra.

Se pregunta:

a) ¿Cuál sería la prueba más idónea a la que puede recurrir Isabel para demostrar que ella es la madre del niño o niña?

b) ¿A quien corresponde sufragar los gastos que ocasiona la prueba?

c) ¿Con base en cuál de los siguientes aspectos: Científico, biológico o humano debe fallar el juez?

2) A la muerte de su padre, dos hijos matrimoniales consultan con un abogado su intención de adelantar el respectivo proceso de sucesión. Le manifiestan su desacuerdo en que otros dos hijos del padre muerto, uno adoptivo y el otro extramatrimonial, participen en la misma medida que ellos de la masa sucesoral. Proponen al abogado que intente un acuerdo con los otros dos hermanos para que estos accedan a repartirse entre ellos un tercio de la masa herencial y que los otros dos tercios le correspondan un tercio a cada uno a ellos como hijos matrimoniales. Además, le proponen que la sucesión, una vez hecho el acuerdo se adelante por el trámite notarial, que según les han dicho es más expedito, si existe un acuerdo previo. Se pregunta:

a) ¿Cómo debe proceder el profesional del derecho ante la propuesta de los dos hijos matrimoniales?

Ae

- b) *¿Qué les debe aclarar en relación con los derechos del hijo o hija adoptivo?*
 - c) *¿Qué debe explicarles en relación con los derechos herenciales del hijo o hija extramatrimonial?*
 - d) *¿Cuál es la viabilidad de que la sucesión planteada en este caso pueda adelantarse por el trámite notarial?*
- 3) *Juana y Miguel están casados, Miguel es oficial naval y viaja constantemente. Su último destino es Dubái por lo que su esposa permanece en Colombia y aprovecha la ocasión para entablar una relación amorosa con Héctor; al mes de la partida de Miguel, Juana queda embarazada y da a luz una niña llamada Juanita, en Diciembre de 2005. Miguel no impugna la paternidad, e incluso proporciona a Juanita los alimentos necesarios durante los 100 días posteriores al nacimiento de la menor. Sin embargo acuciado por las dudas, en enero de 2007 decide consultar a un abogado.*

Se pregunta:

- a) *Las razones de la posibilidad de iniciar o no un proceso de impugnación de paternidad.*
 - b) *La viabilidad de aplicar a este caso el parágrafo transitorio de la nueva Ley 1060 de 2006.*
 - c) *¿Cuál sería la vía jurídica más expedita y más segura para resolver su caso?*
 - d) *En qué sentido se orientaría y porqué razones el fallo judicial?*
- 4) *Llega a su despacho un caso de filiación surgido de las nuevas técnicas de fecundación aportadas por los nuevos procedimientos científicos que se vienen utilizando hace mucho tiempo para lograr la fecundación efectiva. Para decidir usted sustenta su fallo en*
- a) *La Ley 721 de 2001*
 - b) *La Ley 1060 de 2006*
 - c) *La Constitución Nacional*

A
e

d) *El Código Civil*

e) *El nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia*

5) Rosa tiene un hijo llamado José Pablo. Despues del nacimiento de este menor, inicia una relación amorosa con José, quien no es el padre de su hijo José Pablo. En el transcurso de los años, José reconoce al menor, como si fuera su hijo y en el año 2005 José y Rosa se casan y legitiman a su hijo José Pablo en el acta de matrimonio. A los dos años, en 2007, Octavio impugna la paternidad de José Pablo aduciendo que es hijo de él y no de José. ¿Podrá Octavio impugnar la paternidad del hijo de mujer casada? De las cuatro opciones de respuesta seleccione a continuación la que considere verdadera:

a) Si. Porque la ley lo faculta para hacerlo y tiene interés actual en ello.

b) No. Porque José Pablo es hijo de mujer casada que tiene por padre al marido.

c) Si. Porque el legitimado no pudo tener por padre al legitimante.

d) No. Porque Octavio no está legitimado para impugnar la paternidad.

6) Usted como Juez o Jueza de Familia dictó sentencia favorable en un proceso de filiación en el año 2002. Los herederos del padre dentro de los dos años siguientes presentaron el recurso la acción de revisión prevista en los artículos 17 y 18 de la Ley 75 de 1968. ¿Es posible conceder este recurso? Justifique su respuesta

7) Jorge Mario Ruiz tiene 15 años, termina su bachillerato y debe presentarse para prestar servicio militar y para demostrar su edad y evitar el servicio por ser menor de edad, pide su registro civil en el municipio de Chitaráque Santander. El registrador del municipio expide una copia del registro en la cual se lee textualmente: "El presente registro carece de la firma del funcionario de la época, por tal motivo es inexistente. Artículo 8 del Decreto 2158 de 1970" Debido a lo anterior Jorge Mario Instaura una tutela ante su despacho con el fin de que se le reconozca su derecho al nombre y a la filiación.

a) ¿Cuál sería el fallo que como Juez o Jueza usted debe emitir?

Ae

- b) ¿Cuál serían las bases constitucionales y los tratados violados? Explique su respuesta.
- 8) Se inicia un proceso de sucesión donde existen un hijo matrimonial y un hijo extramatrimonial; al fallar, en 1985, el Juez concede al hijo extramatrimonial la mitad de lo que le concede al hijo legítimo. ¿Esta de acuerdo con esta decisión? Justifique su respuesta.
- 9) Tiene en su despacho un proceso de alimentos en el cual el padre al contestar la demanda alega que no puede cumplir con sus obligaciones alimentarias para con su menor hijo extramatrimonial, pues debe pagar a sus hijos matrimoniales el colegio más caro de la ciudad, médicos particulares, excursiones, todo para no modificar su status social. En este caso se pregunta:
- a) ¿Cuál es el “status jurídico” del hijo extramatrimonial en relación con los hijos o hijas matrimoniales?
- b) ¿Qué norma o normas aduciría usted, en el presente caso, como fundamento legal de su sentencia?
- 10) Teresa desea en 2007 que su hija Zoila de 2 años sea reconocida como hija extramatrimonial de Luis, con quien Teresa tiene una unión marital declarada desde 2000.
- a) ¿Qué debe hacer Teresa para materializar su deseo?
- b) ¿Qué disposición legal aplicaría en este caso?
- c) ¿Qué proceso debe iniciarse?

1.7. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

J

Para la unidad uno del presente módulo se aduce numerosa y variada jurisprudencia de la Corte Constitucional. Establezca en qué fallos y con qué expresiones:

La Corte establece que la filiación es un atributo de la personalidad jurídica del hombre ligada al estado civil de las personas.

Que tipo de derechos y obligaciones se derivan de estos fallos tanto para los progenitores como para los hijos.

En qué fallos se establece que el derecho de filiación es un derecho fundamental, y que si llegare a ser violado, su reconocimiento puede ser intentado a través del mecanismo de la tutela.

Ubique las numerosas jurisprudencias que estudian la interrelación de leyes en materia de filiación debido a que como se puede apreciar en la evolución legislativa analizada en esta unidad hay diversas normas vigentes en materia de filiación que no están incorporadas al Código Civil y que regulan la materia.

En esta unidad del Módulo de Filiación encontramos la siguiente jurisprudencia relevante:

Sobre la filiación como atributo de la personalidad jurídica: Las siguientes tutelas:

- *Sentencia T-090/95;*
- *Sentencia T-329/96;*
- *Sentencia T-028/99*
- *Sentencia T-488/99.*
- *Sentencia T-1008/02*
- *Sentencia T-390/05*
- *Sentencia T-489/05*

J

- *Sentencias de control de constitucionalidad:*
- *C-109/95 del Mag. Ponente: Alejandro Martínez Caballero*
- *C-807/02 del Mag. Ponente : Jaime Araujo Rentería*
- *C-486-93 del mag. Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Que define personalidad jurídica.*
- *Las jurisprudencias sobre la interrelación de leyes en materia de filiación.*
- *Sentencias de control de constitucionalidad:*
- *C-282-94 del Mag. Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.*
- *C-109/95 del Mag. Ponente: Alejandro Martínez Caballero*
- *Sentencias de Casación:*
- *Expediente No.: 4075 Sentencia del 28 de abril de 1.995*
- *Expediente No.: 4271 Sentencia del 15 de septiembre de 1.995*
- *Expediente No.: 6417 Sentencia del 29 de agosto de 2000.*
- *Expediente No.: 6364 Sentencia del 4 de julio de 2002.*

1.8. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

BS

En la primera unidad del módulo de filiación encontramos la siguiente bibliografía básica u obligatoria:

MALAGÓN, Páez José y VIVEROS, Castellanos Enrique “Derecho de Familia”

Editorial Legis. Bogotá. 2006. En esta obra puede encontrar todas las leyes vigentes con comentarios de la parte constitucional y los tratados.

NÚÑEZ, Cantillo Adulfo “Derecho de Familia - el hijo natural frente a la Legislación Colombiana.” Ediciones Librería del Profesional 1979. Comentarios y las leyes vigentes en ese momento.

Bs

SUÁREZ, Franco Roberto. "Derecho de Familia Tomo II" "Filiación. Régimen de los incapaces. Editorial Temis. (Tercera Edición). Bogotá. 1999. Desarrolla en forma muy concisa la evaluación legislativa en materia de filiación.

Unidad 2 | CLASES DE FILIACIÓN

Qg

Formular una doctrina jurídica uniforme que permita discriminar y aplicar las normas vigentes a los procesos de filiación.

Qe

- *Diferenciar cuatro tipos de filiación de acuerdo con las nuevas normas de la legislación colombiana.*
- *Aplicar los tipos de clasificación establecidos a las diferentes situaciones que se presentan en materia de filiación.*
- *Señalar las nuevas formas de filiación que pueden surgir de los adelantos científicos y su correspondiente regulación.*

2.1. ANTECEDENTES

Como quedó reflejado en la unidad 1, uno de los aspectos que más ha cambiado y más se ha desarrollado a través del tiempo es la clasificación de la Filiación. El código de Andrés Bello, con clara tendencia francesa incorporó la primera distinción entre hijos o hijas legítimos e ilegítimos y fue reacio a incluir la adopción como fuente de parentesco; esta modalidad se incluyó por iniciativa del legislador de Cundinamarca, y fue adoptada por el Código de la Unión en 1873.

En este Código de 1873 los hijos o hijas ilegítimos, se subdividían en dos categorías: 1) Los hijos Naturales o hijos de padres que se podían casar al momento de la concepción. 2) Los hijos de dañado y punible ayuntamiento: Que, a su vez, también se consideraban de dos clases: a) Adulterinos e b) Incestuosos. 3) Los hijos simplemente ilegítimos, aquellos no reconocidos por sus padres. Con esta clasificación de los hijos ilegítimos terminó la Ley 45 de 1936 que sólo contempló a los hijos naturales y a los legítimos.

Posteriormente el Decreto 2820 de 1974, modificó la denominación de hijos o hijas naturales por la de hijos o hijas extramatrimoniales, denominación que hoy continua vigente. La Ley 29 de 1982 estableció la clasificación de los hijos o hijas en Legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y otorgó igualdad de derechos a todos los hijos o hijas.

Esta clasificación se conservó hasta la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006 que contiene cambios que afectan directamente la materia y que se incorporarán especialmente en este capítulo. A pesar de que la Ley quiso dar un tratamiento jurídico igual a la filiación matrimonial y a la proveniente de una unión marital, con el fin de seguir una técnica jurídica coherente, ambas filiaciones debemos estudiarlas por separado, pues la filiación produce efectos civiles cuando se determina legalmente por lo que no pueden tener tratamiento igual la filiación que tiene su origen en el matrimonio y la originada en una unión marital; se trata de fenómenos distintos, que como veremos no se pueden equiparar totalmente.

La clasificación legal no contiene **la filiación asistida**, pues a pesar del esfuerzo hecho por regular el tema, su complejidad no ha permitido concretar ninguna iniciativa legislativa sobre la materia. Sin embargo, este tipo de filiación se incluirá en este estudio porque goza de reconocimiento constitucional y no incluirla sería darle la espalda a un fenómeno social que cada día se masifica e intensifica y que por lo mismo, en un futuro no muy lejano, será materia de decisión judicial.

A pesar de que hoy en día todos los hijos o hijas tienen iguales derechos y por ello todas las filiaciones tienen los mismos efectos, sigue siendo importante distinguir los diversos tipos de filiación por las diferentes situaciones que se presentan en torno a ellas, y que el Juzgador en cada caso tendrá que contemplar. Entre los derechos de los hijos o hijas se encuentran: el de llevar los apellidos del padre y de la madre; el de recibir alimentos de los padres; el de tener acceso a su legítima en caso de sucesión, etc.

La discriminación entre los hijos o hijas fue un principio fundamental en la historia de la humanidad, hecho aún más recalcitrante en los períodos conservadores. Se fundamentaba la desigualdad en el deseo de proteger y favorecer, quizás en exceso, a la familia constituida legalmente. A pesar de ello, ni en Colombia, ni en el resto del mundo, por este deseo bien intencionado se disminuyó el número de hijos o hijas nacidos de uniones de hecho. Por ello, y debido al auge que tienen hoy en día los derechos de los niños o niñas, se ha impuesto la tesis de que el problema radica en los padres y no en los niños o niñas; entonces, de acuerdo con la declaración universal de los derechos humanos, no parece que sea justo castigar y discriminar a los hijos o hijas por las conductas de su padres.

Muchos autores clasifican la filiación según diversos puntos de vista. En este estudio seguiremos la clasificación tal y como esta plasmada en la ley, introduciendo como ya se dijo el concepto de filiación asistida. A continuación se tratará estos tipos de filiación.

2.2. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

La filiación matrimonial es el resultado de dos elementos uno natural como es el nacimiento y otro que descansa en la Ley que es el matrimonio. La filiación matrimonial, también llamada filiación legítima, por lo que recurriremos a este concepto utilizándolo indistintamente, tal como aparece en nuestro código civil. El término legítimo se trató de erradicar de nuestro ordenamiento jurídico; pero subsiste aún, pues a pesar de que el artículo 213 no reproduce la palabra legítimo, el título X del Libro Primero de las Personas, se intitula: "De los hijos legítimos concebidos en el matrimonio" y la Ley 29 de 1982 que, como ya se vio, está vigente clasifica a los hijos en **legítimos**, extramatrimoniales y adoptivos. La Ley 1060 de 2006 introdujo algunas modificaciones e incluyó en este título X a los hijos o hijas concebidos en una unión marital; estos hijos o hijas, sin embargo, siguen siendo extramatrimoniales y así los vamos a clasificar. La

reforma de la Ley 1060 resultó antitécnica al incluir, impropriamente, al hijo o hija extramatrimonial dentro del título de los hijos o hijas concebidos en el matrimonio y, además, fue tímida, al no atreverse a modificar la clasificación, de manera que no se avanzó hacia la supresión de la calificación de hijo o hija legítimo realizada en otros países, como Chile y España, donde simplemente se habla de filiación matrimonial y no matrimonial. Modificación importante que termina con la connotación peyorativa que entraña el llamar a un hijo o hija legítimo, porque automáticamente se considera a los "otros hijos" como ilegítimos, es decir, como concebidos "**no conforme a la Ley**".

2.2.1. FUNDAMENTOS DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

En general, se considera que la base de la filiación matrimonial es el matrimonio; sin embargo, no todos los hijos o hijas nacidos dentro del matrimonio son legítimos, pues como veremos lo que determina que el hijo o hija sea considerado legítimo o no, es la concepción dentro del matrimonio de sus padres.

En concreto la filiación matrimonial está soportada por cuatro elementos fundamentales:

2.2.1.1. Por la maternidad: considerada como el vínculo jurídico entre un hijo o una hija con su madre. Es la base de la filiación legítima. La maternidad es tangible y susceptible de prueba directa, supone que hay un parto y que de ese parto nació un hijo o hija que se separó completamente de su madre y por tanto es persona (Art. 90 del C. C.). Entonces la prueba de la maternidad legítima se sustenta en:

El parto de la madre: Se prueba con el certificado médico o de la persona que atendió el parto.

La identidad del hijo o hija: Se probará con el registro civil de nacimiento del hijo o hija o la posesión notoria del estado de hijo o hija, es decir cuando se prueba que la madre ha criado y educado al hijo o hija como suyo, por espacio de 5 años, mínimo. Actualmente la identidad del hijo o hija se puede demostrar también por la prueba del ADN. Según el Decreto 1260 de 1970, el registro civil de nacimiento es la única prueba idónea del estado civil. En el registro civil constará que es un hijo o hija legítimo.

El matrimonio de la madre: Se probará con el registro civil de matrimonio. Un elemento esencial para probar la maternidad legítima es el matrimonio de la madre.

2.2.1.2. Por el matrimonio: Puede ser el civil, el católico o el celebrado dentro de alguna religión en convenio con el Estado Colombiano. Se prueba con el registro civil de matrimonio, único medio de prueba admisible desde el Decreto 1260 de 1970. Es importante resaltar que se debe demostrar la existencia del matrimonio en la época de la concepción, no en la del nacimiento. Los hijos o hijas de matrimonio declarado nulo, a tenor del artículo 149 del código civil, son legítimos. Este tema está regulado en otra forma en el Código de Derecho Canónico (El de la Iglesia Católica). El canon 1137 de este Código señala: "*Son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo.*" Lo que llevaría a pensar ¿si el matrimonio nulo fue celebrado de mala fe, entonces esos hijos o hijas serían o no legítimos?, pues el matrimonio putativo supone la buena fe de los cónyuges. ¿Cuál sería entonces la aplicación jurídica adecuada? La interpretación correcta sería que los hijos o hijas de matrimonio nulo, así sea celebrado de mala fe, son legítimos porque la legislación civil colombiana es la aplicable en materia de filiación. Esto sin desconocer que por el artículo VII del concordato (Ley 20 de 1974) Colombia reconoce plenos efectos civiles al matrimonio católico celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico y que de acuerdo con el artículo III de la misma norma, Colombia se compromete a respetar la Legislación Canónica. De todas maneras el tema de la filiación es del resorte exclusivo de la legislación civil.

2.2.1.3. Por la Concepción dentro del matrimonio: Esto para el caso de la filiación matrimonial de origen pues este requisito no es necesario en la legitimación. Para determinar si la concepción se realizó dentro del matrimonio es necesario recurrir a la presunción del artículo 92 del código civil: "*De la época del nacimiento se colige la de la concepción*"; como la fecha de la concepción no es un hecho que sea susceptible de prueba directa, para inferirla, el legislador utiliza esta presunción. A pesar de los adelantos científicos, no ha sido posible determinar con certeza la fecha de la concepción. La presunción del artículo 92, en este momento, según la sentencia C-04 de 1998 de la Corte Constitucional no es una presunción de derecho es tan solo una **presunción legal (juris tantum)** que admite prueba en contrario. Se presume que el niño o niña fue concebido: no menos de 180 días antes del nacimiento y no después de los 300 días contados a partir de este. Esta presunción fue tomada del Código de Napoleón basada en la experiencia médica de la época. El avance de la medicina ha permitido que esta presunción admita actualmente prueba en contrario; con anterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional los niños o niñas que nacían por fuera del tiempo señalado en el artículo 92 no podían demostrar su verdadera filiación pues se trataba de una presunción de derecho que no podía ser atacada. En los tiempos modernos los avances de la ciencia en el campo de la neonatología

permiten que un niño o niña de menos de seis meses viva, razón por la cual la Corte revaluó el criterio de que esta presunción no se podía desvirtuar.

Con esta interpretación nuestra legislación “se colocó al mismo nivel de la Francesa, Alemana, Japonesa y Suiza, que admite prueba de los términos de concepción inferiores o superiores a los indicados en el artículo 92 del código Civil”⁴

2.2.1.4. Por la Paternidad: Es el vínculo jurídico entre un hijo o una hija con su padre. La paternidad a diferencia de la maternidad se determina por la época de la concepción que no es un hecho cierto tangible por lo que es un hecho que debe presumirse. La paternidad legítima se funda en las obligaciones propias del matrimonio como son la fidelidad y la cohabitación, teoría que es la aceptada por nuestro código civil. Se presume que el hijo o hija es del marido y se tiene a este como padre por el hecho de convivir con la madre; además, se supone que esta no tiene relaciones con otros hombres porque le es fiel. La paternidad basada en presunciones no es tan cierta como la maternidad y a pesar de poderse llegar hoy a un 99.9% de seguridad sobre la paternidad de un hijo o hija, por medio de la prueba científica, a la mayoría de los niños o niñas no se les aplica dicha prueba (por la confianza existente entre los padres) y por esta razón la paternidad sigue amparada en presunciones y suposiciones

Diferentes sistemas han existido en la historia para determinar la paternidad:

El Sistema negativo: Se desconoce la paternidad, jurídicamente no existía. Sólo la madre quedaba vinculada por el nacimiento al hijo o hija.

El Sistema arbitrario: utilizado en Grecia; dentro de él era el padre quien decidía cual era su hijo o hija y cual no. En Roma se sigue con este sistema pero aparecen ya algunos vestigios de las presunciones actuales.

El Sistema legal: No es la voluntad del padre la que origina la paternidad legítima. En este sistema la ley establece taxativamente las presunciones para determinar quién es el padre; es el sistema prohijado por el Código de Napoleón y el adoptado por nuestro Código Civil.

2.2.2. FORMAS DE ESTABLECER LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Se puede establecer de dos formas:

⁴ NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho Civil – Personas y Familia. Bogotá Librería jurídica Sánchez R Ltda., 2006 p.446

2.2.2.1. Por el origen: La filiación que se establece desde el mismo nacimiento. Son los hijos o hijas **concebidos cuando sus padres se encuentran casados**. En esta clase de hijos o hijas legítimos lo que cuenta es el momento de la concepción que va a ser lo que determina que ese hijo o hija sea legítimo. Encontramos a los siguientes casos:

Hijos o hijas concebidos durante el matrimonio de sus padres.

Hijos o hijas nacidos después de ciento ochenta (180) días del matrimonio. Se presume que a los seis meses el niño o niña pueden ser concebido dentro del matrimonio por lo que su filiación matrimonial, excepto cuando se impugne la paternidad y mediante prueba científica resulta desvirtuada. Antes de la Ley 1060 de 2006, el Código Civil estipulaba que el marido podía no reconocer a un hijo o hija como suyo, en este caso se daba si lograba probar que durante todo el tiempo en que según el artículo 92 pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer; hoy en día el cónyuge que considere no ser el padre de un hijo o hija, debe demostrarlo por cualquier medio, dentro del proceso denominado impugnación de paternidad. La remisión al artículo 92 fue eliminada, lo que no afecta realmente nada este tipo de filiación. Ejemplo: Si una pareja se casa y a los 6 meses de casados nace un hijo o hija, este se reputa concebido en el matrimonio, es decir, es legítimo así haya nacido a término es decir de 9 meses.

Hijos o hijas procreados en matrimonio que se declare nulo, por expresa disposición legal. Téngase en cuenta que la nulidad impide la producción de nuevos efectos del matrimonio pero sin destruir los derechos ya adquiridos por el hijo o hija. Ejemplo: Julio Cesar Turbay Ayala se casó con Nidia Quintero en 1948, tuvo cuatro hijos Julio Cesar, Diana, Claudia y María Victoria, el expresidente anuló, en 1986, ante la Santa Sede su matrimonio. Es decir, anuló su matrimonio 38 años después de celebrado y no por ello los hijos procreados durante el mismo adquieren la calidad de extramatrimoniales; siguieron siendo hijos legítimos.

Los hijos o hijas nacidos después de 300 días de disuelto el matrimonio por divorcio o muerte del padre (hijo o hija póstumo) y después de declarada la nulidad se presumen del marido, con base en la presunción de la concepción del artículo 92 del código civil. El hijo o hija que nazca después de este término es decir a partir del día 301 de la disolución o nulidad del matrimonio no se tiene como legítimo, pues se entiende que no se concibió dentro del matrimonio y según el artículo 220 cualquier persona interesada puede reclamar la ilegitimidad

de tal hijo o hija. Si el marido, por absoluta imposibilidad física, no tuvo acceso a la mujer desde antes de la disolución o nulidad, se contará esta fecha desde que empezó la imposibilidad. Por ejemplo: El marido está secuestrado y muere en cautiverio a los 3 meses (90 días); la esposa da a Luz 220 días después de muerto el marido; este niño por el hecho de nacer a los trescientos diez días (90+220=310), no se considera legítimo, a pesar que puede ser del marido.

El artículo 52 del código civil subrogado por el artículo 1 de la Ley 45 de 1936 señala que tendrá la calidad de hijo o hija natural, el niño o niña de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento. Esta norma debe aplicarse de manera restrictiva solo para los niños o niñas que nacen de madre viuda después de 300 días de muerto el padre, pues si nacen dentro de los 300 días se reputan hijos o hijas legítimos del marido muerto; esta situación está amparada, por la presunción de legitimidad que trae el artículo 220 del código civil, en cuanto la disolución del matrimonio sea por muerte del marido. Es evidente que no sería lógico aplicar el artículo 52 del código civil para todos los casos de madre viuda, porque si así fuera, frente a una circunstancia igual, como es la disolución del matrimonio, dependiendo de la causa se tendría un tratamiento diferente para el niño o niña, pues uno sería considerado hijo o hija legítimo y el otro no, sin que exista razón para ello. Ejemplo: Si un niño o niña nace a los 250 días de la sentencia de divorcio de sus padres se considera legítimo pero si ese mismo niño o niña nace a los 250 días de muerto su padre por el hecho de ser su madre viuda es extramatrimonial. Esta interpretación no es compartida por todos los autores, puesto que para algunos el artículo 52 rige en toda su extensión.

2.2.2.2 Por la legitimación: El término implica darle el carácter de legítimo a un hijo o hija o hija que por su naturaleza no lo es. Es una filiación legítima adquirida después del nacimiento. La legitimación se da para los hijos o hijas que son extramatrimoniales y son legitimados por el matrimonio posterior de sus padres. Un requisito indispensable para la legitimación es el matrimonio posterior a la concepción del niño o niña. Este tipo de filiación ha sido reconocida desde el imperio Romano con Constantino y por la mayoría de las legislaciones.

Como efecto de la legitimación los hijos o hijas legitimados adquieren los mismos derechos y deberes que los hijos o hijas legítimos (artículos 245 y 246 del Código Civil), esta legitimidad aprovecha a la posteridad de sus hijos o hijas, pero los efectos no se retrotraen a una fecha anterior al matrimonio que la legítima. Por ejemplo: Un hijo, Pedro es reconocido por su padre Juan en 2006; si otro hijo de Juan hubiera muerto en 2001, Pedro no podría entrar a heredar en esta sucesión como hermano legítimo, así la sucesión se hubiera abierto en 2006.

Los efectos de la legitimación no pueden ser desconocidos por ley posterior que exija nuevo requisitos (Art. 20 Ley 153 de 1887), debido a que el estado civil es un derecho adquirido.

La Corte Suprema de Justicia sobre la legitimación considera:

La legitimación constituye un beneficio que la ley establece por motivos de orden social y de política preceptiva en favor de los hijos, por razón del matrimonio posterior de sus progenitores, en el que la intervención de estos se limita a contraer ese vínculo conyugal, cuyas consecuencias de todo orden están impuestas por las normas: ventaja que opera en favor de los hijos comunes, sin que los contrayentes puedan hacer discriminaciones contrarias a los imperativos del derecho familiar, que de ser aceptadas dejarían la determinación y administración del estado civil a discreción de los particulares, aquí en el fondo, los padres enfrentados a los intereses del hijo.⁵

Al acto de legitimación deben concurrir ambos padres; en los términos del artículo 239 del Código Civil, deben hacer que se tome nota de la legitimación en el acta de nacimiento de los hijos o hijas o hijas a quienes se otorga y se puede legitimar a hijos o hijas vivos o muertos. Lo anterior se establece para los casos en que el hijo o hija muerto haya dejado descendencia, pues esa legitimación la aprovecha la descendencia sea legítima o extramatrimonial. En este caso la notificación se haría a los descendientes del hijo o hija muerto que se legitima. Teniendo en cuenta que se debe notificar al hijo o hija, no podría notificarse al hijo o hija muerto que no tenga descendencia, por lo que este no podría ser objeto de legitimación.

Las clases de legitimación son:

Ipso jure: la legitimación “*ipso jure*” opera de pleno derecho por la sola celebración del matrimonio de sus padres y se da en dos casos. Cuando un niño o niña es concebido antes del matrimonio pero nace dentro del matrimonio, pues sus padres se casan cuando la madre está embarazada. Aquí se da al marido la posibilidad de reclamar contra la legitimidad, si el hijo o hija nace antes de los 6 meses del matrimonio pudiendo argumentar la imposibilidad física de acceder a la madre en la época de la concepción. Además, se le da la posibilidad de realizar esta reclamación si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse. Eso sí, el padre no puede alegar no ser el padre, si después

⁵ CSJ, Casación Civil, Sentencia de mayo 17/68).

del nacimiento acepta la paternidad por hechos positivos inequívocos, como por ejemplo firmar el acta de nacimiento del niño o niña o darle su nombre. Estos actos deben realizarse con posterioridad al nacimiento.

Cuando un niño o niña extramatrimonial es reconocido por su padre o madre y posteriormente se casan sus padres. El niño o niña tiene ya la calidad de hijo o hija extramatrimonial del padre, por reconocimiento o declaración judicial y de la madre por el solo hecho del nacimiento (Art. 1 Ley 45 de 1936) la legitimación opera por el matrimonio sin necesidad de consentimiento ni de la voluntad expresa del hijo o hija.

Voluntaria: Cuando en acta de matrimonio o por escritura pública posterior al matrimonio de los padres se legitima al hijo o hija. La causa de la legitimación es el matrimonio y es necesario que se manifieste a que hijos o hijas se hace extensiva la legitimación y es preciso:

Que exista voluntad expresa de los padres, que se manifiesta con la firma de la escritura o del acta de matrimonio. Según el artículo 69 del Decreto 1260 de 1970 se requiere que en el acta de matrimonio se registren, el nombre, la identidad y el folio de registro de nacimiento de los hijos o hijas de los contrayentes legitimados por el matrimonio. Es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia que *"la partida de matrimonio católico es hábil para que en ella hagan la legitimación los contrayentes y que esta última se rige por la legislación civil y no católica"*⁶

La ley señala que si el legitimado es capaz se le notifica directamente; pero si es incapaz es necesario notificarle a su representante legal que es la madre; por ser hijo o hija extramatrimonial, la madre es quien tiene la patria potestad y si tiene tutor o curador se debe notificar a éste. En los dos otros casos de legitimación, la ipso jure y la judicial, no debe notificarse al hijo o hija.

Que el hijo o hija consienta en la legitimación. La aceptación del reconocimiento se debe hacer dentro de los 90 días siguientes a la notificación, o si no se presume la aceptación tácita.

La aceptación o el repudio deben ser expresos, y hacerse constar por medio de escritura pública. Si el hijo o hija es incapaz necesita conocimiento de un tutor o curador, previo reconocimiento judicial con conocimiento de causa. El consentimiento del hijo o hija es esencial, porque con el reconocimiento se le está cambiándola hijo o hija el estado civil

⁶) CSJ, Casación Civil, Sentencia de Oct 21/97 Exp. 4910 M.P. Nicolás Bechara Simacas.

Judicial: Cuando se logra el reconocimiento judicial del hijo o hija por quien es el esposo de su madre

2.3. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

La filiación extramatrimonial tiene su origen solamente en la naturaleza, por esta razón en un tiempo se le llamó filiación natural.

Es la filiación que surge de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí. Aquí no existe la presunción "*pater is est quem nuptiae demostrant*" (*el padre es aquel a quien las nupcias demuestran*), salvo en el caso de la filiación extramatrimonial proveniente de una unión marital declarada. La filiación matrimonial debe determinarse para ambos padres; la extramatrimonial puede determinarse solo respecto a uno de ellos. Los derechos y los deberes de los padres y de los hijos o hijas extramatrimoniales son iguales a los de los padres y los hijos o hijas matrimoniales. Los hijos o hijas extramatrimoniales tienen derecho a recibir alimentos congruos, a recibir el apellido del padre y a heredarlo en igualdad de condiciones con los hijos o hijas matrimoniales.

2.3.1. FUNDAMENTOS DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Tiene dos:

1) La Maternidad Extramatrimonial: Al igual que la filiación matrimonial, la extramatrimonial se basa en la maternidad que queda demostrada y descansa sobre dos elementos: el hecho del parto y la identidad en el parto, elementos que tienen las mismas características de la filiación matrimonial con la diferencia que aquí no hay matrimonio, por lo que la falta de matrimonio en la época de la concepción del hijo o hija es lo que caracteriza este tipo de maternidad. Existe la discusión de si es necesario que la madre extramatrimonial reconozca al hijo o hija o por el simple hecho del nacimiento la maternidad natural se presume. Al respecto debe manifestarse que el sistema del código civil sí establecía que la madre natural debía reconocer al hijo o hija posición modificada por la Ley 95 de 1890 y retomada por la Ley 45 de 1936; ley, esta última, actualmente vigente en lo pertinente, quedando claro que la maternidad natural, hoy extramatrimonial, se presume por el solo hecho del parto, en los casos de soltería o viudez. Esta posición la comparten el doctor Arturo Valencia Zea, posición que tuvo en cuenta el Consejo de Estado, Sec 3^a, en sentencia de agosto 19 de 1999, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez y El doctor

Roberto Suárez Franco. Si el hijo o hija extramatrimonial no es reconocido por el padre o no se da la declaración judicial de esa paternidad, el hijo o hija debe ser registrado con los dos apellidos de la madre.

Paternidad Extramatrimonial: Esta no es susceptible de prueba directa por lo que surge de dos circunstancias: del reconocimiento o de la investigación de paternidad. Para demostrar la paternidad se necesita determinar la época de concepción, para la cual, como se mencionó, la Ley ha tomado una presunción de hecho que admite prueba en contrario; la encontramos en el artículo 92 del código civil ya estudiado. Para probar la paternidad extramatrimonial, en el registro civil de nacimiento del hijo o hija debe constar el reconocimiento o el registro de la sentencia judicial que declara la filiación. Si el hijo o hija es extramatrimonial y se incluye el nombre del padre y no se da ninguno de los dos supuestos antes mencionados, ese registro civil no es prueba de la paternidad con respecto al padre. En este caso en el registro de nacimiento deben constar el apellido del padre en primer lugar y el de la madre en segundo lugar y se indica que el hijo o hija es extramatrimonial.⁷

Como se manifestó en la unidad uno, el tema relacionado con los hijos o hijas extramatrimoniales, es el que más trasformaciones ha sufrido en cuanto a su denominación y derechos; se comenzó calificándolos como hijos o hijas ilegítimos, hasta tener hoy el carácter de hijos o hijas extramatrimoniales de acuerdo con lo preceptuado por la Ley 29 de 1982. Un cambio significativo se introdujo con la expedición de la Ley 1060 de 2006 que establece una regulación igual, tanto para el hijo o hija extramatrimonial que nace en una unión marital como para el hijo o hija legítimo. La reforma adiciona una reglamentación especial mas no deroga lo regulado por el Código Civil sobre los hijos o hijas extramatrimoniales. Los hijos o hijas extramatrimoniales podemos considerarlos hoy en tres grandes grupos:

⁷ Decreto 1260 de 1970 artículos 53, 54 y 55

2.3.2. CLASES DE HIJOS O HIJAS EXTRAMATRIMONIALES

2.3.2.1. Hijos o hijas extramatrimoniales –extra unión marital propiamente dichos: Son hijos o hijas de padres que no están casados entre si y que no están ligados por ninguna unión de hecho. Aquí se incluyen: a los hijos o hijas de padres solteros, a los hijos o hijas de padres que tienen impedimentos legales para contraer matrimonio, por vínculo anterior o parentesco entre ellos y a los hijos o hijas de padre desconocido. Para determinar la paternidad de estos hijos o hijas extramatrimoniales debe acudirse o al reconocimiento voluntario o al proceso judicial para determinar la paternidad.

2.3.2.2. Hijos o hijas que por su origen serán hijos o hijas extramatrimoniales por proceder de una unión marital de hecho: Son hijos o hijas que desde que nacen tienen la calidad de hijo o hija extramatrimonial de su padre y su madre. Son los hijos o hijas que son concebidos dentro de la Unión Marital de Hecho de sus padres que ya ha sido declarada legalmente. Gracias a los avances de la Ley 100 de 2006 se les aplican las mismas reglas de la filiación legítima o matrimonial. Se presumen hijos o hijas de una unión marital de hecho los concebidos en las siguientes circunstancias:

El Hijo o hija o hija concebido dentro de la Unión Marital. En este caso no se especifica que sea concebido dentro de la declaración de la unión marital simplemente que se le conciba dentro de la unión marital. Cabe la pregunta: ¿y si esta unión no ha sido declarada podrá presumirse que el padre es el compañero? En este punto, al tenor de los lineamientos de la reforma de la Ley 1060 de 2006 y de la Ley 54 de 1990, se podría pensar que este niño o niña no se reputaría del compañero permanente. ¿La razón? No se tendría la certeza jurídica sobre la existencia de la unión; es un hecho que deberá probarse judicialmente si no hay acuerdo entre las partes; aquí radica la diferencia entre la filiación matrimonial y este tipo de filiación extramatrimonial, porque a pesar de que la ley quiso equipararlas no es posible hacerlo, pues el hecho de que una pareja viva en una comunidad de vida permanente y singular, no es un hecho cierto, hasta que el hecho se haya declarado por alguno de los medios legales, en cambio por el matrimonio sí se genera la certeza jurídica de la existencia de la unión.

Los Hijos o hijas nacidos dentro de los 180 días posteriores a la declaración de la unión marital de hecho se presumen del compañero permanente. La diferencia radica en que en la filiación matrimonial, el matrimonio es el punto de partida y aquí lo es la declaración de la unión marital de hecho. Esta norma se aplica fácilmente y produce efectos “ipso ure” (por el mismo derecho) sin

necesidad de reconocimiento o decisión judicial. Para este tipo de filiación se requiere tener certeza jurídica de conformidad con la ley, sobre la existencia de la unión marital por esta razón el artículo 214 exige que la unión marital haya sido declarada. La declaración de la unión marital en los términos de la Ley 54 de 1990 solo procedía a través de declaración judicial. Posteriormente se expidió la Ley 640 de 2001 sobre conciliación y en ella se estableció que la conciliación prejudicial en asuntos de familia debe intentarse previamente a la iniciación de proceso judicial en los casos de declaración de unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial. Entonces se generó una discusión sobre si la declaración como tal, en caso de mutuo acuerdo entre los compañeros, podía hacerse por conciliación; pero no hubo unidad de criterios y los centros conciliatorios no las realizaban, posteriormente se expidió la Ley 979 de 2005 donde se facultó expresamente a las partes para la declaración de la unión marital de hecho por mutuo acuerdo, consignada en acta de conciliación o en escritura pública. Tenemos entonces que en la actualidad el acto que perfecciona la unión marital puede ser: la sentencia judicial, el acta de conciliación o la escritura pública. Algunos tratadistas piensan que esta declaración debe inscribirse en el libro de varios y en el registro civil de cada uno de los cónyuges, en cuanto afecta el estado civil; debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha reiterado en numerosas sentencias que la unión marital no es un estado civil. Es importante subrayar que a partir de la declaración se empieza a contar el término para las presunciones de paternidad o maternidad.

2.3.3. Casos en los cuales la ley no equipara a los hijos o hijas legítimos con los hijos o hijas extramatrimoniales:

Los hijos o hijas nacidos después de 300 días de terminada la unión marital, por cualquiera de las causas legales. En este punto no hubo reforma, la Ley 1060 de 2006 no modificó el **artículo 220 del CC**. La reforma de la Ley 1060 de 2006 debió aclarar este artículo y no lo hizo; era importante hacerlo, puesto que si un niño o niña concebidos dentro de la unión marital se reputa del compañero permanente, ¿Qué pasa si entre la concepción y el nacimiento la unión marital se disuelve y se liquida? ¿Como este artículo no se reformó, cómo se debe interpretar este fenómeno? ¿Qué pasa si el hijo o hija nace dentro de los 300 días siguientes a la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho, en la cual los compañeros declaran que no vivirán mas juntos? A pesar de no haberse aclarado este punto en la ley, para resolver el problema y estos tres interrogantes se debe, en primer término, recurrir al artículo 92 sobre la presunción de la paternidad en conjunción con el espíritu de la Ley 1060, que nos llevaría a seguir en la misma línea establecida para los hijos o hijas legítimos.

En conclusión, los hijos o hijas de que aquí se trata (los nacidos 300 días después de la terminación de la unión marital) serían también extramatrimoniales y se presumiría que son del compañero.

El niño o niña proveniente de una unión marital declarada nula. En este punto el primer interrogante que surge es si se puede declarar la nulidad la unión marital? Para este caso, debemos remitirnos a las normatividad del artículo 1740 y siguientes del Código Civil; en ella prevé, en primer término la nulidad de todo acto o contrato al cual falta alguno de los requisitos que la ley señala. ¿Puede ser la unión marital un contrato? Un contrato en general es “un acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones, a cuya formación deben concurrir dos partes”(CSJ sala de casación civil sentencia de sep. 30 de 1994). En opinión de esta autora la unión marital es una acuerdo de voluntades y por tanto encaja en la definición de contrato, de modo que podría hablarse de nulidad de este contrato; es así que se puede declarar nula una unión marital, por no llenarse alguno de los requisitos para ser declarada, por ejemplo, no cumplirse el tiempo de los dos años que habla el Art. 1 de la Ley 54 de 1990, por tanto podría haber una nulidad en esa declaración. Este punto ha sido muy discutido por muchos tratadista sin que haya uniformidad de criterios al respecto, por lo que independientemente de la opinión esbozada es un tema que estará abierto a la discusión y en el cual se tendrán que tener en cuenta los diferentes criterios hasta que el tema no sea aclarado específicamente por la ley o la jurisprudencia.

El segundo interrogante es ¿Qué pasa con los hijos o hijas de una unión marital que fue declarada nula? Estos seguirían siendo extramatrimoniales pero con respecto al padre ¿Qué pasaría? ¿Tendría el padre que reconocerlos? ¿Aquí podríamos asimilarlos al hijo o hija legítimo que sigue siendo legítimo, aunque se declare la nulidad del matrimonio? ¿Son figuras equiparables? En esto puede haber discusión, pero para esta autora la declaratoria de nulidad no podría cambiar el estado civil del hijo o hija y hacer que ahora se necesite el reconocimiento, de acuerdo con las tendencias hacia la igualdad de tratamiento no solo de la Constitución y la ley sino de la misma jurisprudencia para hijos o hijas extramatrimoniales y legítimos, dando pie a que la declaratoria de la nulidad de una unión marital no afecte la filiación del hijo o hija.

2.3.4. Hijos o hijas de Uniones maritales no declaradas:

Estos hijos o hijas son simplemente extramatrimoniales para reputarlos como tales, deben estar reconocidos. Teniendo en cuenta que el artículo 214 del C.C. modificado por la Ley 1060 de 2006, establece como presupuesto para que el hijo o hija del

compañero se presuma de este, el que la unión marital haya sido DECLARADA, a estos hijos o hijas no se les podría dar un tratamiento diferente al de simplemente extramatrimoniales. Pero se darán casos en los cuales con posterioridad al nacimiento se declare la unión marital y será un tema de análisis y discusión que pasaría con el estado civil de estos hijos o hijas. Con la Ley 1060 de 2006 no se modificó lo referente a la legitimación razón por la cual no se podría hablar de legitimación propiamente dicha. En opinión de esta autora podría darse el caso de hijos o hijas que adquieran posteriormente la calidad de originarios de una unión Marital de Hecho, los casos que se pueden dar son:

Decisión voluntaria de los padres o : en este caso en la escritura pública o en el acta de conciliación donde se declara que existe o existió una unión marital, se manifiesta que esta Unión fue durante la concepción del hijo o hija.

Decisión Judicial: Nace el hijo o hija en una unión marital pero no había certeza jurídica sobre la existencia de la misma; posteriormente se inicia un proceso declarativo de Unión Marital de Hecho y si en ese proceso se dicta sentencia que acoja las pretensiones del demandado ¿qué pasará con los hijos o hijas que fueron concebidos en el tiempo que según el Juez o Jueza se dio la unión marital? Este será tema de discusión, pues la ley no dijo nada. ¿será posible que el Juez o Jueza atendiendo la sana crítica declare de la paternidad de ese hijo o hija? De ser la respuesta positiva con ella se generaría una nueva causal de investigación de paternidad que ya no sería la causal que establece las relaciones sexuales del padre con la madre sino otra distinta: la existencia de una unión marital. En este evento no se hablaría de la prescripción a que se refiere el artículo 80 de la Ley 54 de 1990, porque esta prescripción es para disolver y liquidar la unión marital, no para la paternidad.

2.4. FILIACIÓN ADOPTIVA

2.4.1. Antecedentes

2.4.1.1. En el Código Civil

La adopción es una institución muy antigua e importante. La adopción es una ficción legal por medio de la cual, se crea un vínculo jurídico entre un niño o niña y un padre o una madre que **no los han engendrado**.

En nuestro sistema jurídico la adopción fue incorporada desde el inicio en nuestro Código Civil; la doctrina ha señalado que la figura de la adopción fue

tomada del Código Civil Francés de Napoleón, pues a pesar de que nuestro Código Civil es una adaptación del código civil Chileno en este código no se encontraba contemplada la figura de la adopción, porque los chilenos rechazaban la adopción, pues para ellos iba en contra de las buenas costumbres.

La adopción de nuestro Código Civil surge, en principio, como una institución individualista que gira a favor del adoptante que no tiene filiación legítima pues es revocable en la medida que este tenga hijos o hijas legítimos, además, se establecía la adopción de mayores de edad, con el objeto de proteger al adoptante sin posteridad. Nuestro Código solo daba la posibilidad de adoptar con las siguientes condiciones: que se tratara de personas del mismo sexo; que los adoptantes fueran personas que no estuvieran bajo poder o dependencia de otra persona, mayores de 21 años y que tuvieran 15 años más que el adoptivo; no se podía adoptar al hijo o hija natural, se daba la adopción conjunta por esposos. Para adoptar se requerían las siguientes formalidades: Autorización judicial; Escritura pública firmada por el Juez o Jueza y la inscripción de la escritura en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y el registro civil. Si el adoptivo era menor de edad se requería consentimiento de los padres. Por la adopción se adquirían los derechos y obligaciones de padre o madre e hijos o hijas legítimos, pero no heredaban al adoptante sino por testamento, los adoptados no tenían vocación hereditaria, no eran herederos. La adopción era irrevocable salvo que hubiere justa causa.

Los artículos relativos a la adopción fueron derogados y reemplazados inicialmente por la Ley 140 de 1960 y luego por la Ley 5 de 1975, para posteriormente ser derogados por el Decreto 2737 de 1989, Código de Menor, que a su vez fue subrogado por la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

2.4.1.2. Evolución legislativa

1) La ley 140 de 1960 sigue la misma línea del código; ya no plantea la exigencia de ser mayor de 21 años, sino que para adoptar establece como requisito la capacidad, es decir tener 18 años si se trata de habilitado de edad, también puede adoptar quien tenga hijos o hijas de cualquier naturaleza; hereda el hijo o hija adoptivo la mitad del hijo o hija legítimo. La adopción sólo establece relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado, pero el adoptivo continuará formando parte de su familia de origen, conservando en ella sus derechos y obligaciones. La adopción podía terminar por mutuo acuerdo entre personas capaces o con aprobación judicial, o a iniciativa del padre por las mismas causales del desheredamiento.

2) La ley 75 de 1968 por su parte abre la posibilidad de adoptar al hijo o hija natural por su padre y madre con su cónyuge. Esta parte de esta Ley y la Ley 140 de 1960 fueron derogadas expresamente por la Ley 5 de 1975.

3) La Ley 5 de 1975 da un giro en materia de adopción pues comienza a proteger al niño, niña o adolescente adoptivo ya que es más rígida en cuanto a los requisitos que debe tener el adoptante exigiendo no solo capacidad, sino ser mayor de 25 años y tener idoneidad física, moral y social. Clasifico la adopción en simple y plena. Se concentra en la adopción de menores de 18 años, los mayores solo podían ser adoptados si habían convivido con el adoptante antes de cumplir los 18 años. Se elimina la prohibición de adoptar a personas de diferente sexo, al guardador se le permite adoptar luego de la rendición de cuentas, introduce el concepto de la declaratoria de abandono dada por el defensor de menores para adoptar a menores abandonados. Ya la adopción no era un contrato sino un proceso que culminaba con una sentencia donde se daban unos efectos claros como un parentesco nuevo para el adoptivo, el cambio del apellido del adoptivo, la patria potestad la adquiría el adoptante, derechos de alimentos, parentesco civil, el adoptivo pleno heredaba al adoptante como hijo o hija legítimo, etc.

4) Posteriormente la Ley 29 de 1982 otorga los mismos derechos herenciales tanto a los hijos o hijas legítimos, como a los extramatrimoniales y a los adoptivos.

5) La Ley 5 de 1975 como ya se mencionó fue derogada expresamente por el Código del Menor, derogado, a su vez muy recientemente por la Ley de Infancia y adolescencia Ley 1098 de 2006. El código del menor introdujo dos innovaciones importantes, la supresión de la adopción simple y el cambio en la definición de la adopción que pasa a ser una medida de protección bajo la suprema vigilancia del Estado. Innovaciones mantenidas por la nueva Ley 1098.

2.4.2. Concepto de filiación adoptiva

El nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia (artículo 61 Ley 1098 de 2006) define la filiación adoptiva como 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. Esta definición traída del Código del Menor fue un giro en su época del concepto de adopción y tiene varios elementos:

Pasa del prohijamiento, donde intervienen más la voluntad del adoptante y la del adoptado, a ser una medida de Protección donde el objeto mismo de la figura

es proteger al menor, enfocando la adopción como solución a una necesidad del niño, la niña y el adolescente.

En la definición se establece que la adopción se dará bajo la suprema vigilancia del Estado, concepto que se incluyó desde 1989, con base en la concepción de un Estado intervencionista que se inmiscuye en la vida de los particulares, que propende por la protección del menor acorde con la Declaración Universal de los Derechos del niño o niña que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Ley 12 de 1991).

Es una medida de protección de carácter definitivo e irrevocable donde lo esencial es crear un vínculo de parentesco civil, legal o adoptivo entre el adoptante y el adoptivo.

2.4.3. Requisitos para la adopción

Los requisitos para la adopción son las exigencias de forma y de fondo señalados por el legislador para obtener la adopción y son:

2.4.3.1. Requisitos para el Adoptante: Estos tuvieron muy poca variación con respecto al Código del Menor. Entre los más relevantes se encuentran los siguientes:

Debe tratarse de una persona natural pues las relaciones paternas o materno filiales solo pueden surgir entre personas naturales, más cuando el legislador establece requisitos propios de la persona natural como la edad, el sexo y las condiciones físicas, sociales del adoptante.

Debe tratarse de una persona natural capaz, requisito muy importante pues es una institución que propende por la protección del menor y hay necesidad de excluir a los incapaces, en cuanto no son aptos jurídicamente para adquirir derechos y contraer obligaciones, en lo que se diferencia con los otros tipos de filiación pues aunque los incapaces pueden engendrar, para adoptar sí se necesita capacidad.

Tener como mínimo 25 años de edad. No se establece un máximo de edad para adoptar tal vez porque el padre biológico no lo tiene.

Por otro lado, el adoptante o la adoptante deben tener por lo menos 15 años más que el adoptado.

Por último el adoptante debe garantizar que cuenta con una idoneidad física, mental, moral y social suficiente para asegurar una familia adecuada y estable para el niño, niña o adolescente; idoneidad que se traduce en una capacidad especial.

Además, el adoptante debe ser moral y socialmente apto para adoptar, es decir, debe ostentar un buen comportamiento público y privado, pertenecer a un medio social donde pueda dar al adoptivo una familia adecuada. Se mantiene la tendencia a no conceder demasiada relevancia a la diferencia de sexos entre el adoptante o la adoptante y el adoptivo y que el adoptivo no tenga descendencia, condiciones que en el pasado fueron requisitos para la adopción.

2.4.3.2. La nueva Ley de Infancia establece específicamente quienes pueden adoptar:

- 1) Las personas solteras;
- 2) Los cónyuges conjuntamente. Con esta expresión se está significando que ya no puede adoptar un cónyuge solo como se había establecido desde la Ley 5 de 1975 de acuerdo con la cual un cónyuge podía adoptar con el simple consentimiento del otro; se trata de una innovación importante de la nueva Ley, pues quien pretenda adoptar debe definir su estado civil de casado o soltero;
- 3) Conjuntamente los compañeros permanentes que lleven más de dos (2) años de convivencia. Aquí la Ley 1098 de 2006 introdujo una modificación al disminuir el término de convivencia de tres (3) a dos (2) años y cambió igualmente los medios de prueba de la convivencia marital, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley 979 de 2005;
- 4) El guardador o guardadora del pupilo o de la pupila también pueden adoptarlos, pero una vez aprobadas las cuentas, condición exigida para proteger al pupilo de abusos del guardador.
- 5) Por último el cónyuge o compañero puede adoptar al hijo o hija de su cónyuge o compañero.

2.4.3.3. Improcedencia de la adopción del hijo o hija natural

En el sistema del código civil y la Ley 140 de 1960 se prohibía expresamente la adopción del hijo o hija natural, luego la Ley 75 de 1968 introdujo la posibilidad de adoptar al hijo o hija natural, disposición ratificada por la Ley 5 de 1975; posteriormente el Código del Menor y ahora la Ley de Infancia guardaron

silencio al respecto; pero de una interpretación adecuada se deduce que no es posible adoptar al hijo o hija natural porque al expresar que se puede adoptar el hijo o hija del cónyuge, implícitamente se está excluyendo la adopción de su propio hijo o hija. Interpretación más que entendible si se tiene en cuenta que hoy todos los hijos o hijas tienen iguales derechos y obligaciones por lo que no sería lógico adoptar a un hijo o hija extramatrimonial que por el hecho de la adopción simplemente cambiaria de tipo de filiación sin ninguna consecuencia adicional.

2.4.3.4. Regulación para los adoptantes extranjeros

Las familias colombianas tendrán prelación frente a las extranjeras. Dentro de las extrajeras se preferirán a las que hayan firmado el Convenio de la Haya sobre adopción, siguiendo la misma línea establecida en el Código del Menor. Este Código establece una importante innovación para las adopciones de adoptantes extranjeros al señalar que además de la ley Colombiana se rigen por los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre la materia, en completa armonía con el artículo 93 de nuestra Constitución.

2.4.3.5. El consentimiento para la adopción

Este fue uno de los puntos más importantes, en el cual se centró la reforma de la nueva Ley de Infancia en el tema de la adopción. Con este cambio se recogen los planteamientos hechos por la Corte Constitucional en varias jurisprudencias entre las cuales se destaca la T 510 de 2003. Acogiendo la tesis de la Corte, se tiene que el consentimiento para la adopción que da quien tiene la patria potestad sobre el menor, es un consentimiento calificado pues debe ser un consentimiento informado y asesorado, otorgado por una persona apta en el momento de dar el consentimiento (se supone que esta aptitud para otorgar el consentimiento se da trascurrido un mes después del parto) y que el consentimiento esté exento de vicios error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícito. La nueva ley define consentimiento: manifestación informada, libre y voluntaria ante defensor de familia. No es válido el consentimiento del hijo o hija que esta por nacer. La corte constitucional ha considerado que "*En la norma internacional y en la nacional se deja sin ningún tipo de validez el consentimiento que otorgue una madre de dar en adopción su hijo o su hija antes del nacimiento, pues se considera que la madre en estas condiciones no pueden ejercer libre y autónomamente, en forma plena, su voluntad*"⁸

⁸ Sentencia T 510 de 2003 de la Corte Constitucional

Por otro lado, también establece el Código de la Infancia que está prohibido ejercer presión sobre los padres para otorgar el consentimiento y darles recompensa por la entrega de un niño, niña o adolescente. Tales previsiones de la reforma son importantes por estar encaminadas a evitar que la adopción se convierta en un negocio y un tráfico de niños o niñas. Con idéntico propósito se prohibió a las casas de adopción el cobrar dinero por la entrega de niños o niñas y a los organismos internacionales se les cominó a no hacer donaciones como retribución por la entrega de niños o niñas.

Para revocar el consentimiento la ley concede un término de 1 mes después de otorgarlo. Precluido este término no se puede revocar y el consentimiento queda en firme. Disposición igual a la existente en el sistema anterior; como innovación aparece que una persona para otorgar el consentimiento de la adopción de su hijo o hija tiene que esperar un mes después de que nace, pues antes no se la considera apta y otorgado el consentimiento se le concede un mes para revocarlo; así se entiende la previsión de la nueva Ley de Infancia al disponer que el bebé tendrá que permanecer en la casa de adopción por dos (2) meses, antes de que se pueda iniciar el proceso de adopción; pues con el sistema del Código del Menor se podía revocar el consentimiento al mes del nacimiento por lo que el bebé estaba con su nueva familia más rápido.

El consentimiento otorgado por el padre o la madre de la adolescente menor de 18 años que tiene un hijo o hija es válido con el lleno de los requisitos antes señalados. Por último, se prevé que las adolescentes reciban apoyo para permanecer con sus hijos o hijas. Se eliminó la necesidad de que el menor púber diera su consentimiento para la adopción, lo que es grave pues ese menor ya tiene discernimiento y pueden presentarse abusos por parte de sus padres.

2.4.3.6. Requisitos para el adoptivo

1) El adoptivo o adoptado debe ser menor de 18 años. La adopción para mayores de edad es la excepción a la regla y solo se da en los casos en que el mayor haya estado al cuidado del adoptante o de la adoptante dos (2) años antes de cumplir la edad de diez y ocho (18) años. Esta última condición es una innovación de la recién expedida y tantas veces citada Ley 1098, pues anteriormente no se estipulaba el término de la convivencia antes de los 18 años por lo que podía ser un mes, 15 días y hasta menos. Por otro lado, se prevé que para la adopción de mayores de edad se requiere el consentimiento entre adoptante y adoptivo con proceso adelantado ante el Juez o Jueza de Familia.

- 2) Para que un menor de 18 años sea dado en adopción se necesita declaratoria de adoptabilidad por el defensor de Familia o el consentimiento de los padres.
- 3) Pueden ser adoptados también los menores indígenas con algunos cambios en relación a la adopción dentro de su comunidad.
- 4) No es válida la adopción de adoptados determinados salvo la de parientes o la del hijo o hija del cónyuge o **compañero permanente**. Se encuentra aquí una modificación de la nueva Ley que contempla la posibilidad de adoptar al hijo o hija o pariente del compañero permanente. La prohibición de la adopción de adoptante determinado es relativa, si se tiene en cuenta que el mismo Código de la Infancia en su artículo 67 le da piso jurídico a la familia de crianza, avalando así diferentes jurisprudencias de la Corte Constitucional y dando la posibilidad a estas familias para que adopten a los menores con derechos prevalente sobre los demás.

2.4.3.6. Declaratoria de adoptabilidad

Representa otro de los cambios importantes introducido en la Ley de Infancia. Ya no se habla de declaratoria de abandono sino de declaratoria de adoptabilidad. No se trata de un simple cambio de palabras. Es, según los autores del proyecto de Ley 1098, uno de los puntos neurálgicos del nuestro actual ordenamiento pues se pasa de los menores en situación irregular a un código que protege a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el país. Nuestro actual código regula dos aspectos: 1) uno, la parte dogmática en donde se encuentran los principios rectores y los derechos y libertades fundamentales de los niños o niñas. 2) En la otra parte está la concepción orgánica donde tenemos un sistema de garantías de derechos y de restablecimiento de derechos. 3) Es en este último sistema se ubica la adopción como medida de protección que busca el restablecimiento de los derechos del niño o niña. En ese orden de ideas el Estado a través del ICBF, autoridad central en materia de adopción, y del defensor de familia, específicamente dicta una resolución donde declara si es el caso la situación de adoptabilidad.

2.4.4. Efectos de la adopción

Como vimos uno de los puntos que más ha evolucionado es el de los efectos de la adopción. Con la nueva ley se da mucha importancia al tema, tanto que se establece un artículo independiente pues en el código del menor, los efectos estaban disgregados en varios artículos. Son los siguientes:

2.4.4.1 Se adquieren los derechos y obligaciones entre padre o madre e hijos e hijas. Esto desde la presentación de la demanda de adopción. Anteriormente el código del menor establecía que se adquirían los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo o hija legítimo, una denominación que sobraba pues la Ley 29 de 1982 anterior a este Código ya había eliminado las diferencias entre los diferentes tipos de filiación, que fue un cambio afortunado. Estos derechos y obligaciones son entre otros:

Los derechos derivados de la patria potestad que son la administración y el usufructo de los bienes del adoptivo y la representación judicial y extrajudicial del mismo. En cuanto a la administración se estipula que si el adoptivo tiene bienes la adopción se hará con las formalidades de la Guarda por lo que la administración de estos bienes será diferente a las del hijo o hija de sangre pues debe someterse a las reglas de la guarda donde el padre responde hasta por culpa leve y debe cumplir con las formalidades como las de realizar inventario y prestar caución, entre otras.

El domicilio. El hijo o hija sigue el domicilio de las personas que tienen sobre él patria potestad (Art. 88 Código Civil),

La autoridad de los padres. Nuestro actual ordenamiento estipula la responsabilidad parental, por la cual el adoptado no solo adquiere los derechos a la educación, la crianza y el establecimiento, sino que va más allá, hasta la satisfacción plena de todos sus derechos.

El derecho de alimentos correlativos del padre o la madre adoptante hacia el hijo o la hija y del hijo o la hija adoptada hacia el padre o la madre según el caso (Art. 411 numeral 7 y 8 Código Civil); estos alimentos se entienden que son congruos, porque a pesar de no estar enumerados en el artículo 414 C.C., la igualdad entre los hijos o hijas es posterior al código según lo establecido en la Ley 29 de 1982.

Derechos sucesorales: El hijo o hija adoptivo está en el primer orden sucesoral y recibe igual cuota que el hijo o hija legítimo y el extramatrimonial según la Ley 29 de 1982. Además, el adoptivo puede ser representado por sus hijos o hijas. El padre y la madre adoptante por su parte son legitimarios en la sucesión de su hijo o hija adoptivo y están en el segundo orden hereditario excluyendo a los ascendientes de sangre. Si se trata de adopción simple (que aún puede existir pues a pesar de que el nuevo código no regula nada, según el código del menor este tipo de adopción se podía seguir dando, con los mismos efectos) los adoptantes y los padres de sangre heredan cuotas iguales.

2.4.4.2 Impedimento matrimonial: En este punto es necesario destacar que por la adopción surge el impedimento de que el adoptante y el adoptado o adoptada puedan casarse, se trata de una causal de nulidad consagrada en el artículo 140 numeral 11 del C.C. También se da el impedimento para contraer matrimonio entre el adoptivo y su familia de sangre tal y como lo señala el numeral 4. del artículo 64 del Código de la Infancia con su remisión al ordinal 9º de artículo 140 del Código Civil.

Licencia de Maternidad: A pesar de no encontrarse en este artículo 64, otro de los efectos de la adopción es que el padre o madre adoptante o adoptantes tendrán derecho a disfrutar y a que se les pague la licencia de maternidad y paternidad, como se infiere del artículo 127 del mismo Código de la Infancia y la Adolescencia y de las Leyes 50 de 1990 y 755 de 2002).

La adopción genera el parentesco civil que se extiende, en todas las líneas y grados, a los consanguíneos, adoptivos y afines de estos. Aquí se incluye en primer término que el parentesco se extiende en todas las líneas y grados y en segundo lugar se incluye a los parientes por afinidad que se habían dejado por fuera en el sistema anterior. El parentesco civil es una ficción legal que crea la adopción por medio de la cual el hijo o hija adoptivo tiene un vínculo con su padre y su madre adoptantes. Hoy en día con la reforma se trata de puntualizar que el adoptivo adquiere con la adopción parentesco en todas las clases, líneas y grados con la familia dentro de la cual fue adoptado con el fin de que la ficción legal se consolide.

El adoptado o la adoptada llevará el apellido o apellidos del adoptante o los adoptantes, según sea que la adopción haya sido efectuada por una persona soltera o conjuntamente por dos personas. En este punto no hubo ninguna variación. Y establece cuando puede variar el nombre lo que no se modificó del sistema del Código del Menor.

Por la adopción el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue el parentesco de consanguinidad con su familia quedando la prohibición de matrimonio con sus padres y hermanos de sangre. Pues el adoptivo crea un vínculo jurídico filial por la adopción con otra familia.

2.5. FILIACIÓN ASISTIDA

La filiación asistida es la filiación de hijos o hijas concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. Este sería el nombre más técnico

y completo pero por ser un fenómeno nuevo, no completamente regulado y definido, no hay uniformidad de criterios al momento de denominarla; también ha sido llamada filiación tecnificada o no biológica.

La filiación asistida a pesar de haber aparecido en el mundo hace unos 30 años, no ha sido regulada en forma completa por nuestra legislación civil. El **artículo 42** de La constitución de 1991 reconoce la igualdad de todos los niños o niñas e incluye los “*hijos procreados con asistencia científica*”.

2.5.1. Protección legal del que está por nacer o “nasciturus”

Pero, ¿Cómo se regulan en nuestro país estas técnicas de reproducción asistida y en especial los derechos del embrión o “nasciturus”?

2.5.1.1 En la Constitución Nacional

El parágrafo 6º del artículo 42 de la Carta Política se refiere explícitamente al tema cuando dispone: “*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*”. (*subrayado por la autora*)

2.5.1.2 En el Código Civil

En Colombia el embrión, legalmente es una mera expectativa de vida y solo llega a ser persona si nace vivo y se separa de su madre (Art. 90 C.C.). No obstante en el artículo 91 del mismo código se establece “*La ley protege la vida del que está por nacer...*” y faculta al Juez o Jueza para tomar las medidas convenientes encaminadas a proteger al que está por nacer. La Corte ha dicho que la vida del nasciturus encarna un valor fundamental y debe protegerse en la medida en que el derecho a la vida comprende la protección a la vida durante su proceso de gestación pero no reconoce el carácter de persona humana del nasciturus⁹

2.5.1.3 En el Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006

Este Código, en su artículo 17, le concede al niño o niña desde la concepción el derecho al cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, así como el acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura, dotada de los servicios públicos esenciales y ubicada

⁹ Sentencia No. C-133/94 MAGISTRADO PONENTE: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

en un ambiente sano. Derechos que en algunos casos para el nasciturus no son aplicables. Igualmente el artículo 111 concede a la mujer embarazada la posibilidad de reclamar alimentos para el niño o niña que está por nacer.

2.5.1.4 En las disposiciones de los tratados internacionales

El derecho del “nasciturus” ha sido reconocido, entre otros, en los siguientes tratados internacionales:

La Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, señala en su **“Artículo 4º: - 1. Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.** Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

La Convención sobre los Derechos del niño o niña establece en su *Preámbulo*: “... *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluida la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de carecer de un instrumento específico para la protección de la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*”

Estas disposiciones las ratifica la Corte Constitucional:

Al referirse al tema de la despenalización del aborto cuando sostiene que “... *de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.*

¹⁰”¹⁰

En otras **Sentencias de Tutela** en las cuales se solicita subsidio familiar para un niño o niña engendrado durante el servicio activo de sus padres a la fuerza

¹⁰ Sentencia C355 del 10 de mayo de 2006 de la Corte Constitucional

pública la Corte ha dicho que “*los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatibles con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento*”¹¹

2.5.2. Protección legal del embrión fuera del útero

Como se observó, en nuestra legislación civil el embrión no se considera persona, es una mera expectativa de vida, pero tiene derechos y está protegido. Cabe preguntar: ¿esta protección se extiende al embrión fuera del útero?

2.5.2.1 Se parte de la base de que la Constitución en el citado artículo 42 de la Constitución protege a los hijos o hijas procreados con asistencia científica y que nuestro Código Penal castiga los delitos de manipulación genética, al igual que penaliza la fecundación y tráfico de embriones humanos y la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (Art. 132, 134 y 187 del C.P.). Tales disposiciones llevan necesariamente a pensar que se pretende proteger al embrión no implantado en el vientre materno.

2.5.2.2 El Código Penal, Ley 599 de 2000, a la vanguardia de este tema establece los siguientes delitos:

- La inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida con pena de 2 a 6 años, en el artículo 187.
- La manipulación Genética en el artículo 132.
- La clonación de seres humanos en el artículo 133.
- La fecundación y el tráfico de embriones humanos en el artículo 134.
- El abandono del hijo o hija fruto de acceso carnal o de técnicas de reproducción humana no consentida. Se castiga a la madre que dentro de los ocho días siguientes del nacimiento abandone al hijo o hija fruto de alguna de estas figuras.
- El dar muerte al hijo o hija fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. En estos casos se penaliza a la madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes al nacimiento mate al hijo o hija fruto de alguna de estas figuras.

¹¹ Sentencia T223-98 y T588-04 de la Corte Constitucional

2.5.2.3 Tendencias mundiales sobre legislación en relación con las técnicas de reproducción asistida.

En esta materia hay dos tendencias:

La primera tendencia agrupa a una gran cantidad de países que no tienen legislación sobre el tema, aunque en muchos de ellos solamente exista alguna normatividad en curso. Algunos piensan que debe esperarse un poco más hasta cuando haya más claridad sobre el tema. Este criterio no tiene en cuenta que la primera fecundación *in vitro* (*del Latín vitrum-i= vidrio, hoy tubo de ensayo*) fue hace 30 años y es hora de regular fenómenos de ocurrencia diaria en nuestro país; la ley deberá comprender los fenómenos conocidos pues es necesario ir regulando la materia.

La segunda es la de los países que han legislado sobre el tema que, a su vez presentan dos corrientes:

Los de los liberales y permisivos, representados por las legislaciones Española, Ingresa, Francesa.

La de los restrictivos incluidos en las legislaciones de Alemana, Austria, Italia, Suiza, Noruega y Sueca.

Más adelante se estudiará como se ha legislado sobre los puntos neurálgicos del tema a nivel internacional.

2.5.2.4 Regulación legal médica en Colombia

El artículo 17 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el artículo 91 del Código Civil, la Constitución de Colombia y los Tratados Internacionales son el marco legal del estado jurídico del embrión que deberá tener en cuenta el Juez o Jueza en su despacho judicial al decidir asuntos relacionados con la reproducción asistida, pero hay mucho camino por recorrer por parte del legislador para llenar los vacíos legales entorno especialmente al embrión “ex útero” (*por fuera del útero*).

En el país se encuentra regulada la parte médica que rodea el tema de la fertilización asistida; en la mayoría de los casos, se trata de normas de carácter administrativo. Por ejemplo se encuentran las siguientes normas:

El artículo 54 de la Ley 23 de 1981 que rige la conducta profesional del médico y lo obliga a observar las disposiciones legales vigentes en el país, así como las

recomendaciones de la Asociación Médica Mundial con respecto a determinados temas médicos, tales como, la inseminación artificial.

La Resolución 8430 del 4 de Octubre de 1993 del Ministerio de Salud (hoy Protección social) establece las normas que en materia de investigación regulan la utilización de embriones, óbitos y fetos y el tema de la fertilización artificial; en su artículo 44 la Resolución señala: *"La investigación sobre fertilización artificial solo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja"* También estipula que para la realización de la fertilización artificial se necesita el consentimiento informado de la mujer y el de su cónyuge o compañero. Tal consentimiento no se requiere cuando el cónyuge o compañero, o no pueda darlo, o no se haga cargo de la mujer, o peligran la salud o la vida de la mujer, del embrión, del feto, o del recién nacido. La norma establece que debe tratarse de un consentimiento informado y lo define.

Resolución 1628 abril 28 de 1994 de la Secretaría de Salud de Bogotá, fija las condiciones mínimas para el funcionamiento de los Bancos de Gametos, Embriones y Unidades de Fertilidad en el Distrito Capital. Establece que el donante para la inseminación puede ser la misma pareja o un tercero y señala cuales donantes deben descartarse y los requisitos de la donación.

El Decreto 2493 de 2004 regula el trasplante y donación de componentes anatómicos.

La Ley 919 de 2004 prohíbe la comercialización de componentes anatómicos.

2.5.2.5. Protección a la madre

En Colombia se protege a la madre gestante que es la que da a luz, pero como se verá, la que da a luz puede no ser la madre biológica de un niño o niña, por lo que se deben distinguir tres clases de madre: la gestante, la biológica y la legal que en este tipo de filiación pueden coincidir o no en la misma persona.

Es relevante tener en cuenta que en nuestro sistema jurídico, en principio, la filiación es fundamentalmente biológica, salvo el caso de la filiación adoptiva; sin embargo este criterio no es absoluto, pues en los casos de filiación asistida la filiación no es biológica sino que la filiación tiene su fuente en otra causa que es la ciencia.

Según el tipo de filiación se distinguen los siguientes tipos de madre:

La madre biológica que es aquella de la cual se extrae el óvulo. Se dará una maternidad biológica plena si la mujer que aporta el óvulo es la misma que aporta el vientre para el embarazo. La maternidad biológica parcial se da cuando una mujer aporta el o los óvulos para ser trasferidos al vientre de otra mujer, lo que es llamado alquiler de vientre, o cuando una mujer aporta el vientre para que sea implantado un hijo o hija de otra persona. Aquí se hace un contrato entre los padres que quieren figurar como legales y la madre gestante.

La madre gestante que es aquella que porta el bebé en su vientre y también va a darlo a luz en el parto. La madre gestante es la única que puede reclamar la maternidad. En Inglaterra y Argentina también se reconoce el derecho a la madre gestante. ¿Pero qué pasa si esa madre gestante, tiene el embarazo con un óvulo donado? Si hay un juicio de maternidad y se realiza una prueba biológica, al no haber identidad entre la madre biológica y la madre gestante se puede originar el problema.

La madre jurídica: es la que registra al niño o niña como madre, que según nuestra legislación, debe ser la misma madre gestante, coincidencia que no se da en los casos de alquiler de vientre, tema no regulado aún por la ley.

3.5.2.6. El caso de la paternidad

También en relación con la paternidad pueden darse diversas situaciones como las siguientes:

La paternidad biológica parcial: que se da, por ejemplo, cuando el varón aporta el semen pero no realiza la gestación a través del acto sexual (paternidad genética), por imposibilidad natural.

La paternidad aparente: cuando la esposa es inseminada de un tercero y el padre acepta su paternidad con respecto a este hijo o hija que no es engendrado por él.

En este tipo de filiación puede que la identidad jurídica sea diferente a la identidad biológica. Pues nace un hijo o hija de una pareja que se ha sometido a un tratamiento de fecundación *in Vitro*, donde el óvulo o el espermatozoide pueden provenir o no de los padres jurídicamente considerados. Por lo tanto, existe una diferencia respecto a las relaciones jurídicas familiares que de estas técnicas pueden surgir, en tanto chocan con la base de la filiación que es la procreación natural por medio del acto sexual.

Es importante resaltar que el uso de una técnica de reproducción asistida, en sí misma, no implica una determinación diferente de las filiaciones antes mencionadas, por lo que el hijo o hija producto de la filiación asistida será matrimonial o extramatrimonial, dependiendo si los padres se someten a la inseminación estando o no casados.

2.5.3. Técnicas de reproducción asistida en concreto

Al hablar de este tipo de filiación es necesario hacer referencia a las técnicas de reproducción asistida. Las técnicas de reproducción asistida no son un fenómeno nuevo, la primera bebé probeta, **Louise Brown**, nació el 25 de julio de 1977 en la localidad de Oldham, en Lancashire (norte de Inglaterra).

Como vemos estas técnicas se han venido utilizando desde hace unos 30 años, pero debido a la complejidad médica, ética y a la evolución constante de las mismas, no han sido reguladas de una forma clara y no se han establecido límites para ellas, fenómeno que, independientemente de la opinión que se tenga al respecto, necesita una solución rápida.

Entre las técnicas de reproducción asistida más usadas es necesario mencionar las siguientes:

La inseminación artificial: Consiste en trasladar el semen del hombre, esposo o donante, recogido previamente, al interior del útero de la mujer sin que haya relaciones sexuales entre ellos.

La Fecundación "In Vitro": Es la fecundación que se consigue en el laboratorio y consiste en el unir semen del hombre con el óvulo de la mujer al interior de un tubo de ensayo (**vitrum**) y luego trasladar el embrión fecundado al útero de la mujer.

Como parte integrante las técnicas aducidas se distinguen:

Las Técnicas homólogas: Que son aquellas que se realizan con las células sexuales de ambos interesados. Estas técnicas mientras sean realizadas con una pareja de esposos o compañeros permanentes, no tienen problema pues realmente no hay diferencia alguna. El problema surge cuando en el proceso de generación de hijos o hijas intervienen terceras o cuartas personas.

Las Técnicas heterólogas: Son las realizadas con las células sexuales de un donante que la mayoría de las veces es anónimo de un Banco de semen o óvulos.

La intervención en la gestación de otra mujer lo que se llama comúnmente alquiler de vientre o maternidad subrogada, esto es que los óvulos sean insertados en el vientre de otra mujer, madre gestante, la que una vez producido el parto debe entregar el bebé a quién contrató con ella.

Otro sería el caso de la fecundación de una madre con gametos donados. En este caso es necesario estudiar qué estatus tiene el hijo o hija que ha nacido en el seno de una pareja receptora de gametos de donantes. En la mayoría de las legislaciones europeas como veremos esos hijos o hijas son matrimoniales siempre que haya consentimiento previo y escrito de ambos esposos y no se puede impugnar la paternidad, pues sería ir contra sus propios actos y un abuso del derecho aunque se pueden dar excepciones. En algunos países esto se extiende a los compañeros permanentes.

¿Se plantea la cuestión de si se podría investigar la paternidad real del hijo o hija obtenido con gametos donados? La doctrina, en su mayoría, concuerda en sostener que cuando se dona un óvulo o un espermatozoide se pierde el derecho de investigar la paternidad o maternidad de ese niño o niña. Por eso, al hablar de padre o madre biológico se debe entender que es la madre o el padre biológico que tenga el derecho. Igual se ha discutido si ¿podrían utilizarse estas técnicas en parejas homosexuales o para una persona sola?

La conservación de embriones o espermatozoides congelados (criopreservación en frío-biopreservación y almacenamiento de embriones) con el objeto de utilizarlos posteriormente para fecundar a la mujer, incluso después del fallecimiento del dueño del espermatozoide. Esta técnica ha generado muchos interrogantes y críticas por la pérdida de muchos embriones y por la duda de cuánto tiempo deben estar congelados. Preocupación importante si se tiene en cuenta que es una técnica utilizada por la mayoría de los especialistas en fertilidad, en relación con la cual, las partes firman contratos secretos donde se les advierte de los problemas de donar embriones y deciden qué hacer con ellos en caso de muerte, divorcio etc. En Colombia si el hijo o hija nace después de 300 días de muerto el padre, se presume que no es legítimo (Art. 220 C. C.) esa es la interpretación correcta de la ley, además no podría investigar la paternidad con base en las causales del artículo 6 de la Ley 75 de 1968.

La clonación que es la reproducción de células en sí mismas prescindiendo de uno de los sexos en la reproducción, técnica que se ha usado en animales y se ha estudiado con fines terapéuticos. La clonación en Colombia es ilegal y está expresamente penalizada en el artículo 133 del Código Penal.

El Informe Warnock dado en Inglaterra en 1984, salió de una Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana presidida por **Mary Warnock**, en este informe se basó la ley británica sobre reproducción asistida y sus recomendaciones han inspirado gran parte de la legislación internacional..

2.5.4. Principales interrogantes relacionados con estas técnicas

A pesar del interés que despierta el tema y de que, en los últimos años, se han presentado numerosos proyectos de ley en nuestro país sobre la protección del genoma humano y sobre las técnicas de reproducción asistida, ninguno de los proyectos se ha convertido en Ley de la República. Por esta razón existen vacíos que, a pesar de no ser regulados, son fenómenos que se están viendo a diario en las clínicas de fertilidad, en donde los médicos están realizando los procedimientos aplicando su propio criterio. Los principales problemas que se presentan que han sido regulados por diferentes países son:

¿La fecundación por medio de las técnicas de reproducción asistida puede realizarse en personas solteras, en parejas estables, en parejas con unión marital o solo para parejas casadas?

2) Teniendo en cuenta la Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de salud de Colombia donde se indica que el consentimiento para la fecundación deben darlo, tanto la mujer, como su esposo o compañero, se podría concluir que la fecundación *in vitro* solo debe realizarse en Colombia en personas casadas o con compañero permanente y excepcionalmente en personas solteras. Tópico que debería regularse y para el cual convendría tomar los mismos requisitos exigidos al adoptante en la adopción; no sería lógico que a una persona soltera se le permita adoptar, pero para tener su propio hijo o hija por medio de la técnica de reproducción asistida se le niegue el mismo derecho.

En algunos países como Austria, Francia y Suecia solo tienen derecho a este tipo de reproducción las parejas casadas y las que conviven como marido y mujer. En Bulgaria, Hungría y Noruega la restricción es mayor: es solo para mujeres casadas. En Dinamarca pueden acceder a esta técnica mujeres solas. En España pueden acceder a esta técnica tanto matrimonios, como parejas heterosexuales y mujeres solas.

¿Es procedente utilizar estas técnicas con mujeres menores de edad?

No se encontró ninguna legislación que haya contemplado este tema. Sin embargo esta se permitiría en el Proyecto de Ley 100 de 10 de septiembre de 2003 presentado por los representantes Omar Flórez Vélez y Jesús Enrique Doval

Urango y el senador Humberto Builes Correa, se refería a este tema concreto. El proyecto afortunadamente no se convirtió en Ley. Tratándose de menores de edad debería establecerse una prohibición expresa.

¿Hay algún límite en el número de óvulos para implantar en un mismo ciclo?

En Colombia es el médico quien decide el número de óvulos a implantar. En Alemania e Italia está prohibido implantar más de 3 óvulos fecundados por ciclo. En España esta limitación existía y se suprimió y se regula que será el médico el que determine el número de óvulos que fecunde en cada ciclo para incrementar las posibilidades de éxito. En Francia es la pareja la que decide cuantos óvulos se le van a transferir.

¿Es lícita la fecundación de más óvulos de los que pueden transferirse a una mujer en un mismo ciclo?

En Colombia no está prohibido por lo que es usual que en las clínicas de fertilidad se fecunden más óvulos de los que se van a transferir y luego se congelen los embriones sobrantes. En Alemania e Italia esta prohibido. Otros países simplemente no lo han regulado.

¿Es lícita la donación de espermatozoides y óvulos?

Es un tema importante, no regulado adecuadamente en nuestro país; la Resolución 1628 de la Secretaría de Salud de Bogotá, que solo rige en Bogotá, habla del fenómeno permitiéndolo, pero el problema es que no se ha regulado nada sobre la paternidad de ese hijo o hija y teniendo en cuenta que el ADN no corresponde al del padre que acepta el procedimiento de fertilidad podríamos tener problemas en los despachos judiciales, ya que algunos niños o niñas de filiación asistida quedarían sin la posibilidad de determinar su filiación paterna, si no se regula este fenómeno. Colombia debería seguir las tendencias mundiales, es decir estipular que si se hace un tratamiento de fecundación asistida y el cónyuge o compañero consiente en que ellas se desarrolle con el semen de un donante, es a este cónyuge o compañero que consiente a quién se considera el padre del niño o niña.

En Italia y Perú está prohibida la donación de espermatozoides y óvulos. En países como Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Checoslovaquia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Inglaterra, Kosovo, Luxemburgo, Portugal, Suecia y Suiza es lícita la reproducción usando el semen de otra persona y hay normas que reconocen al marido o compañero como padre legal del niño o niña así procreado. Francia además estipula que el donante del semen no podrá

establecer vínculo de filiación con el hijo o hija fruto de esta procreación. En Bolivia y México se establece que no se puede desconocer la paternidad de un hijo o hija concebido por fecundación artificial si se dio autorizaron escrita del marido para hacerla. En la legislación Chilena el código civil dispone que en caso de reproducción asistida el padre y la madre, sin importar que estén o no casados, son quienes se sometieron a ella e impide la impugnación o reclamación de la filiación así determinada. Está prohibida en Alemania, Austria y Noruega la donación de óvulos. En Inglaterra la donación de óvulos y embriones si es lícita.

¿El hijo o hija proveniente de una fecundación asistida heterogénea puede conocer la identidad de sus progenitores?

En Colombia el asunto no está regulado, es un punto controversial para algunos conocer la identidad del donante, es importante porque por un lado defienden el derecho del niño o niña a conocer su origen genético, de acuerdo con la teoría de la verdad biológica y, por otro, en poblaciones pequeñas sería útil para evitar matrimonios entre personas que están ligadas consanguíneamente. Entre los países que aprueban el derecho de los niño o niñas a ser informados acerca de la identidad de sus padres está Alemania (a partir de los 16 años), Austria (lo establece desde los 14 años), Inglaterra (a los 18 años) y Suiza (a los 18 años). El donante, por el hecho de la donación, pierde todos los derechos y obligaciones con relación a ese niño o niña; los renuentes a que se conozca la identidad del donante manifiestan que podría haber problemas con terceros (donantes del semen o del óvulo) que traten de interferir en la vida del hijo o hija o posteriormente, la hija o el hijo, así concebidos, intenten solicitar al donante alimentos o derechos sucesoriales sobre los bienes del padre biológico; sería una coyuntura que dificultaría conseguir donantes. Esta es la posición de países como Francia, Noruega y Bulgaria donde el donante es anónimo, en España también pero el hijo o hija puede conocer la información genética del donante a los 18 años. La posición intermedia sostiene que la donación debe ser anónima, salvo circunstancias de fuerza mayor que obliguen a levantar la reserva, como una enfermedad del hijo o hija, o para evitar matrimonios con impedimentos etc.

¿Es lícita la congelación de óvulos?

En Colombia no está prohibida y como ya se dijo se lleva a cabo. En Inglaterra es lícita. En España es lícita desde 2003 la congelación de óvulos. En Alemania e Italia está prohibido hacerla.

¿Es lícita la fecundación artificial “*post mortem*”?

En Colombia no se ha regulado, pero podría darse el caso y como ya vimos para que ese hijo o hija fecundado *in vitro* después de la muerte de su padre sea tomado como del marido debería nacer dentro de los 300 días siguientes a la muerte del marido porque si no, según el artículo 220 del C.C. el Juez o Jueza declarará la ilegitimidad del hijo o hija. En Alemania, Inglaterra y Suecia está prohibida la fecundación artificial “*post mortem*”. En España se acepta la fecundación artificial “*post mortem*” a los 6 meses siguientes al fallecimiento del marido o compañero, siempre que este lo haya consentido previamente para reconocer la filiación del hijo o hija. En México es procedente pero no se establece término pero si se exige el consentimiento de cónyuge.

¿Está permitida la maternidad sustituta o subrogada?

Inglaterra es el único país Europeo que tiene una ley sobre maternidad subrogada; sólo se la prohíbe con fines lucrativos. En Alemania está prohibida, aunque no se sanciona a la madre sustituta, ni a la que tomaría al niño o niña. En Austria y España también esta prohibida, pues solo la mujer que da a luz un niño o niña puede ser considerada su madre. En Francia se prohíbe este tipo de maternidad. En Estados Unidos hay muchos Estados donde se ha establecido que los contratos de maternidad subrogada son nulos y no es posible exigir judicialmente su cumplimiento, pero en otros Estados a través de sus Cortes Supremas se han avalado estos contratos. En Colombia no existe regulación. Cebe hace la pregunta: ¿tendrá el contrato de maternidad subrogada un Objeto lícito? El objeto lícito se refiere a que la cosa de la que trata el contrato esté permitida por la ley. ¿Será lícito el contrato que tenga por objeto la utilización de las funciones del organismo ajeno? Este es uno de los temas preocupantes que debe regularse. El contrato de alquiler de vientre en nuestro ordenamiento jurídico actual no sería válido por objeto ilícito: pues las prestaciones a que se da origen son contrarias a la Ley, al orden público y a las buenas costumbres, dado que las normas de familia son de orden público y las renuncias que se hagan sobre el estado civil no serían válidas. En este punto de la maternidad subrogada surgen varias posibilidades: una que la madre gestante haya aportado el óvulo y sea fecundada con semen del marido de la madre que hizo el encargo; otra que sea fecundada con un óvulo y un espermatozoide de las personas que le encargan la maternidad; y un tercer evento, que tanto el óvulo como el espermatozoide sean de terceros.

¿Cuanto tiempo pueden congelarse los óvulos fecundados?

En Colombia no hay regulación, queda, entonces, una vez más, al criterio del médico o del centro de fertilidad al que se asista. En Austria y Noruega solo un año con el fin de crear las mejores condiciones para el desarrollo de los niño o niñas nacidos como resultado de la fecundación *in vitro*. En España los óvulos se pueden congelar por el tiempo de vida fértil de la mujer. En Inglaterra se pueden congelar por 5 años. En Brasil, por su parte la Ley de Bioseguridad autoriza la investigación con embriones, pero estos deben estar congelados por más de 3 años o que sean inviables.

Como dato importante de resaltar, está la decisión del máximo organismo judicial de Costa Rica que declaró en marzo de 2000 la inconstitucionalidad de la fecundación *in vitro*.

Por último, todo este tema ha conducido a plantear un problema ético y ha dado lugar al nacimiento de una nueva disciplina: la llamada **bioética**. Sobre el tema hay numerosas publicaciones y discusiones que se relacionan con el inicio de la persona humana, los derechos del niño o niña que está por nacer, la manipulación genética etc., fenómenos sobre los cuales el legislador está en mora de ponerse de acuerdo.

2.6. AUTOEVALUACIÓN

Ae

En la unidad dos del módulo de filiación se hará una auto evaluación realizada a través del análisis de los siguientes casos con preguntas concretas sobre cada uno de ellos.

1) Juan está casado con Luisa desde hace 20 años, y tiene con ella dos hijos de 18 y 16 años; se queda sin empleo y se va a trabajar en Ecuador, promete organizarse para llevar a la familia a vivir con él. Sin embargo la relación entre Juan y Luisa, que ya venía mal, se deteriora del todo con la distancia. Cuando Juan regresa, después de 3 años de vivir en Ecuador, se da cuenta que Luisa está viviendo con Paco desde hace dos años y tienen un hijo de 2 meses, al que llamaron Antonio; Juan se pone furioso, pero no toma ninguna medida, por estar un poco enfermo; a los dos meses de llegar a Colombia muere.

Analice y resuelva el caso desarrollando un pequeño ensayo en el cual responda las siguientes preguntas:

Ae

- a) ¿Qué presunción de paternidad debe aplicar el notario que registre Antonio y porque?
- b) ¿Es Antonio hijo extramatrimonial de la Unión marital entre Paco y Luisa?
- c) ¿Qué tipo de filiación le corresponde a Antonio?
- d) ¿Cómo debe Luisa registrar Antonio?
- e) ¿Luis tiene algún tipo de acción?
- 2) Carlos se casa con Luz y 150 días después de la celebración del matrimonio nace una niña llamada Lucía.

De acuerdo con lo estudiado en esta unidad, responda las siguientes cuestiones:

- a) ¿Será Lucía hija legítima o extramatrimonial de Carlos y Lucía? Explique su respuesta.
- b) Si ninguno de los dos hace nada, cómo debe tramitarse el registro de la niña?
- c) ¿Podría Carlos impugnar la paternidad de Lucía y en qué condiciones?
- 3) Camila y Sebastián viven en una unión libre permanente y singular por espacio de 5 años, de esta unión nacen inicialmente dos hijos María Camila y Juan Sebastián. Cuando nace María Camila, Sebastián está feliz y reconoce a la niña en la Notaría ubicada al lado de la clínica, y al año siguiente deciden, para efectos de pedir la visa a Francia, hacer una escritura pública donde reconocen la existencia de la unión marital de hecho mas no liquidan la sociedad patrimonial. Dos años después de la declaración de la unión marital nace Rodolfo.

- a) ¿Quedó legitimado Juan Sebastián por el hecho de la declaración de la unión marital de hecho? Justifique su respuesta.
- b) ¿Qué tipo de filiación ostenta cada uno de los hijos de Camila y Sebastián?



c) *¿En la hipótesis de haber muerto Juan Sebastián antes de la declaración de la unión marital, hubiera podido su padre, Sebastián, reconocerlo en la escritura donde admitió la Unión Marital de Hecho?*

4) *Esteban es soltero y hace un testamento en el cual instituye como herederos universales a todos los hijos o hijas legítimos que su hermano Manuel tenga dentro de los 5 años siguientes a su muerte. Manuel se casa con Ana y no puede tener hijos; Ana es inseminada con el semen de un donante anónimo con el consentimiento de Manuel y del tratamiento nacen dos niñas Ana María y Carolina.*

a) *¿Qué tipo de filiación ostentan las niñas Ana María y Carolina?*

b) *¿Esas niñas tendrían la calidad de hijas legítimas de Manuel para efectos de recibir la herencia de Esteban?*

c) *¿Puede Esteban imponer a Manuel la obligación de tener hijos o hijas legítimos, es válida esta cláusula, sería legal hacer diferencia entre los diferentes tipos de hijo o hija?*

d) *¿Qué pasaría, en relación con el testamento de Esteban, en el evento que Manuel en lugar de inseminar a su esposa decidiera adoptar un hijo o hija?*

5) *Javier y Lina tienen una unión marital declarada; en ella conciben a Pablo pero hacen una liquidación de la unión marital y se separan, después de 300 días de esta liquidación nace Pablo.*

a) *¿Qué tipo de filiación, en este caso, ostenta Pablo?*

b) *¿Será posible aplicar a este caso el artículo 220 del código civil? Justifique su respuesta.*

6) *Pedro tiene 35 años y Claudia 30 están casados hace 5 años y no han podido tener hijos. Pedro es minusválido trabaja en una compañía de sistemas de computo y Claudia es enfermera en el hospital de la Misericordia. En el hospital llega un niño de 3 años maltratado por sus padres, quemado con una plancha y es abandonado por sus padres en el hospital, por lo que las directivas del hospital y el ICBF entregan provisionalmente al niño a Claudia, para que lo cuide ya que es enfermera. El ICBF decide retirar al niño después de 8 meses pues ya*

Ae

el niño está recuperado totalmente gracias a los cuidados de la familia de Claudia y Pedro y darlo en adopción a un ciudadano Suizo soltero.

a) *¿Sería posible que Claudia y Pedro que desean adoptar al niño se queden con él?*

b) *¿Cumplirán los requisitos que establece la ley para los adoptantes?*

c) *¿Será legal que ICBF retire al niño sin tener en cuenta el deseo de Claudia y Pedro de adoptar al niño que han cuidado por los últimos 8 meses? Justifique su respuesta.*

d) *¿Pedro y Claudia interponen una tutela para evitar que se lleven al niño de su casa como fallaría usted este caso y con base en qué normas?*

7) *Ana y Luis tienen una unión permanente y singular por espacio de 4 años. Luis es extranjero y para casarse debe viajar a su país a conseguir los documentos necesarios y en ese momento no puede, por lo que deciden que la mejor forma de darle validez a su unión es realizar una escritura pública para declarar la existencia de la unión marital más no la liquidan. Luis es secuestrado y muere en cautiverio a los 90 días del secuestro Ana está embarazada y su bebé nace a los 210 meses de muerto Luis.*

¿Se puede afirmar que Luis es el padre sin necesidad de declaración judicial?, justifique su respuesta.

8) *A su despacho llega una demanda de impugnación de paternidad en la cual Juan impugna la paternidad del hijo de su esposa que fue inseminado con semen de un donante.*

a) *¿Qué normas aplicaría para resolver el caso?*

b) *¿Cuáles serían los hechos que usted debe tener en cuenta para sustentar su decisión?*

9) *En La filiación proveniente de las nuevas técnicas de fecundación asistida, Lorena, quien tiene 2 hijas y está casada con Felipe, es fecundada con un embrión proveniente de Valentina y Santiago quienes no podía tener hijos, pues Valentina tuvo cáncer muy joven y antes de*

Ae

que le extirparan todo su aparato reproductivo congeló unos óvulos. Los óvulos fecundados con semen de Santiago esposo de Valentina se implantan en Lorena, prima de Santiago, quien accede a alquilar su vientre a la pareja a cambio de una suma de \$50.000.000. Lorena recibe el dinero de lo cual hay prueba,, firma un contrato en el que se deja plasmada la situación; da a luz un lindo niño, hijo biológico de Valentina y Santiago, pero decide no entregarlo a sus padres y lo registra como suyo y de su esposo.

El caso llega a su despacho y usted debe decidir sobre la paternidad y la maternidad de ese niño

a) *¿En qué sentido orientaría su decisión?*

b) *¿Con base en qué normas legales la dictaría?*

10) *Sofía y Ricardo son padres de Antonia de 9 años, y de Jerónimo de 4 años; después de una pelea conyugal, la señora Sofía decide abandonar a Ricardo y a sus hijos. Ricardo tiene que trabajar y decide dejar a los niño solos dándole a Antonia \$10.000 para que compre lo necesario de comer; sin embargo, la niña no sale por miedo; al tercer día, los vecinos al ver la situación llaman al ICBF y esta entidad hace el proceso y expide una resolución de adoptabilidad.*

a) *¿Sofía puede impugnar esta resolución?*

b) *¿Qué recursos tiene?*

c) *¿En qué términos debe interponer los recursos?*

d) *Si a usted como Juez o Jueza de familia le llegara el caso, en qué sentido orientaría su decisión?*

2.7. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

En la unidad dos del módulo de filiación, se realizarán las siguientes actividades pedagógicas:

- 1) *Se diseñará un taller en donde se pedirá al discente que desarrolle el siguiente caso que se presenta en su despacho; explique cual sería su fallo, con base en qué normas lo dictaría y cuál es la posición del derecho comparado sobre el tema.*

Palomino y Gertrudis están casados, no han tenido hijos o hijas y a Palomino le diagnostican un cáncer de hígado; como va ser sometido a quimioterapia decide con su esposa congelar sus espermatozoides para un futuro tratamiento de fertilidad. Palomino tuvo dos hijos, Juanito y Lola, de un primer matrimonio con Antonia. Palomino está muy enfermo y le pide a Gertrudis que le prometa que a su muerte se va a hacer el tratamiento para tener un hijo o hija de él, lo cual no queda escrito. Gertrudis cumple su promesa y tiene un hijo que nace 300 días después de muerto Palomino. Gertrudis con su registro civil de matrimonio registra a Pepe como hijo de ella y de Palomino. A su despacho llega el proceso de impugnación de paternidad que Antonia, la primera esposa, como madre de Juanito y Lola inicia contra Pepe, argumentando que la inseminación no fue consentida por Palomino y que el niño nació después de los 300 días de muerto Palomino y que el niño no se parece a Palomino de donde se deduce que este no es su padre.

- 2) *Revise, para complementarlo o explicarlo el Mapa que aparece en el Anexo Uno que contiene las diferentes tipos de filiación y sus presunciones.*
- 3) *Revise y comente la ruta del proceso de adopción y el proceso de homologación de la declaración de adoptabilidad.*

2.8. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

J

En relación con la temática de esta unidad dos del Modulo de Filiación se encuentra la siguiente jurisprudencia relevante:

2.8.1. La referida a suprimir las desigualdades entre los hijos o hijas legítimos, extramatrimoniales o adoptivos:

Encontraremos aquí numerosas demandas de inconstitucionalidad que se han incoado con el fin de suprimir las diferencias que existen en varias normas del Código Civil en cuanto a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos o hijas legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, que según el avance legislativo estudiado hoy en día tienen iguales derechos y obligaciones.

Sentencias de control de constitucionalidad:

- C-047/94 del Mag. Ponente: Jorge Arango Mejía
- C-105/94 del Mag. Ponente: Jorge Arango Mejía.
- C-595/96 del Mag. Ponente: Jorge Arango Mejía
- C-1026/04 del Mag. Ponente Humberto Sierra Porto
- C-204/05 del Mag. Ponente: Jaime Araujo Rentaría

Las tutelas:

- *Sentencia T-318/97;*

2.8.2. La jurisprudencia referida a la adopción, específicamente sobre el consentimiento en la adopción y sobre los vínculos que surgen entre un menor y su familia de crianza, dos puntos importantes que tuvo en cuenta el legislativo al realizar la nueva regulación sobre adopción que se encuentra en el Código de la Infancia y la Adolescencia:

Sentencias de control de constitucionalidad:

- C-831/06 del Mag. Ponente: Rodrigo Escobar Gil

Las tutelas:

- *Sentencia T-881/01;*
- *Sentencia T-510/03;*

J

- *Sentencia T-292/04;*
- *Sentencia T-543/04;*
- *Sentencia T-756/05;*
- *Sentencia T-090/07;*

2..8.3 La jurisprudencia referida a los derechos del que está por nacer

Sentencias de control de constitucionalidad

:

- *C-133/94 del Mag. Ponente: Antonio Barrera Carbonell*
- *C-355/06 del Mag. Ponentes: Dr. Jaime Araújo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández*

Las tutelas:

- *Sentencia T-588/04;*
- *Sentencia T-223/98;*
- *Sentencia T-766/04;*

2.8.4 La necesidad de adecuar la regulación de las causales de impugnación de la paternidad legítima a nuevas realidades sociales y científicas como la fecundación *in vitro* es una materia que únicamente compete al Legislador, o tiene ella en sí misma relevancia constitucional

Las Sentencias de Casación Expediente No.: 1481143 Sentencia del 20 de junio de 1.990

2.9. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

BS

En la segunda unidad del modulo de filiación encontramos la siguiente bibliografía básica u obligatoria:

ABELIUK, Manasevich, Rene "La Filiación y sus efectos" Tomo I. Editorial Jurídica de Chile 2003. Estudio de la filiación en el derecho Chileno

MALAGÓN, Páez José y VIVEROS, Castellanos Enrique "Derecho de Familia".Editorial Legis, Bogotá, 2006. En esta obra puede encontrar todas las leyes vigentes con respecto a los tipos de filiación.



MARTINEZ, López Antonio José "Código del Menor y Jurisdicción de Familia". Ediciones Librería del Profesional 1994. Estudio de la adopción del código del menor.

MORALES, Acacio Alcedes "Lecciones de Derecho de Familia". Grupo Editorial Leyer 1997. Se puede encontrar un estudio de la adopción.

NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho Civil – Personas y Familia. Bogotá Librería jurídica Sánchez R Ltda., 2006. Contiene un completo estudio teórico y práctico de todas las clases de filiación.

NARANJO, Ramírez Gloria Patricia "Investigación genética humana y derecho", Ediciones Universidad Pontificia Bolivariana- Escuela de derecho y ciencias políticas. 2006. Estudia la manipulación genética y el estatuto jurídico del embrión humano desde el punto de vista del derecho comparado.

SAMBRIZZI, A. Eduardo. "La filiación en la procreación asistida" Editorial El Derecho Universidad católica Argentina. Buenos Aires 2004. Revisa el tema de la filiación asistida en el derecho comparado.

SUÁREZ, Franco Roberto. "Derecho de Familia Tomo II" "Filiación. Régimen de los incapaces. Editorial Temis. (Tercera Edición). Bogotá. 1999. Desarrolla en forma muy concisa todas las clases de filiación.

Unidad 3 | ACCIONES DE RECLAMACIÓN E IMPUGNACIÓN

Qg

Instrumentar los procesos de filiación que se adelanten en su despacho con base en las nuevas normas, y en los avances de la jurisprudencia y de la ciencia.

Qe

- Reconocer los procedimientos aplicables para cada uno de los casos de reclamación e impugnación.
- Identificar, recopilar y utilizar las diferentes jurisprudencias aplicables a cada caso particular.
- Clarificar las acciones sobre el estado civil y la filiación, sobre las partes intervenientes en estos procesos y la caducidad de estas acciones

3.1. ASPECTOS PROBATORIOS GENERALES

Uno de los temas neurálgicos de los procesos, tanto de impugnación como de reclamación de la filiación, **es el que tiene que ver con las pruebas** que se deben tener en cuenta en estos procesos.

Nuestro sistema legal empezó con un sistema de investigación restringida, pues en materia probatoria no permitía la demostración de la paternidad natural más que por los medios señalados por la ley, situación modificada por la Ley 75 de 1968 que otorgó mayor libertad probatoria, al ordenar al Juez o Jueza decretar los exámenes científicos para determinar la paternidad y al facultarlo para apreciar las pruebas según la sana crítica. Sobre este tema la Corte ha dicho:

“Dentro de la reforma que la ley 75 de 1968 introdujo a la preceptiva legal anterior a su vigencia emergen con perfiles de singular relevancia las referentes a la acción de investigación de la paternidad natural, puesto que si bien es cierto que dicho estatuto aún conserva el sistema de la investigación restringida consagrado por la ley 45 de 1936, también lo es que aumenta las causales al efecto y da mayor amplitud en el suministro de la prueba de los hechos que la estructuran”.

El sistema de la Ley 75 de 1968 está basado en presunciones de paternidad y las pruebas van encaminadas a demostrar esas presunciones que hacen suponer que determinada persona es padre de otra, y la prueba científica se tiene como auxiliar.

La Ley 75 de 1968 introduce el deber del Juez o Jueza de: a solicitud de parte o de oficio, decretar las pruebas científicas en los procesos de investigación de la paternidad o la maternidad pero; ¿cuales son estas pruebas? La Ley 75 señalaba que debían decretarse la prueba Antropo – heredero – biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles.

3.2 LAS PRUEBAS EN PARTICULAR

3.2.1. Los grupos sanguíneos como prueba

La ley 75 da pie para que en 1970 se inicie en Colombia el estudio de los grupos sanguíneos por el laboratorio de genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Según lo expresan los genetistas Colombianos Emilio y Juan José Yunis: *“..El análisis de los estudios de más de 60000 colombianos, con los sistemas*

de grupos sanguíneos revisados antes, permitió establecer la frecuencia génica para todos y cada uno de estos genes, la distribución regional en el país y además, originó el gran estudio sobre mestizaje genético.”¹²

Los grupos sanguíneos fueron descubiertos por kart Landstainer en 1900. Un grupo sanguíneo es una forma de agrupar ciertas características de la sangre que dependen de los antígenos presentes en la superficie de los glóbulos rojos y en el suero de la sangre. Las dos clasificaciones más importantes para describir grupos sanguíneos en humanos son los antígenos y el factor RH.

El primer informe de parentesco por pruebas de grupos sanguíneo se hizo en Estados Unidos en 1937. La frecuencia de los genes que codifican los grupos sanguíneos son universales, no hay genes propios de una raza o población lo que varia es la frecuencia de determinado gen en determinado grupo humano. En Colombia se ha demostrado que en el sistema sanguíneo de los Colombianos predomina el alelo “O”. El Alelo “A” y el “B” indican la mezcla étnica en nuestro país “A” esa mezcla con europeos y el “B” con africanos.

La prueba del grupo sanguíneo permite excluir la paternidad más no confirmarla. La exclusión de la paternidad por esta técnica se basa en que ningún alelo puede aparecer en la sangre del hijo o hija si no se encuentra en la sangre de la madre o del padre. Se han descubierto 12 grupos sanguíneos de factor positivo y 12 grupos sanguíneos de factor negativo. Si el grupo sanguíneo es compatible esto se tendrá como un indicio de paternidad.

Por esta razón, este examen era una prueba auxiliar dentro del proceso de filiación que el Juez o Jueza debía valorar conjuntamente con las demás pruebas. Se supone que por medio de esta técnica se descartaba la paternidad de un 20% de los presuntos padres.

3.2.2. Prueba por los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos

Estos caracteres utilizados como pruebas los contempla la ley:

1) Al hablar de características patológicas la ley se refiere a las pruebas basadas en las enfermedades relacionadas con la herencia. Son afecciones que afectan a una persona que deben encontrarse en su madre o en su padre. La validez de estas pruebas no es total y no es usual que se use en los estrados judiciales.

¹² YUNIS T, Emilio José y YUNIS L., Juan José. *El ADN en la identificación Humana*. Bogotá, Editorial Temis, 2002. p. 108.

2) Los caracteres Morfológicos: Solo puede realizarse cuando el niño o niña tenga sus caracteres morfológicos completos a los 3 años. Es **muy subjetiva** de acuerdo con el criterio del perito; por esta razón, tampoco se utilizó mucho.

Los caracteres fisiológicos: Algunos caracteres fisiológicos se heredan como el tono de la voz, como los gustos por determinadas cosas etc., es un criterio poco científico, razón por la cual no se utilizó en los juicios de filiación.

3.2.3. Prueba HLA

El HLA (Antígenos Leucocitarios Humanos) es un sistema de antígenos formados por moléculas que se encuentran en la superficie de casi todas las células de los tejidos de un individuo, y también en los glóbulos blancos (o leucocitos) de la sangre. HLA se empezó a usar en Alemania , en 1972, para establecer la paternidad y en Estados Unidos en 1976. Los genes del Sistema HLA se transmiten siempre en bloque. Cada bloque se denomina haplotipo. Los humanos heredan dos haplotipos de HLA uno por la vía materna y otro por la vía paterna, dando origen al genotipo HLA, perfil genético propio de la nueva persona. Por tal motivo, con este sistema se puede establecer la paternidad. En 1990 en Colombia se inicia la tipificación serológica del HLA clase I, y en 1991 la tipificación molecular HLA clase II. En 1992 se publican las frecuencias génicas en Colombia para todos los sistemas de grupos sanguíneos y las frecuencias generales y regionales para los haplotipos del HLA. Este sistema a pesar de ser útil, tiene un número de variantes muy inferior al detectado por el análisis de ADN, por lo cual es este último el examen que más se aplica.

En 1995 en los laboratorios de genética de la Universidad Nacional y en el Laboratorio Médico Yunis Turbay se iniciaron los estudios de paternidad con marcadores STR, la determinación molecular de la clase I del sistema HLA, y posteriormente, la secuencia del ADN.

Todos los adelantos científicos antes enunciados llevaron al legislador a expedir la Ley 721 de 2001 que se estudia a continuación.

3.3. LEY 721 DE 2001 Y PRUEBAS CIENTÍFICAS- ADN-

El Congreso de la República expide el 24 de diciembre de 2001, la Ley 721 de 2001 y con ella se da un giro al sistema de presunciones que imperaba en el momento para los procesos de investigación de paternidad y en los procesos de filiación. La Ley recoge la jurisprudencia que se había empezado a gestar sobre

la importancia de los exámenes biológicos, pues a pesar de que el artículo 7o de la Ley 75 de 1968 le imponía al Juez o Jueza, de oficio o a petición de parte, la obligación de decretar la prueba, esta por mucho tiempo, fue considerada tan solo como auxiliar o como mero indicio de la paternidad invocada.

Desde 1995 en Colombia según el genetista Emilio Yunis Turbay se empieza a usar la técnica de ADN en las pruebas de paternidad en Convenio con el ICBF, y es en ese momento cuando estas nuevas pruebas de paternidad más exactas empezaron a llegar a los estrados judiciales, en donde el Juez o Jueza o Magistrado actuando en derecho debía acatar la Ley 75 de 1968 que ordenaba la declaración judicial de la paternidad con base en unas presunciones aportadas por la misma ley. Si la presunción invocada se daba y esta era contraria a la prueba científica que se practicaba en el laboratorio, ¿como debía actuar el Juez o Jueza?

En principio había consenso entre la jurisprudencia y la doctrina , en cuanto ambas daban el alcance de indicio a las pruebas científicas que se practicaban en el proceso de filiación; acontecía, sin embargo, que el Juez o Jueza a pesar de decretar la prueba no le daba la importancia debida y en varios casos fallaba sin esperar a que se practicara la prueba, ya que el laboratorio de genética de ICBF no alcanzaba a evacuar el cúmulo de pruebas ordenadas por los despachos judiciales en los procesos de investigación de paternidad o filiación.

Los avances científicos incidieron en el cambio de la jurisprudencia y la doctrina sobre el tema, a tal punto que antes de la expedición de la Ley 721 de 2001 ya la Corte Suprema de Justicia había admitido la importancia de la prueba científica, pidiéndole a los jueces no oponerse al avance de la ciencia y fallar conforme a la prueba científica aún en contra de las otras pruebas recaudadas no suficientemente exactas. La Corte señaló en una de sus sentencias:

"Se reitera, hoy es posible destacar que esas probanzas indirectas (testimonios, cartas, seducción dolosa) no tienen el peso probatorio de las pruebas biológicas. Porque la paternidad biológica, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno de determinado hombre (y al margen de consideraciones éticas o de procedimientos en que no cuente la voluntad del padre biológico, tópicos que la Corte no entra en esta oportunidad a analizar), es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta, mediante procedimientos que el medio científico colombiano ofrece y que distan hoy mucho de los que el legislador de 1968 pudo tener en mente".¹³

¹³ Corte Suprema de Justicia expediente 6188 Sentencia del diez (10) de marzo de dos mil (2000). Magistrado Ponente: Dr. JORGE SANTOS BALLESTEROS

Recogiendo la jurisprudencia y el clamor de los estudiosos sobre el tema que veían como la Ley 75 de 1968 se había quedado corta ante los adelantos de la ciencia que ya habían recorrido un largo trecho, el legislador colombiano expidió la **Ley 721 de 2001**. Esta ley introduce los siguientes cambios importantes:

Obligó al Juez o Jueza de oficio a decretar la prueba que científicamente determine un índice de probabilidad del 99.99% en los proceso de paternidad y maternidad. La Ley 75 de 1968 regulaba que la prueba podía ser a petición de parte o de oficio, ahora necesariamente tiene que ser de oficio y, además, debe dar una certeza del 99.99% sobre la probabilidad de la paternidad o la maternidad, hecho no previsto, por obvias razones por el legislador de 1968.

Estableció la necesidad de que los laboratorios se certifiquen de acuerdo con los estándares internacionales, con el fin de autorizarlos a cumplir con las exigencias legales para realizar las pruebas de paternidad y maternidad. También creó una comisión de acreditación y vigilancia de orden nacional para vigilar a los laboratorios que realicen las pruebas de filiación. Como consecuencia de esta exigencia el gobierno dictó el **Decreto 2112 de 2003** “*Por el cual se reglamenta la acreditación y certificación de los laboratorios públicos y privados que practican pruebas de paternidad o maternidad con marcadores genéticos de ADN;*” estos laboratorios se acreditan para practicar esta prueba en diferentes fragmentos como sangre, huesos, pelo, según el listado anexo al módulo.

Estipuló la utilización de la técnica de DNA con el empleo de los marcadores genéticos para logra una certeza del 99.99%, mientras no haya algo más exacto. La prueba de DNA, como se afirmó, se viene utilizando desde 1995, esta prueba consiste en encontrar el material genético de la persona cuya filiación está en duda, dado que el ADN es el componente químico primario de los cromosomas y constituye la dotación genética del individuo. Por medio de la prueba de paternidad se busca determinar cuál es el aporte materno y paterno que recibe el hijo o hija para cada uno de los marcadores genéticos analizados. Actualmente también se están practicando por algunos laboratorios de genética las pruebas de ADN Mitocondrial como marcador para investigar solamente la maternidad y STR de Cromosoma Y como marcador para investigar la paternidad exclusivamente.

La ley estipula también los requisitos mínimos que debe contener el informe del resultado científico: debe ser claro, preciso y detallado e indicar cuál es el procedimiento de traslado y discusión de la prueba y los demás asuntos relacionados con la misma.

El resultado de la prueba genética tendrá tres conclusiones:

Los resultados no son concluyente: Cuando la muestra recolectada no es óptima y no se pueden estudiar suficientes marcadores genéticos para llegar a una conclusión sobre la paternidad invocada. No es muy frecuente este resultado.

Los resultados muestran exclusión: Según los expertos, internacionalmente se requiere la presencia de tres (3) o más marcadores incompatibles para determinar que una persona no es padre o madre de otra. Si se encuentran una o dos exclusiones se deberán analizar más marcadores para dar un resultado más exacto, pues esas exclusiones si son menos de tres se pueden atribuir a mutaciones genéticas. De tres en adelante hay exclusión de paternidad. El hecho de que solo 3 de los 13 marcadores analizados sean diferentes es suficiente pues la diversidad genética lleva a que las personas comparten muchos de los marcadores genéticos, que son frecuentes en la población sobre todo en determinada región.

Los resultados se estiman compatibles: Cuando el presunto padre o la presunta madre analizada y el hijo o hija comparten los marcadores genéticos. Para determinar que una persona es el progenitor de otra se deben analizar un número suficiente de marcadores; fenómeno relacionado con las frecuencias poblacionales para cada marcador genético. Entre 13 y 15 marcadores es lo recomendado, pues del número de marcadores y del poder de exclusión de cada uno de ellos, depende el éxito del estudio de paternidad.

La prueba, para que sea más exacta debe realizarse entre el padre, la madre y el hijo o hija. Sin embargo hay casos en que alguno de los dos no hace la prueba, caso en el cual, para determinar la paternidad o la maternidad, el genetista tendrá que recurrir a más marcadores para establecer la filiación.

Establece la Ley que en caso de que el presunto padre o madre o hijo o hija hayan fallecido o estén desaparecidos, la persona que realice la prueba debe utilizar el procedimiento para establecer la paternidad o maternidad con un porcentaje del 99%; en este evento se prevé la posibilidad de exhumar el cadáver del fallecido para practicar la prueba. Lo que quiere decir que en caso de personas fallecidas hay dos caminos:

La práctica de la prueba directa que es la mejor alternativa; la exhumación sólo puede y debe realizarse si el cadáver no fue cremado extrayendo el ADN de los huesos del causante.

La práctica de la prueba con los familiares del presunto padre o madre, con el fin de determinar cómo serían los marcadores genéticos del presunto padre o madre. Lo mejor es dejar la decisión en el perito, con base en su experiencia, sobre cuales familiares analizar. No obstante según estudio que se encuentra en borrador realizado en Octubre de 2006 por el ICBF intitulado “**Procedimientos Para Pruebas De filiación**” de la Coordinadora: **Gloria Inés Gutiérrez**, elaborado por la contratista **Myriam Janeth Ortega** establece que los familiares más aptos para tener esta información, son los que se describen a continuación. Esta información se puede lograr:

1- Estudiando a los abuelos paternos, madre biológica y supuesto hijo o hija: en este caso se determinará si uno de los posibles hijos o hijas varones de esa pareja podría ser el padre biológico del supuesto hijo o hija.

2-Estudiando a los hijos o hijas legales del presunto padre fallecido (tres o más), la(s) madre(s) biológica(s) de éstos, y el supuesto hijo o hija: en este análisis se tratará de deducir el perfil genético del padre biológico, para establecer o no, a continuación, su compatibilidad genética con el supuesto hijo o hija.

3- Estudiando a los hermanos legales (tres o más) **del presunto padre fallecido, a uno de los presuntos abuelos paternos, a la madre biológica y al supuesto hijo o hija.** En este caso se tratará de deducir el patrimonio genético del padre o la madre biológica del fallecido (del abuelo que no está). Para posteriormente determinar si uno de sus posibles hijos o hijas es compatible con la paternidad biológica del hijo o hija en litigio.

Por otro lado, la ley estableció que de los juicios de filiación, cuando hay menores de edad, conoce el Juez o Jueza de familia del domicilio del menor mediante un procedimiento especial preferente. Así se modificó el artículo 11 de la ley 75 de 1968, que ya había sido modificado por el Decreto 2272 de 1989, decreto que creó la jurisdicción de familia, con lo cual se establecía que del juicio filiación de un menor era competente el Juez o Jueza de Familia por el procedimiento especial establecido en Ley 75 de 1968. Pero si había muerto el presunto padre o madre o el hijo o hija, la acción la conocía el Juez o Jueza de familia por la vía ordinaria. Citación que varió con la Ley 721 por la siguiente razón: ya hoy no importa que el presunto padre o madre esté muerto o muerta, porque de todas maneras se aplica el procedimiento especial de la Ley 75 de 1968 modificado por la Ley 721 de 2001 (Art. 7) de investigación de paternidad o maternidad, si el hijo o hija es menor de edad. Si el hijo o hija es mayor de edad, si se tramita el proceso de filiación por la vía ordinaria. Pero en ambos procesos se debe ordenar de oficio

la prueba de ADN tal y como lo señala el artículo 1 de la Ley 721 citada, que no distinguió entre uno y otro proceso.

Luego la ley modificó el procedimiento de la Ley 75 de 1968 para la acciones de paternidad donde intervienen menores. Este artículo 8 de la Ley 721 de 2001 resistió dos demandas de inconstitucionalidad: una contra su segundo inciso (Sentencia C-476-03) y otra contra el parágrafo primero de este mismo artículo (C-802-02) en ambos casos se declaró la exequibilidad de los artículos de la ley, condicionada a que se entienda que el artículo no debe interpretarse de manera aislada y que ambos textos deben armonizarse con los artículos 1 y 3 de la misma Ley, por lo que el Juez o Jueza no solo debe tener en cuenta la prueba genética (pues no se puede tomar como prueba única de los procesos de filiación) o la renuencia a decretarse la prueba, para dictar sentencia, sino que le corresponde estudiar todas las pruebas que sean necesarias para tomar una decisión fundada en la certeza sobre quién es el padre o la madre del niño, niña o adolescente.

Otro punto importante se refiere a quien debe pagar la prueba científica de paternidad o maternidad, según el caso. Los artículos 6 y el inciso segundo del Artículo 4 que contemplan quien debe asumir el costo de la prueba, también sufrieron con una demanda de inconstitucionalidad y según el resultado de la misma (sentencia CC C-808-2002) se puede afirmar que la persona que solicita la prueba debe pagarla, salvo en los casos de estado de pobreza, caso en el cual, el Estado paga la primera prueba.

3.4. OTROS MEDIOS DE PRUEBA - CÓDIGO DE PROCEDIENDO CIVIL

Pareciera, que este apartado del módulo dedicado a los otros medios de prueba en los procesos de reclamación o impugnación del estado civil no tendría sentido pues de la lectura rápida de la ley se podría deducir que es la prueba genética la única prueba, la prueba reina dentro de los procesos de filiación.

Pero esto no es así, como se encargó de dilucidarlo la Corte Constitucional el Juez o Jueza en los procesos de filiación debe tener en cuenta todos los medios de prueba que estén a su alcance para establecer la verdadera filiación. La Ley 721 de 2001 en su artículo tercero establece que en caso de que no se pueda disponer de la prueba de paternidad se deben practicar otras pruebas. Sobre el particular la Corte Constitucional se pronunció declarando exequible la norma condicionada y ha dicho:

"no impide que en el estado actual de la ciencia, además de las pruebas científicas sobre el ADN pueda recurrirse tanto a las pruebas testimoniales, como a las documentales y a otros medios de prueba, pues la "información de la prueba de ADN" no arroja certeza absoluta sino tan solo una altísima probabilidad de paternidad o maternidad. Ello significa, entonces, que mientras la situación no varíe hasta tal punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador, interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones".¹⁴

Lo que quiere decir que no solo cuando no sea posible la práctica de la prueba científica de ADN, sino en todos los casos el Juez o Jueza debe estudiar todas las pruebas presentadas con el fin de evaluar todos los elementos de juicio y dictar sentencia habiendo llegado a formarse una convicción plena, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Por las razones anteriores, en los procesos de filiación el Juez o Jueza debe tener en cuenta que el artículo 6 de la Ley 75 de 1968 está vigente y por tanto debe estudiar las pruebas testimoniales, documentales, los interrogatorios de parte, y por último el dictamen pericial que lo lleven a probar las seis (6) presunciones de la paternidad natural con el fin de declarar judicialmente la maternidad o la paternidad según el caso.

El problema se presentará cuando las otras pruebas recolectadas dentro del proceso no sustenten la causal invocada, pero si la prueba científica ofrece un 99.99% de compatibilidad entre el presunto padre o madre y el hijo o hija, o viceversa es entonces cuando el Juez o Jueza debe valorar en su conjunto las pruebas, dándole un valor preponderante a la prueba científica, recordando lo sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de marzo de 2000 expediente 6188 antes citada.

No obstante, es importante resaltar que es trascendental que el Juez o Jueza conserve la facultad de apreciar y evaluar otras pruebas diferentes a la prueba genética porque con los adelantos científicos en el campo de las técnicas de reproducción asistida, habrá casos que la sola prueba genética sacada de su contexto puede llevar a una decisión contraria a derecho. Es así como en el caso de una fecundación *in vitro* con semen de un donante, consentida por el cónyuge o compañero de la mujer, donde la prueba genética resultará seguramente incompatible, pero se deberá atender más al consentimiento dado por el cónyuge

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C – 476 del diez (10) de mayo de dos mil cinco (2005). Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

o compañero para la reproducción *in vitro*, con el fin de que ese hijo o hija no quede sin filiación paterna cuando su padre consintió en la fecundación.

3.5. ACCIONES DE RECLAMACION O DECLARACION DE LA FILIACION Y ESTADO CIVIL

3.5.1. Concepto

En Colombia al igual que en la mayoría de las legislaciones se da la posibilidad a las personas de demandar para obtener el reconocimiento de una determinada filiación o estado civil. Son acciones positivas con las cuales se pretende la declaración de que una persona es hijo o hija de un padre o madre determinados, y, por tanto, posee un estado civil distinto al que ostenta en el momento de la demanda. Las acciones de reclamación tienen en principio plazos más amplios que las de impugnación.

Las acciones de reclamación se dirigen a demostrar que una determinada persona tiene un vínculo de consanguinidad con otra persona que es su presunta madre o presunto padre. Para este caso se tienen dos vías o procedimientos aplicables según lo establecido por la ley:

- 1) Si el hijo o la hija es menor de edad se debe aplicar el artículo 7 de la Ley 721 de 2001 que señala un procedimiento especial preferente mediante la acción de investigación de paternidad. Este procedimiento se da incluso cuando el padre o madre presuntos hayan fallecido.
- 2) Si el hijo o hija es mayor de edad, como para el caso no se tiene un procedimiento especial y no fue incluido en el artículo 7 de Ley 721 citada, se debe llevar por el procedimiento ordinario de mayor cuantía.

3.5.2. Elementos comunes de la acciones de declaración

Como, tanto las acciones de filiación y de investigación persiguen el mismo fin, tendrán muchos elementos comunes que estudiaremos en esta primera parte introductoria, antes de estudiar cada acción por separado en lo referente al procedimiento que es lo que las distingue.

En el caso de la filiación o investigación de maternidad el hijo o hija debe demostrar que su madre tuvo un parto y que de ese parto nació un hijo o hija que es él. O puede acreditar la posesión notoria de hijo o hija extramatrimonial.

El caso de la investigación de la maternidad no es tan frecuente aunque puede darse el caso de un menor que no viva con la madre o que este registrado por una persona que no es su verdadera madre.

En el evento de reclamar la maternidad extramatrimonial, esta se otorgará cuando la madre era soltera o viuda al momento de concebir el hijo o hija. La investigación de la filiación legítima se tendrá que establecer frente al padre y a la madre al mismo tiempo. Para la maternidad legítima el hijo o hija no sólo debe demostrar que su madre tuvo un parto y que de ese parto nació un hijo o hija que es él, sino también que su madre estaba casada en la época de la concepción.

Como la paternidad no se puede probar por el parto, ni la identidad en el parto, pues se deriva de un hecho difícil de probar como es la concepción, por ello la ley ha establecido unas presunciones sobre las cuales se basan los juicios de investigación de paternidad o filiación. Según el artículo 60 de la Ley 75 de 1968 se presume la paternidad en las situaciones que se enumeran a continuación, pero en las cuales no se detendrá este análisis pues con la supremacía de la prueba genética estas causales han pasado a un segundo plano:

En caso de rapto o violación en la época de la concepción: ni el rapto, ni la violación como tal, son delitos contemplados por nuestro actual ordenamiento penal, Ley 599 de 2000, consagra como delitos el secuestro y acceso carnal violento. En el antiguo código penal (Decreto 100 de 1980) el rapto era un delito contra la libertad individual y también estaba configurado el delito de la violación. De todas formas las definiciones de secuestro y acceso carnal son similares a las de los delitos descritos en el código de 1980. No se necesita declaración judicial sobre el ilícito, basta tan sólo demostrar los hechos y que al momento de la violación o durante el tiempo del rapto se dio la concepción según la presunción del artículo 92 CC.

En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio. En este caso se debe probar la seducción y el hecho doloso o el abuso de autoridad o la promesa de matrimonio no cumplida. Tiene que ser con una adolescente mayor de 14 años porque si es menor es un delito.

Si existe carta u escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad. Esta confesión inequívoca de paternidad es diferente al reconocimiento, pues este último por si mismo produce plenos efecto y evita instaurar una demanda judicial. Este es un documento privado o público, escrito por el padre, en donde se acepte sin ninguna duda la paternidad.

En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales para la época en que, según el artículo 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción, lo que se puede inferir del trato personal y social entre el presunto padre y la madre durante la época de la concepción. Este es la causa más común aducida en los estrados judiciales y la más difícil de probar. Estas relaciones no tienen que ser ni varias, ni públicas, ni estables. Se establece como oposición a estas causal la imposibilidad física de tener relaciones sexuales con la madre y la pluralidad de relaciones sexuales de la madre con otros hombres. La excepción de pluralidad de relaciones sexuales fue demandada por inconstitucionalidad pero la Corte la declaró exequible. Estas excepciones no se tendrán en cuenta, si el examen de ADN resulta compatible en un 99.99% por lo que aunque la Corte, no haya declarado inexequible esta excepción, la misma no tiene cabida cuando, a pesar de quedar demostrada la pluralidad de relaciones sexuales, el examen médico nos señale que el demandado es el padre.

El trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos. Es parecido a la causal anterior pero este trato es durante el embarazo y el parto, debe probarse el trato en ambos momentos el embarazo y el parto. Se debe demostrar el trato personal que se refiere al trato a que es sometida la madre y el social que se refiera a hechos externos como el pago o la consignación efectuada por el padre a la clínica, el médico etc.

Cuando se acredeite la posición notoria del estado de hijo o hija. La posesión notoria necesita un término de 5 años y se da cuando la madre o el padre tratan al hijo o hija como suyo y le proveen educación, vestuario, salud, etc. y cuando presentan al hijo o hija como suyo frente a vecinos y amigos. Para que se configure se necesitan el tiempo, el trato de hijo o hija y la fama de que es el hijo o hija, los tres elementos al mismo tiempo.

Como se ve, todas estas causales son meras presunciones que no tienen el alcance ni la fuerza suficiente frente a un examen de paternidad que puede dar la seguridad de un 99.99% de quien es el padre de un niño o niña o adulto cuya filiación se está investigando. Puede darse el caso de una persona "X" que陪伴 a otra persona "Y" durante el embarazo, le consiga el médico, le pague la clínica, hasta la acompañe al curso sico profiláctico y la señora pueda probar todo esto durante el proceso pero al practicar la prueba de ADN, como resultado de esta prueba se establece que el niño o niña no es compatible con ese padre X, entonces, el Juez o Jueza, a pesar de estar totalmente probados los indicios de la presunción señalada, no puede declarar la paternidad, porque simplemente es físicamente imposible, de acuerdo con la ciencia, que el señor

X sea el padre de ese menor; por esta razón, el sistema de presunciones está quedando relegado cada vez más y solo se utilizará en caso de no ser posible la práctica de la prueba de ADN.

3.5.2.1. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de la acción de Investigación de la paternidad o maternidad y la filiación es el mismo. La acción debe ejercerse contra las siguientes personas: El padre o la madre según el caso, directamente contra él o ella, si están vivos. Muerto el padre o la madre la acción debe dirigirse contra los herederos y su cónyuge. Estos integran un litis consorcio que no es necesario por lo cual a pesar de que la declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial tiene efectos *Erga Omnes* (contra todos), en lo referente a la filiación, las consecuencias patrimoniales de la declaración solo afectan a los quienes fueron citados al juicio, como se estudiará en su momento. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en muchos de sus fallos.

3.5.2.2. Competencia

Es competente para conocer de la acción de investigación de paternidad o maternidad y de la acción de filiación, el Juez o Jueza de familia del domicilio del menor en el primer caso y el Juez o Jueza del domicilio del demandado en el segundo, en primera instancia. Si no existe Juez o Jueza de familia es competente el Juez o Jueza promiscuo de familia y, excepcionalmente, el Juez o Jueza de circuito si no hay ninguno de los dos anteriores.

3.5.2.3. Conciliación extrajudicial como “requisito de procedibilidad”.

Teniendo en cuenta que el estado civil no es renunciable, ni conciliable, las acciones de filiación e investigación de paternidad o maternidad conllevan la declaración de un estado civil y por tanto no deben cumplir con el requisito de procedibilidad de la acción de conciliación antes del proceso. Esta es la razón por la cual estos asuntos, no están incluidos entre los asuntos de familia que necesitan conciliación prejudicial de acuerdo con la Ley 640 de 2001. A pesar de ello, en el proceso de filiación que se tramita por la vía ordinaria, a las partes se las citará a la audiencia de conciliación del Art. 101 CPC con el fin de que el padre o madre demandados manifiesten si son o no el padre o madre de esa persona que inició la acción. Otra es la discusión de si estas demandas son desistibles, en este punto la Corte ha sostenido que nada se opone al desistimiento de los procesos de filiación pues no hay norma que lo prohíba; así lo expresa la Corte

Suprema de Justicia en la sentencia del expediente 7778 fechada el 7 de febrero de 2000.

3.5.2.4. Término para interponer la acción

La acción de investigación de paternidad y maternidad y de filiación se puede interponer en cualquier tiempo pero los efectos patrimoniales, muerto el padre o la madre, se deben solicitar por la acción de petición de herencia y dependen de que el auto admisorio de la demanda se haya notificado a los herederos y al cónyuge dentro de los dos años siguientes al fallecimiento del causante- padre o madre.

3.5.2.5. Efectos de la Sentencia que Declara la Paternidad o Maternidad

La sentencia que termina un proceso de investigación de paternidad, maternidad o de filiación y declara que el demandado es padre o madre del demandante tiene dos tipos de efectos:

1) Efectos personales: Los efectos personales de ser hijo o hija de la persona a quien se declaró padre o madre en el juicio es *erga omnes* y por la declaración surgen los derechos y obligaciones entre padre e hijos o hijas.

2) Efectos patrimoniales: Son absolutos o relativos, según sea la persona contra quien se estableció la acción. Son absolutos cuando el demandado es el presunto padre. Pero si los demandados son el cónyuge y los herederos, los efectos patrimoniales son relativos y la sentencia solo afecta a las personas debidamente citadas al proceso y notificadas dentro de los dos años siguientes a la muerte del causante. (Art. 10 Ley 75 de 1968). Aquí los herederos forman un litisconsorcio facultativo. Estos efectos caducan, salvo que el demandado haya entorpecido la notificación. Pues en numerosas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia se ha señalado que, cuando por culpa atribuible al demandado no se puede lograr la notificación en tiempo, no opera la caducidad. Cuando se trata de muerte presunta, la jurisprudencia ha entendido que los dos años se cuentan desde el decreto de la posesión efectiva de los bienes y no desde la fecha de la muerte presunta.

3.5.2.5. Recursos

La sentencia que decide el proceso de investigación de paternidad o maternidad y la que decide el juicio de filiación tiene recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Familia de acuerdo con lo señalado por los artículos 3 y 5 parágrafo 1 del Decreto 2272 de 1989 y contra estas sentencias

procede, a su vez, el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia. Los artículos 17 y 18 de la Ley 75 de 1968 autorizaban la acción de revisión de las sentencias proferidas por el Juez o Jueza de menores, pero estos artículos fueron derogados tácitamente por el Decreto 2272 de 1989, según lo dispuso la Corte Constitucional en la parte motiva de la Sentencia No. C-282-94 del 16 de junio de 1994, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sin embargo, el recurso extraordinario de revisión si procede contra las sentencias antes citadas de acuerdo con el artículo 379 del CPC y al artículo 3o numeral 4o del Decreto 2272 de 1989.

3.5.3. Acción de filiación

Esta acción, como se mencionó, está encaminada a demostrar que una persona mayor de edad, que es el demandante, tiene un vínculo de consanguinidad con otra persona que es su presunta madre o presunto padre, demandado en el proceso. Esta acción se lleva a cabo a través del procedimiento ordinario de mayor cuantía señalado en el Código de Procedimiento Civil, dado que la ley no tiene señalado ningún trámite especial.

3.5.3.1 Sujeto Activo

Las acciones de reclamación o declaración las pueden ejercer las siguientes personas:

- El hijo o hija mayor de edad, si es capaz, por si mismo.
- El hijo o hija mayor de edad incapaz por intermedio de su curador.
- Muerto el hijo o hija mayor de edad pueden ejercerla los descendientes o los ascendientes del hijo o hija.

3.5.3.2. Procedimiento

Este proceso se tramita por la vía ordinaria y por tanto sigue el trámite establecido para esos procesos así:

Demandas: Debe reunir los requisitos del artículo 75 y s.s. del CPC, si cumple los requisitos antes señalados el Juez o Jueza la admite y se notificará al demandado. En esta demanda por ser ordinaria se puede acumular otras pretensiones como la acción de petición de herencia.

Traslado: El demandado o demandada tienen un término de veinte (20) días hábiles para contestar la demanda.

Proceso: Teniendo en cuenta que se rige por el procedimiento ordinario, las excepciones, la audiencia de conciliación del artículo 101 del CPC, el término probatorio, los alegatos y la sentencia se regirán por este procedimiento. En este proceso se aplica el artículo 1 de la Ley 721 de 2001 por lo que se debe ordenar la práctica de la prueba genética. Pero de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte al resolver las demandas de inconstitucionalidad sobre la Ley 721 (Sentencia C 746-2005 y C808 de 2002) el Juez o Jueza puede y debe practicar otras pruebas necesarias para llegar a una conclusión cierta de quien es el padre o la madre del demandante.

Sentencia: En la sentencia el Juez o Jueza debe declarar:

- Si el demandado o demandada es el padre o la madre del demandante.
- Si la filiación se probó dispondrá la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento del demandante.
- Condenar al demandado a pagar el costo de la prueba genética.
- Decretar o negar según el caso las otras acciones acumuladas.

3.5.4. Investigación de paternidad o maternidad

Esta acción, como se mencionó, está encaminada a demostrar que un niño, niña o adolescente, que es el demandante, tiene un vínculo de consanguinidad con otra persona que es su presunta madre o presunto padre demandado en el proceso. Esta acción se lleva a cabo a través del procedimiento especial fijado por la Ley 75 de 1968, que ha sido modificado por la Ley 721 de 2001.

3.5.4.1. Sujeto activo

La acción de Investigación de la paternidad la pueden ejercer las siguientes personas:

El hijo o hija menor de edad por intermedio de su representante legal o quien ejerce la patria potestad, que puede ser su madre o su padre, según el caso.

El Defensor de Familia y el Ministerio público por expresa disposición del artículo 13 de la Ley 75 de 1968. En cuanto al Defensor de familia puede actuar en concordancia con el artículo 82 numerales 11 y 12 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Para el Ministerio público no se hace referencia a esta facultad en el Código de la Infancia.

La persona natural o jurídica que tenga al niño o a la niña bajo su cuidado. Por expresa disposición legal del artículo 13 de la Ley 45 de 1936 y el artículo 13 de la Ley 75 de 1968. Así se está dando una gran responsabilidad a los padres de crianza, al poder representar al menor.

Muerto el hijo o hija menor de edad, la acción pueden intentarla los descendientes si los hubiere. (Ej.: Hijo de 17 años con hija de 2 años.) o los ascendientes.

3.5.4.2. Procedimiento

Este proceso se adelanta por el trámite especial de la Ley 75 de 1968 modificado por la Ley 721 de 2001 y es el siguiente:

Demanda: Debe reunir los requisitos del artículo 75 y s.s. del CPC; si los cumple, el Juez o Jueza la admite y fija fecha para la práctica de la prueba genética. Se notificará al demandado o demandada personalmente la demanda y la fecha de la práctica de la prueba genética. Aunque la ley 721 no lo prevé, pero siguiendo la normatividad general del Código de Procedimiento Civil, en caso de no poderse notificar personalmente al demandado, se deben aplicar los artículos 318 y 320 del CPC sobre notificación por emplazamiento y por aviso. Esta demanda no se podrá acumular con la demanda de petición de herencia, por tener distinto trámite, cada una deberá hacerse por proceso separado pues el trámite de esta demanda no es ordinario, mientras el de petición de herencia si.

Traslado: El demandado o demandada tiene un término de ocho (8) días hábiles para contestar la demanda.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 8 de la Ley 721 de 2001, una vez en firme el resultado de la prueba genética, el Juez o Jueza debe dictar sentencia. Este artículo 8 modificó el artículo 14 de Ley 75 de 1968 que fijaba que si había oposición se abría el proceso a pruebas por 20 días, término prorrogable por 10 días más, y el Juez o Jueza citaba a las partes para audiencia “*a fin de esclarecer no sólo lo tocante a la filiación del menor, sino los demás asuntos por decidir en la providencia que ponga fin a la actuación*”. En el momento este término probatorio no está vigente, pero según la jurisprudencia de la Corte al resolver las demandas

de constitucionalidad sobre la Ley 721 de 2001 (Sentencia C 746-2005 y C808 de 2002) el Juez o Jueza puede y debe practicar otras pruebas, las necesarias para llegar a concluir con mayor fehaciencia quien es el padre o la madre del demandante. Como aquí no se estableció un término probatorio y estas pruebas se practicarán mientras llega el resultado de las pruebas de ADN, en la práctica la prueba genética no se hace tan rápidamente, por lo que el término probatorio se hace muy extenso; la causa aducida por el estudio adelantado por la Procuraduría General de la Nación, fechado el 20 de noviembre de 2006, es la cantidad de pruebas represadas; el estudio reveló que en el período comprendido entre 1999 y 2006 se han presentado aproximadamente 50.000 demandas de filiación, las cuales se encuentran represadas por la falta de la práctica de la prueba con marcadores genéticos de ADN.

La Ley 721 de 2001, artículo 8, parágrafo primero, establece que el Juez o Jueza hará uso de todos los mecanismos para asegurar la comparecencia de las personas a la prueba genética y que, agotados estos mecanismos, sin más trámites procederá a dictar sentencia. El parágrafo segundo, por su parte, establece que si la prueba demuestra la paternidad o maternidad el Juez o Jueza procederá a decretarla, en caso contrario, absolverá al demandado o demandada. La Corte Constitucional en sentencia C-808 de 2002 estableció la exequibilidad de ambas normas en el entendido, que el parágrafo primero de este artículo debe armonizarse con el artículo 3 de la misma ley, por lo que el Juez o Jueza al no lograr la comparecencia del padre o de la madre al examen científico deberá decretar y practicar otras pruebas que le permitan fallar de fondo, siendo la no comparecencia simplemente un indicio en contra del demandado, mas no prueba suficiente para dictar sentencia. Lo anterior es importante si se tiene en cuenta que el informe de la Procuraduría, antes citado, reveló que existen 10.970 procesos de filiación sin definición por la falta de prueba de ADN, debido a la inasistencia de los presuntos padres a su práctica. En cuanto al parágrafo segundo del artículo 8 de la Ley, la misma Corte Constitucional en la citada sentencia C-808 lo declara exequible, al señalar que el Juez o Jueza debe acoger el resultado de la prueba, si esta se encuentra en firme.

Pruebas accesorias: El parágrafo 3 del artículo 8 establece que si, dentro del mismo proceso, el Juez o Jueza debe resolver otros asuntos diferentes a la filiación, dentro del mismo proceso el Juez o Jueza podrá proceder a decretar las pruebas del caso en el término de 10 días y dar traslado a las partes por 5 días para que aleguen sobre sus pretensiones; luego, dentro de los 5 días siguientes, dictara sentencia. Como se ve, inicialmente sin las sentencias C476-05 y C808-02 de la Corte, se pensaría que lo que quiso el legislador fue que se admitiera la demanda, se ordenara el examen, y una vez llegado el examen se dictara

sentencia, salvo que se tuvieran que decidir otros asuntos y ahí sí se fijará un término probatorio, se diera traslado para alegar y se dictaría sentencia en los 5 días siguientes.

Sentencia: En la sentencia el Juez o Jueza debe declarar lo siguiente:

- Si el demandado o la demandada es o no padre o madre del demandante.
- Si la filiación se probó, dispondrá la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento del menor.
- Fijará los alimentos con los cuales debe contribuir el demandado o demandada para el sostenimiento de su hijo o hija menor de edad.
- Privará del ejercicio de la patria potestad al demandado o demandada.
- Dispondrá la guarda del menor si fuere el caso.
- Condenará al demandado a pagar el costo de la prueba genética.

3.5.5. Declaración de estado civil

Las acciones de reclamación para la declaración del estado civil tienen por objeto determinar el estado civil. Se pueden dar en los siguientes casos:

La acción de reclamación de estado es aquella por la cual el hijo o hija legítimo o la hija legítima que no está en posesión de esta calidad reclama su verdadero estado civil. La inicia el hijo o la hija para que se declare que es hijo o hija legítimo o hija legítima de un padre y una madre determinados, cuando en su registro civil no se establezca tal calidad. Debe probar quiénes son sus padres y el estado civil de casados en el momento que la ley presume la concepción. Esta acción no es relevante hoy en día ya que todos los hijos o hijas tienen los mismos derechos (Ley 29 de 1982) dado que una acción para cambiar la calidad de hijo o hija extramatrimonial por matrimonial no tiene mucho sentido.

El padre o la madre puede entablar un proceso de filiación contra su hijo o hija que pasa como hijo o hija de otros padres, para que se le reconozca como padre o madre de esa persona. Esta acción no la tienen los padres biológicos, cuando el hijo o hija ha sido adoptado, ni los padres donantes del espermatozoide o del óvulo.

Estas acciones están reguladas por el artículo 406 del Código Civil, son imprescriptibles y producen efectos absolutos o *erga omnes*, en aplicación del

artículo 401 el Código Civil. Se tramitarán por la vía ordinaria por no tener establecido un procedimiento especial.

¿Se puede transmitir esta acción a los herederos? Sobre este punto hay dos corrientes: la primera que piensa que como se trata de una acción de reclamación de estado civil pura, no se podría ceder a los herederos pues el artículo 406 no dice nada al respecto, la otra corriente afirma que los herederos son legítimos contradictores y pueden representar a al padre o a la madre y al hijo o hija. Esta última es la posición de la Corte Suprema de Justicia.

Se debe aclarar que las acciones encaminadas a rectificar o impugnar las actas de estado civil, en razón de errores en ellas cometidos, no pueden conducir a que se produzca un cambio de estado civil.

3.6. ACCIONES DE DESCONOCIMIENTO O IMPUGNACIÓN

3.6.1. Concepto

Como su nombre lo indica, estas acciones tienden a desconocer o a repudiar un estado civil o una filiación que hasta ese momento se ostenta. Son acciones negativas en cuanto se encaminan a suprimir un estado civil actual, porque no corresponde al real. Con el fin de proteger la familia el legislador ha señalado, como veremos a continuación, plazos cortos para ejercerlas.

La acción apropiada para desconocer un estadio civil es la **acción de impugnación**, no es posible desconocer el estado civil mediante ninguna otra acción como la nulidad o impugnación de registro civil, etc.

3.6.2. Elementos comunes de la acciones de desconocimiento

Teniendo en cuenta que las acciones de impugnación de paternidad, de la legitimación del hijo o hija y la de maternidad persiguen el mismo fin: desconocer el estado civil que se posee tendrán muchos elementos comunes que se estudiarán en esta parte introductoria; ya al estudiar cada acción por separado se concretarán en aspectos relativos a las causales, los sujetos activo y los términos de caducidad.

3.6.2.1. Competencia

Es competente para conocer la acción de impugnación de paternidad, de legitimación del hijo o hija y la impugnación de maternidad el Juez o Jueza de familia en primera instancia. Si no existe Juez o Jueza de familia, es competente el Juez o Jueza promiscuo de familia y, excepcionalmente, el Juez o Jueza de circuito si no hay ninguno de los dos anteriores.

3.6.2.2. Conciliación Extrajudicial como Requisito de Procedibilidad

En este punto debe tenerse en cuenta el mismo planteamiento realizado para las acciones de reclamación de estado civil, en cuanto a que este requisito no es necesario en este caso, por cuanto las acciones de impugnación de paternidad, de legitimación o maternidad llevan consigo el desconocimiento de un estado civil y, por tanto, no deben cumplir con el requisito de procedibilidad de la acción de conciliación antes del proceso.

3.6.2.3. Procedimiento

Para los casos de la impugnación de la paternidad, la legitimación y la maternidad también existen dos vías o procedimientos aplicables según lo establecido por la ley:

- 1) Si el hijo o hija es menor de edad debemos aplicar el artículo 7 de la Ley 721 de 2001 que señala un procedimiento especial preferente mediante la acción de impugnación de la paternidad, la legitimación y la maternidad. Este procedimiento se da, incluso cuando el padre o madre presuntos esté fallecido.
- 2) Si el hijo o hija es mayor de edad, como no se tiene un procedimiento especial y no se le incluyó en el artículo 7 de Ley 721 citada, la impugnación debe tramitarse por el procedimiento ordinario de mayor cuantía.

Por lo tanto, para el procedimiento, en uno y otro caso, se hace remisión a lo ya estudiado dentro de los procesos de reclamación de la filiación con las siguientes precisiones:

- a) En esta demanda el Juez o Jueza, de oficio o a petición de las partes, debe citar al presunto padre biológico o a la presunta madre biológica. En caso de que la demanda sea solo de impugnación y si el Juez o Jueza cita al presunto padre real, puede de oficio pasar a efectuar también investigación de paternidad en la

misma actuación, en aras de proteger los derechos del menor. El Juez o Jueza debe fallar en ese caso no solo la impugnación sino la investigación con el fin de declarar quien es el padre. Lo anterior porque el objeto de la filiación no es rígido sino flexible, por cuanto busca primordialmente establecer la verdadera filiación que es un derecho fundamental de todo ser humano.

b) En estos procesos se podría dar la intervención excluyente del padre o de la madre biológicos, quienes al ser citados al juicio intervienen ejerciendo su derecho de acción como padre o madre biológicos contra demandante y demandado (hijo o hija-padre presunto o madre presunta).

El Juez o Jueza nombrará curador al menor cuando haya conflicto de intereses entre el representante legal del menor y la acción invocada. Si no hay conflicto no se debe nombrar un curador y el menor puede ser representado por su madre o padre, según el caso.

Esta demanda de impugnación se podrá acumular con la demanda de investigación de paternidad.

Durante el curso del proceso se presumirá la paternidad o maternidad del hijo o hija.

- Sentencia: En la sentencia el Juez o Jueza debe declarar:
- Si el demandante es o no hijo o hija del demandado o la demandada.
- Si la impugnación prosperó, dispondrá la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento del demandante.
- Condenar al demandado a pagar el costo de la prueba genética.

3.6.2.4. Efectos de la sentencia de impugnación de la paternidad o maternidad

Si la sentencia declara que el demandado no es padre o madre del demandante:

- Destruye vínculo filial por el cual estaban unidos demandante y demandado,
- Termina el estado civil que ese demandante tenía

- Cesan las obligaciones y los derechos entre las partes del proceso. Con la sentencia se rompe la presunción de paternidad y la madre pasa a ser madre extramatrimonial y el marido deja de considerarse el padre.

Los efectos del fallo de impugnación son también *erga omnes* es decir no solo valen frente a las personas que han intervenido en el juicio sino frente a todos. Otro efecto de la sentencia será condenar a la indemnización de perjuicios al demandante, si hay lugar a ello. La ley no estableció como se debían reclamar estos perjuicios por lo que se considera que la vía adecuada para hacerlo es reclamar los perjuicios a través del incidente de regulación de perjuicios promovido ante el mismo Juez o Jueza que profirió la sentencia y donde se van a demostrar la existencia y la cuantía de los perjuicios causados con la presunción de paternidad o maternidad desvirtuada.

3.6.2.5. Recursos

La sentencia que decide el proceso de impugnación de paternidad o maternidad tiene recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Familia de acuerdo con lo señalado por los artículos 3o y 5o del Decreto 2272 de 1989 y contra esta sentencia, a su vez, procede el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 9o Decreto 2272 de 1989). Contra las sentencias antes citadas también procede el recurso extraordinario de revisión de acuerdo con el artículo 379 del CPC y con el artículo 3o numeral cuarto del Decreto 2272 de 1989.

3.6.3. Impugnación de paternidad

3.6.3.1. Procedencia

La presunción de la paternidad legítima tiene su origen en la obligación moral de fidelidad que existe entre un hombre y una mujer que están unidos en matrimonio. Sin embargo, esta obligación no la cumplen algunas mujeres que tienen hijos o hijas con personas distinta a sus esposos dentro del matrimonio y es por ello que surge la figura de la impugnación de la paternidad, con el fin de destruir la presunción de paternidad de la concepción dentro del matrimonio, presunción que por ser **de hecho** admite prueba en contrario. Con la expedición de la Ley 1060 de 2006 será necesario que el compañero permanente acuda a esta figura para impugnar la paternidad que se le imputa y desvirtuar la presunción de paternidad que se le ha conferido por la ley en caso de que no esté de acuerdo con ella. Por este motivo, ahora se dan tanto la impugnación de la paternidad legítima, como la impugnación de la paternidad extramatrimonial.

3.6.3.2. Causales

Tradicionalmente la doctrina había considerado que las causales para impugnar la paternidad eran de **orden físico**, como la ausencia del padre, la impotencia y la imposibilidad física temporal de acceder a la madre; el adulterio de la mujer según artículo 215 C.C. y de **orden fisiológico**, causales admitidas a partir de la Ley 75 de 1968 relativas a las pruebas genéticas de paternidad. Hoy en día las causales son más amplias, pues la reforma de la Ley 1060 tantas veces citada, estipula que el padre debe demostrar por cualquier medio que no es el padre o en el proceso de impugnación de paternidad mediante prueba científica necesita desvirtuar la presunción de paternidad. Circunstancia no se aplicable en el caso de la filiación legitimada, pues como se verá en esta se sigue el criterio tradicional de la absoluta imposibilidad física y el de no haber tenido conocimiento al momento de casarse, como se verá más adelante.

3.6.3.3. Sujeto Activo

El sistema anterior era muy restrictivo por cuanto solo podía impugnar la paternidad el marido, en principio, y luego con la Ley 75 de 1968 el marido y el hijo o hija. En este punto la Ley 1060 de 2006, hizo una reforma importante al adoptar un criterio familiar y ampliar la gama de las personas que pueden impugnar la paternidad, esto acogiendo la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, la legitimación en la causa por activa está a cargo de las siguientes personas:

- El hijo o hija nacido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho.
- El cónyuge o compañero permanente.
- La madre.
- Los herederos pueden ejercerla si el padre ha muerto.
- Los ascendientes del padre pueden impugnarla, así no sean herederos.

El presunto padre biológico- A pesar de no haber quedado incluido como titular de la acción de impugnación de la paternidad en el artículo 216 del CC, el artículo 406 lo legitima para actuar. Por otro lado, el artículo 5 de la Ley 1050 de 2006 otorgó a este padre la facultad de solicitar la prueba científica y, además, el artículo 6 de la nueva ley, le otorga al Juez o Jueza la facultad, de

oficio o a petición de parte, de vincular al proceso al presunto padre biológico, en estos contextos la interpretación correcta debe ser: el padre biológico sí puede impugnar la paternidad pues no sería lógico que sea citado oficiosamente al proceso, se le permita pedir la prueba genética y no pudiera impugnar la paternidad. El padre puede acumular la impugnación con la acción de filiación. Siempre y cuando no haya perdido el derecho como en la adopción o cuando se dona el semen.

3.6.3.4. Término para Interponer la acción

Para interponer la acción de impugnación de la paternidad el término varía según sea quien interponga la acción así:

El hijo o hija no tiene término para impugnar la paternidad. Es una ampliación de la imprescriptibilidad de la acción, pues el hijo o hija puede impugnarla en cualquier momento. Sin embargo en este aspecto ha habido evolución legal, pues el inicial artículo 216 CC (reformado por Ley 1060 de 2006) estipulaba que “*Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo*”. Esta disposición conducía a que la impugnación del hijo o hija de mujer casada sólo pudiera ser intentada por el marido. Pero la Corte Suprema de justicia sostuvo que el hijo o hija también estaba legitimado para impugnar esta paternidad por expresa disposición del artículo 3 de la Ley 75 de 1968. Pero esta facultad se le daba al hijo o hija en cualquier tiempo, pero si su nacimiento se había dado después de 10 meses de la separación de sus padres, ahora no tiene esa limitación.

El padre –cónyuge o compañero permanente- tiene un término, el de los 140 días siguientes al momento en que tuvo conocimiento de no ser el padre biológico del niño o niña. Antes de la reforma de la Ley 1060 citada, el término era más corto, de 60 días y se contaba desde que tuvo conocimiento del parto. Término que caprichosamente se amplió pues no hay razón para que sean 2 meses o 4 meses y medio, se está ante una decisión válida del legislador que está facultado para fijarlo. Se trata de un cambio importante que abre la puerta para que en cualquier momento se pueda impugnar la paternidad por parte del padre legal, ya que el término corre desde que se tuvo conocimiento de que no se es el padre biológico. Antes era un término cierto establecido a partir del nacimiento del hijo o hija. Lo anterior, mejora un poco la situación de numerosos padres que con las nuevas pruebas pueden saber quién es realmente su hijo o hija, pero deja desprotegido al hijo o hija que en cualquier momento puede ser objeto de una demanda de impugnación, al estar asentando el vínculo jurídico solo en la parte biológica. En tal evento, a un niño o niña que por 5, 10, o 15 años

tuvo por padre a una persona se le pueden desconocer los lazos creados por la convivencia y la convicción de la filiación existente entre ellos, facultando al padre en forma irrestricta para impugnar la paternidad.

Se presume que tuvo conocimiento inmediato, si vivía en la residencia donde nació el hijo o hija, a menos que haya ocultamiento del parto. La Ley 1060 de 2006 derogó los artículos 5 y 6 de la Ley 95 de 1890 que daban al marido la posibilidad de impugnar la paternidad en cualquier tiempo si probaba que no hacía vida conyugal con su mujer por separación judicial de cuerpos por adulterio y si la mujer daba a luz después del 10 meses de abandonar el hogar conyugal. Normas anacrónicas que seguían vigentes después de más de 100 años y que no se justifican hoy cuando se puede demandar el divorcio incluso de mutuo acuerdo.

La madre tiene un término, el de los 140 días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento de que su marido no es el padre biológico del niño o niña.

Los herederos del Padre: Pueden impugnarla en el momento de conocer la muerte del padre o desde que conocen el nacimiento del hijo o hija, o dentro de los 140 días siguientes a estos. El término va a depender del momento de la muerte del padre, pues el heredero antes de la muerte del padre no tiene derecho alguno. La redacción del nuevo artículo 219 es confusa, no es claro en qué tiempo realmente se puede ejercer la acción, el antiguo artículo 219 ordenaba que existía esta posibilidad de iniciar la demanda, si el padre moría dentro del término para impugnar sin hacerlo, lo que es lógico. Hoy en día la situación es diferente, por ejemplo: si suponemos que Juan el padre de Roberto, muere a los 4 meses de nacido el niño, los herederos de Juan tendrían otros 140 días para impugnar la paternidad por lo que el niño Roberto va tener casi 9 meses pendiendo su paternidad. Otros tratadistas afirman que de acuerdo con la redacción de la norma el descendiente puede impugnar la paternidad en cualquier tiempo después de muerto el padre o de conocer el nacimiento del hijo; esta sería una interpretación muy laxa de la ley. Si la ley hubiera querido igualar a los herederos con el hijo o hija, la ley lo hubiera hecho; pero no parece ser ese el sentido de la ley. Este derecho termina si el padre o la madre hubieran reconocido expresamente al hijo o hija por testamento u otro instrumento público. La ley señala que si los herederos han entrado en posesión efectiva de la herencia le pueden oponer al hijo o hija la excepción de ilegitimidad.

Los ascendientes del padre: a estos ascendientes en forma clara se les dio un término de 140 días después del conocimiento de la muerte del padre para impugnar la paternidad.

El presunto padre biológico no tiene término para impugnar la paternidad por el artículo 406 del código civil.

3.6.3.5. Sujeto Pasivo

Anteriormente la relación jurídica procesal la instauraba el hijo o hija contra el padre, o viceversa, el padre contra el hijo o hija eran las dos posibilidades. En el momento presente se amplían las posibilidades en cuanto a la legitimación en la causa por activa, pero la legitimación en la causa por pasiva no cambia. El sujeto pasivo de la acción de impugnación de la paternidad y de la impugnación de la legitimación es el mismo. La acción debe ejercerse contra las siguientes personas, según el caso:

- Contra el hijo o hija
- El padre, cónyuge o compañero permanente o madre directamente contra él o contra ella, si están vivos.
- Muerto el padre o la madre debe dirigirse contra los herederos.

3.6.3.6. Requisitos sentencia favorable

Para que el proceso de impugnación de la paternidad obtenga una sentencia favorable es necesario:

- Que se prueba la causal de impugnación.
- Que el marido no hubiere reconocido al hijo o hija como suyo en testamento o instrumento público.
- Que se ejercite la acción dentro de los términos previstos en la ley.

3.6.3.7. Casos en los cuales se puede impugnar la paternidad

1) **El de la hija o hijo nacido después de los 180 días de celebrado el matrimonio o de la declaración de la unión marital de hecho.** Este hijo o hija se presume concebido dentro del matrimonio y por tanto es hijo o hija legítimo del marido en el primer caso y en el segundo caso se presume concebido dentro de la unión marital por lo que es hijo o hija extramatrimonial de la unión marital de hecho. Para que el padre pueda impugnar la paternidad se deben dar las siguientes situaciones:

Cuando el cónyuge o compañero demuestre que no es el padre por cualquier medio: es una causal amplia, pues antes de la reforma de la Ley 1060 de 2006 el marido (el compañero no se presumía padre) solo podría impugnar la paternidad en este caso demostrando la “absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer” o el adulterio de la misma. Ahora la causal es muy amplia y el marido o compañero permanente, sin restricción alguna, puede probar por cualquier causa que no es el padre, porque no pudo engendrar ese hijo o hija, por ejemplo, por alguna enfermedad, o por cualquier otro motivo, incluyendo obviamente las dos causales anteriores la imposibilidad física y el adulterio de la mujer, o causales más anómalas como la inseminación artificial de su mujer sin su consentimiento. El cambio fue importante, más cuando con las técnicas de reproducción asistida la imposibilidad física ya no es óbice para que haya fecundación. Puede existir imposibilidad física pero si hay consentimiento por parte del marido o compañero permanente, hay una procreación consentida que debe ser regulada con la presunción de paternidad como en la mayoría de las legislaciones del mundo.

Cuando en un proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción. Esta es una causal muy específica. Genéticamente se debe demostrar que no se es el padre así haya tenido relaciones sexuales con su esposa o compañera madre de ese hijo o hija. Aquí el legislador fue claro, la presunción de paternidad se rompe con el resultado de la prueba genética; esta sería la prueba reina dentro de ese proceso, en coherencia con el artículo 1 de la ley 721 de 2001 que ordena al Juez o Jueza decretar la prueba en todos los procesos para establecer la paternidad. ¿Pero cómo interpretar aquí el polémico artículo 3 de la citada Ley? En este caso, en opinión de la autora no habría discusión pues el Juez o Jueza no podría decretar la impugnación de la paternidad por esta causal si no se puede realizar la prueba genética debido a que la presunción se debe desvirtuar mediante prueba científica y en ese caso no servirían otros medios de prueba, las otras pruebas recaudadas se utilizarán para conceder o negar la impugnación invocada por la causal primera de este artículo 214 del C.C. Este numeral segundo tiene una demanda de inconstitucionalidad en curso, demanda aun no resuelta, porque según el demandante el artículo limita la función judicial al someter la valoración probatoria que corresponde hacer al Juez o Jueza, al resultado de la prueba científica e impide la debida defensa, cuando para desvirtuar el presunto vínculo de paternidad, no se pueden utilizar otros medios de prueba diferentes al medio científico.

2) El de la hija o el hijo o hija nacido después de 300 días de disuelto el matrimonio por divorcio o muerte de uno de los cónyuges o en caso de nulidad. Este hijo o hija no se presume concebido dentro del matrimonio por estar por

fuerza de los términos del artículo 92 del código civil. Sin embargo el legislador previó que en estos casos se necesita la declaración judicial de ilegitimidad del hijo o hija y, por tanto, éste será uno de los casos donde se necesitaría impugnar la condición de hijo o hija legítimo del marido. No se incluye al compañero permanente. Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física antes de los 300 días, el tiempo se cuenta a partir del surgimiento de la imposibilidad física. El artículo 220 del Código Civil debió ser reformado, pero inexplicablemente no lo fue; ante todo, se trata de un artículo confuso, pues un niño o niña que presuntamente no es legítimo, este artículo lo convierte en legítimo, al propugnar que, en ausencia de interés debe dejarse al hijo o hija gozar de su calidad de legítimo y hay que impugnarlo, lo que no es lógico y se pueden presentar abusos. Ejemplo: Ana, por mutuo acuerdo, se separa de Luis pues ella tiene un amante; queda embarazada de su amante y su niña Anita nace a los 310 días de la sentencia de divorcio; Ana tendría que registrar a su niña como legítima e iniciar un proceso? Según este artículo si y ¿hasta qué fecha opera este artículo, 315 días, 320? Además, mantiene "*la absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer*" que como se vio ya no es tan relevante. En este caso se remitirá el Juez o Jueza también a la prueba genética, pero surge el problema cuando esta sale positiva por diversas causas como un embarazo fuera de término, una inseminación artificial post mortem, etc. El Juez o Jueza, según la norma, debe declarar la ilegitimidad del niño o niña que nació por fuera del término de los 300 días; pero si la prueba genética es compatible el Juez o Jueza declarará que el menor es hijo o hija extramatrimonial de ese padre, pero que no es hijo o hija legítimo, así hubiera sido inseminado post mortem con el consentimiento del padre o haya nacido fuera de término. En la práctica si no se entabla la acción, el niño o niña se inscribe como legítimo, con el problema de que ante la indeterminación en los días de más, será el notario quien decida, en últimas, si el niño o niña nacido a los 301 o a los 310, si lo registra como hijo o hija legítimo del ex cónyuge o no. Pero en caso de que haya juicio y se determine de acuerdo con la prueba genética sí es el padre, el Juez o Jueza debe declarar la paternidad y no es relevante, si el hijo o hija ostenta la calidad de legítimo o extramatrimonial, como sería lo que declararía el Juez o Jueza en este caso pues todos los hijos o hijas tienen iguales derechos. El artículo 221 señalaba los plazos dentro de los cuales se podía impugnar la paternidad en este caso; este artículo fue derogado expresamente por el artículo 14 de la Ley 1060 de 2006, por lo cual nos tendremos que remitir a los plazos generales ya señalados.

3) El de la hija o el hijo o hija concebido durante la separación de cuerpos de sus padres. En este tercer caso debemos distinguir dos situaciones:

- a) Una, si la separación de cuerpos es de hecho es decir no ha sido declarada judicialmente, en este caso se presume la paternidad de ese hijo o hija como si

fuerá legítimo y tendrá el padre que impugnarla para desvirtuar la paternidad que se le imputa.

b) En segundo lugar, si la separación de cuerpos fue declarada judicialmente de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 57 de 1887, que está vigente, este hijo o hija no se reputa del marido por lo que este podrá desconocer la paternidad, caso en el cual no hay necesidad de impugnar la paternidad, pues el marido simplemente está facultado para desconocer la paternidad, salvo que la mujer pruebe que este marido lo reconoció como suyo con actos positivos o que hubo reconciliación privada entre los esposos, casos en los cuales el marido no podría desconocer la paternidad pero si impugnarla de acuerdo con las reglas generales.

4) El de la hija o el hijo o hija con doble presunción de paternidad por haber pasado la mujer a segundas nupcias. Es el caso del niño o niña nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio de su madre y dentro de los 180 días posteriores a las segundas nupcias de la madre. En este caso ese niño o niña tiene una doble presunción de paternidad, pues se presume legítimo de ambos maridos. Ante la duda los interesados pueden demandar la paternidad ante el Juez o Jueza, quien determinará quién es el verdadero padre de ese niño o niña y condenará a la madre y al nuevo esposo por los perjuicios causados al tercero por la incertidumbre de paternidad. Anteriormente estaba prohibido a la mujer contraer nuevo matrimonio antes de transcurridos los 270 días de la disolución de su matrimonio o antes del parto si tenía síntomas de embarazo. Esta prohibición fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en su Sentencia C – 1440 del veinticinco (25) de octubre de dos mil (2000) pues la norma atentaba contra la libertad de la mujer y más teniendo en cuenta que la finalidad de la norma, se puede alcanzar ahora con el apoyo que la ciencia y la tecnología, y no se hace necesario imponer a la mujer esa carga.

5) El caso de la hija o el hijo o hija nacido dentro de los 300 días siguientes al divorcio o la nulidad del matrimonio de sus padres: La ley prevé que este hijo o hija está amparado por la presunción de paternidad legítima, pero establece unas reglas en caso de embarazo después del divorcio y nulidad del matrimonio y ordena a la mujer, que este recién divorciada o con su matrimonio anulado o en proceso de divorcio o nulidad, que denuncie su embarazo dentro de los 30 días siguientes al de la separación. Y si lo hiciere con posterioridad a esa fecha, es al Juez o Jueza, a quien corresponde declarar que el retardo fue justificado. La denuncia se debe hacer al marido o a los herederos y esa denuncia faculta al marido para pedir a la mujer que se realice el examen de embarazo y si se rehusa se presume la inexistencia del embarazo. Pero si la mujer no avisa del embarazo, o se sustrae a la vigilancia que le ha ordenado el Juez o Jueza, no se

presumirá la paternidad y tendrá que declararse en juicio, esto con la salvedad de que en concordancia con la igualdad jurídica que el Decreto 2820 de 1974 otorga a los cónyuges la mujer ya no tiene guarda e inspección, por lo tanto el artículo 228 debe entenderse modificado. El marido de todas formas puede impugnar la paternidad en proceso contradictorio, a pesar de ser avisado del embarazo. Este caso tampoco se aplica para uniones maritales de hecho pues esto no se ha modificado. Los artículos en comento deberían ser objeto de reforma pues imponen a la mujer una serie de condiciones que le coartan injustamente su libertad, más si hoy con la prueba genética se puede resolver este problema, siguiendo el criterio de la sentencia del la Corte Constitucional C 1440 de 2000.

6) Casos Especiales

Otros casos especiales que se pueden dar y en los que no se utiliza la impugnación de paternidad son los siguientes:

Hijo o hija Póstumo: la hija o el hijo o hija nacido dentro de los 300 días siguientes a la muerte de su padre: Este hijo o hija nace dentro los términos señalados para la concepción del artículo 92 del C.C. y por tanto está cobijado con la presunción de paternidad y tiene por padre al marido. Pero la ley ha señalado reglas especiales en este caso específico como son:

Muerto el marido la mujer puede denunciar el embarazo a los herederos del mismo. Esta denuncia debe hacerse dentro de los 30 días siguientes de la muerte del marido y si se hace en otro término el Juez o Jueza debe declarar que fue justificable el retraso. Como está redactada la norma pareciera, en principio, que es potestativo de la mujer hacer o no la denuncia, pero si se estudia concatenada con los artículos posteriores se ve que es una obligación, más que una facultad, hacer la denuncia.

Los herederos del marido podrán solicitar a la mujer que realice las pruebas que demuestren su embarazo ante Juez o Jueza. Si la mujer se niega a hacerlo se tiene por no embarazada.

La mujer embarazada de su marido tiene derecho a que de los bienes del marido se le entreguen para el embarazo y el parto lo que le correspondería al hijo o hija si nace vivo y si no nace vivo no tiene que devolver lo recibido salvo si actuó de mala fe o el hijo o hija sea ilegítimo. Este sería un derecho a reclamar alimentos otorgado a la madre embarazada por el artículo 111 de la Ley de Infancia y Adolescencia.

- b) El caso de la hija o hijo o hija concebido antes y nacido después de la disolución del matrimonio: Este hijo o hija se legitimó por el matrimonio posterior de sus padres y si nace dentro de los 300 días se presume legítimo. Si la disolución es por muerte es un hijo o hija póstumo y si es por divorcio será un hijo o hija legitimado por el matrimonio posterior de sus padres.
- c) El caso de la hija o hijo o hija de mujer casada: Se mantiene el criterio de que el hijo o hija de mujer casada se presume del marido. Solo se podrá investigar la paternidad del hijo o hija de mujer casada si se presenta la demanda acumulada a la de impugnación de paternidad o después de haberse terminado el proceso de impugnación donde se declare que ese hijo o hija no es del marido de la mujer.

3.6.4. IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEL HIJO O HIJA

Los casos de la impugnación de la legitimidad del hijo o hija se rigen en términos generales por los mismos preceptos de la impugnación de paternidad en cuanto a sujeto activo, pasivo, los términos para impugnar, la competencia, la conciliación, el tipo de proceso y procedimiento, efectos de la sentencia y recursos. Por tal motivo debemos remitirnos a lo ya expuesto, salvo algunas particularidades que se verán a continuación.

En este caso se pretende impugnar la legitimación por la cual un hijo o hija extramatrimonial es legitimado por el matrimonio posterior de sus padres. Un requisito indispensable para la legitimación es el matrimonio posterior a la concepción del niño o niña o niña. La impugnación de la legitimación se da en los siguientes casos:

Hija o hijo o hija concebido antes del matrimonio y nacido dentro del matrimonio antes de los 180 días de celebrado el matrimonio. Este hijo o hija se presume legítimo por legitimación “*ipso jure*” o sea de pleno derecho sin declaración judicial, en los términos del artículo 236 C.C., pero el marido puede impugnar la paternidad de ese hijo o hija nacido en ese evento por las causales anotadas por la ley. En este caso no se igualó al hijo o hija extramatrimonial proveniente de la unión marital por lo que en este caso solo puede impugnar la paternidad el esposo y no el compañero permanente. Salvo el compañero permanente, las demás personas legitimadas para impugnar son las mismas que se indicaron en la parte general (artículo 216 C.C.) y deberán iniciar la acción de impugnación en los mismos plazos generales ya estudiados. Aquí no hubo reforma de la Ley 1060 por lo que seguimos con las causales restringidas que son:

La absoluta imposibilidad física del padre de tener acceso a la madre, durante el término en que se presume la concepción: Es muy restringida y parte del supuesto de que la concepción proveniente de la cohabitación, cuando hoy como ya se manifestó, con las técnicas de reproducción asistida la imposibilidad física ya no es óbice para que haya fecundación. El Juez o Jueza debe evaluar en cada caso si la absoluta imposibilidad física tiene mérito para destruir la presunción de paternidad teniendo en cuenta, que así se pruebe esta imposibilidad, esta no es suficiente para destruir la paternidad impugnada y para ello seguramente usará el examen de ADN que es obligatorio en estos procesos. La imposibilidad tiene dos requisitos: que sea absoluta y que dure todo el tiempo en que se presume la concepción. El problema se presentará, si el marido se entera del embarazo antes de que el niño o niña nazca y sabe que ese hijo o hija no es suyo, en ese caso impugnaría la paternidad con base en la imposibilidad física de ser el padre, pero debe esperar a que el niño o niña nazca para impugnar la paternidad, pues antes no sería persona (Art 90 CC) y mientras el niño o niña nace el término podría caducar pues son 140 días desde que tuvo conocimiento de que no es el padre biológico del menor, ya que según el artículo 237 debe hacerse en los plazos de la paternidad legítima. Aquí nos encontramos en una encrucijada que surge con la reforma de la Ley 1060 de 2006 que a pesar de no haber cambiado el título sobre los hijos o hijas legitimados, cambia el panorama pues el artículo 237 estaba cimentado en que el término se contaba desde el nacimiento y en esta perspectiva no habría problema, pero si se cuenta desde que tuvo conocimiento es fácil que el plazo caduque. Nuevamente, toca al Juez o Jueza, con su poder de fallar en justicia y equidad, tener en cuenta que, en este caso, el marido debía esperar a que naciera el menor para poder impugnar la paternidad en debida forma.

Si el marido no tuvo conocimiento del embarazo al tiempo de casarse. Es el caso en que el niño o niña nace y el marido no sabía del embarazo, por lo que para él es una sorpresa porque, por ejemplo, estaba trabajando en un lugar diferente de donde vive su esposa; es ahí donde se puede invocar esta causal, dentro del término del los 140 días antes estudiado. Esto si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo o hija después de nacido.

3.6.4.2. Hija o hijo o hija nacido dentro del matrimonio, legitimado por el matrimonio de sus padres. Este hijo o hija extramatrimonial, por nacimiento, es legitimado por el matrimonio posterior de sus padres. El padre, en este caso, puede impugnar la paternidad del hijo o hija nacido en ese evento por las causales anotadas en la ley. En este caso tampoco se igualó al hijo o hija extramatrimonial proveniente de la unión marital, por lo que en este caso sólo puede impugnar la paternidad el esposo y no el compañero permanente. Salvo

el compañero permanente, las demás personas legitimadas para impugnar son las mismas señaladas en la parte general (artículo 216 C.C) y deberán iniciar la acción de impugnación en los mismos plazos generales ya estudiados. Para impugnar la paternidad el padre debe demostrar que el hijo o hija no pudo tener por padre a quien pasa por tal. En este proceso no se oirán sino a quienes tuvieron interés actual en el caso, y para intervenir tienen un plazo de 140 días, desde cuando tuvieron conocimiento de la paternidad. La Ley 1060 modificó el plazo anterior y cambió algo la redacción del último inciso eliminando el aparte declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia. En este caso, también podrá impugnarse la paternidad, por haberse omitido la notificación o la aceptación, pero en este caso, por este hecho, sólo podrán impugnarla el legitimado o sus descendientes, cuando la legitimación los beneficie. Así se protege al hijo o hija perjudicado con una legitimación.

3.6.5. Impugnación de maternidad

La maternidad como se estudió es el vínculo jurídico que une a un hijo o a una hija con su madre. Es tangible y susceptible de prueba directa, supone que hay un parto y que de ese parto nació un hijo o una hija que se separó completamente de su madre y por tanto es persona (Art. 90 del CC.). Para que haya impugnación de la maternidad, la madre debe aparecer en el registro civil de nacimiento como tal y puede ser una madre legítima o extramatrimonial, pudiéndose impugnar ambos tipo de maternidad. En los casos en que se impugne la maternidad legítima se debe citar obligatoriamente al padre so pena de nulidad (Art. 403 CC), porque, si la maternidad se disputa, el esposo de esa madre resulta afectado, ya que si la persona no es hijo o hija legítima de la madre, tampoco lo será del padre, y si se declara la maternidad, el marido necesariamente será el padre por la presunción de paternidad del artículo 213 CC.

En este proceso de impugnación de maternidad la prueba del parto por medio del acta de nacimiento y la posesión notoria se pueden desvirtuar por cualquier medio de prueba que lleve al Juez o Jueza a inferir que la anotación del acta fue mentirosa o hubo un error en la misma, y que la posesión notoria no corresponde a una situación de derecho. La partida de nacimiento y la posesión notoria se combaten en los casos de la impugnación de la maternidad, pues estas en este caso no atribuyen al hijo o hija su verdadera filiación.

Los casos de la impugnación de la maternidad se rigen en términos generales por los mismos preceptos de la impugnación de paternidad, en cuanto a la competencia, la conciliación, el tipo de proceso y el procedimiento, los efectos

de la sentencia y los recursos. Por tanto, debemos remitirnos a lo ya estudiado salvo algunas particularidades que se analizan a continuación.

3.6.5.1. Sujeto Activo

- La legitimación en la causa por activa está cargo de las siguientes personas:
- La supuesta madre para desconocer al hijo o hija.
- El marido de la supuesta madre para desconocer al hijo o hija. No se da la facultad al compañero permanente.
- La verdadera madre biológica.
- El verdadero padre biológico
- El hijo o hija para reclamar su verdadero estado civil. Este no fue incluido en el artículo 335 CC pero puede ejercer la acción, pues él conserva el derecho de reclamar su verdadera filiación (Art. 406 CC)
- Muerta la madre legal o muerto el padre legal pueden impugnar la maternidad los herederos.
- Los ascendientes de la madre.
- Toda persona a quien la maternidad putativa perjudique en el momento, en la sucesión del supuesto padre o madre.

Término para Interponer la Acción

Para interponer la acción de impugnación de la maternidad el término varía según sea quien la interponga así:

La supuesta madre y el marido de la madre supuesta: Hasta la expedición de la Ley 1060 de 2006 estas personas tenían un término de 10 años para impugnar la maternidad, pero ante la derogación expresa del artículo 336 del Código Civil por esta ley, no cuentan hoy con un término preciso para impugnar la maternidad y pueden hacerlo en cualquier tiempo.

La verdadera madre biológica y el verdadero padre biológico no tienen término para impugnar la maternidad y pueden hacerlo en cualquier momento de acuerdo con lo establecido en el artículo 406 del CC.

El hijo o hija no tiene término para impugnar la maternidad, puede impugnarla en cualquier momento de acuerdo con lo establecido en el artículo 406 del CC.

Los herederos de la madre: pueden impugnarla en el momento de conocer la muerte de la madre o desde cuando conocen el nacimiento del hijo o hija o dentro de los 140 días siguientes a estos eventos. El término dependerá del momento de la muerte de la madre, pues el heredero antes de la muerte de la madre no está legitimado para impugnar la maternidad. La redacción del nuevo artículo 219 es confusa, pues no es claro en qué tiempo realmente se puede ejercer la acción. La ley señala que si los herederos han entrado en posesión efectiva de la herencia, sin contradicción del pretendido hijo o hija, le pueden oponer la excepción de ilegitimidad.

Los ascendientes de la madre: A estos ascendientes, en forma clara, se les dio un término de 140 días después del conocimiento de la muerte de la madre para impugnar la paternidad.

Toda persona a quien la maternidad putativa perjudique. Antes de la Ley 1060, la acción para estas personas expiraba a los sesenta días desde que la persona conociera de la muerte del padre o madre. Hoy no se establece término para interponer la acción, pero para que las acciones patrimoniales puedan tener efectos dentro de los procesos de sucesión, estas si caducan por lo que estos herederos podrían ejercer la acción en cualquier tiempo; para que esa impugnación tenga efectos patrimoniales debe interponerse dentro de los términos de ley.

3.6.5.3 Sujeto Pasivo

La legitimación en la causa por pasiva en la acción de Impugnación de la maternidad debe ejercerse contra las siguientes personas de acuerdo al caso:

- El hijo o hija
- Los descendientes del hijo o hija, por expresa disposición legal, pueden ser demandados, pues se puede dar la acción para ofrecer a los descendientes del hijo o hija sus derechos en la familia como señala el artículo 335 numeral 2.
- La supuesta madre, directamente contra ella si está viva.
- Muerta la madre debe dirigirse contra los herederos.

3.6.5.4 Causales para Impugnar la Maternidad

- 1) **Falso Parto:** Se da en el caso de que la madre no ha tenido hijos o hijas, pero recibe un hijo o hija de otra persona y lo registra como suyo. Si es soltera lo registrará como madre extramatrimonial y si es casada como hijo o hija matrimonial. En cualquiera de los dos casos podrá impugnar a la maternidad cualquiera de las personas señaladas; la diferencia será que en este caso, si la filiación es matrimonial, se atacaría también la filiación paterna. En países como Guatemala se ha descubierto que se dan casos en que la madre biológica y la putativa se internan en el mismo hospital y al nacer el niño o niña, la segunda sale del centro con el hijo o hija como propio. Un ejemplo de esta figura es la maternidad subrogada o el alquiler de vientre porque hay una madre gestante que da a luz, distinta de la madre que va registrar al hijo o hija como suyo, en estos casos hay falso parto que puede ser más complejo si el hijo o hija biológicamente es de la madre que da a luz.
- 2) **Suplantación del pretendido hijo o hija:** Este es el caso de la madre que tiene un hijo o hija y éste es cambiado por otro. En este caso se debe demostrar que el hijo o hija que pasa por hijo o hija de la madre no lo es en realidad; no es el mismo que nació de esa madre. Este caso se ha dado mucho en hospitales grandes por equivocaciones humanas y por tal razón los centros hospitalarios tienen mucho cuidado al recibir a un recién nacido. En estos casos surgidos a raíz de la confusión médica, la prueba debe ser científica para establecer cuál es el verdadero hijo o hija de esa madre.

3.7. RECONOCIMIENTO DE LA CALIDAD DE HIJO O HIJA

3.7.1. Concepto

El reconocimiento es la manifestación de la voluntad del padre quien es plenamente capaz por medio de la cual considera a una persona como hija o hijo o hija suyo. La madre no tiene necesidad de hacer el reconocimiento, pues por el solo hecho del nacimiento se presume la maternidad cuando la madre es soltera o viuda, tal y como señala el artículo 52 del CC. Si la madre es casada, el certificado de nacimiento y el registro de matrimonio permiten presumir la maternidad legítima. Por tal razón, el reconocimiento de la maternidad se producirá de manera excepcional cuando el hijo o hija carezca de acta de nacimiento o en el acta no figure el nombre de la madre.

El hijo o la hija extramatrimonial tienen dos formas para que se les impute la paternidad: la investigación judicial de la paternidad y el reconocimiento.

3.7.2. Características del reconocimiento

El reconocimiento tiene las siguientes características:

Es un acto voluntario: la ley no obliga al padre a reconocer al hijo o hija, no tiene el deber jurídico de reconocerlo.

Es solemne: para que sea válido debe cumplir con unos requisitos legales y esas solemnidades garantizan su eficacia.

Es personal: la paternidad no se puede reconocer a través de terceras personas. Sólo el padre o la madre están legitimados para hacerlo, conjunta o separadamente y sólo obliga a quien realiza el reconocimiento. No lo puede hacer ningún pariente es un derecho personal.

Es irrevocable: según lo dispone el artículo 1 de la Ley 75 de 1968. Es decir no se puede revocar ni con el consentimiento de todas las partes involucradas, por consiguiente se trata de un acto no puede dejarse libremente sin efectos. Lo que no implica que la declaración de voluntad no pueda ser anulada por error, fuerza o dolo.

Expreso y sin modalidad: es decir, no hay reconocimiento tácito, pues hay unas formalidades que tornan al reconocimiento manifiesto, además, es puro y simple sin condición o plazo, porque son asuntos del estado civil que pertenece al orden público. Salvo el reconocimiento del que está por nacer, que si dependerá de que nazca vivo pues de eso depende que sea persona y pueda ser reconocida. El artículo 90 CC establece que si muere el niño o niña antes de nacer se entiende que no existió jamás.

Tiene efectos “erga omnes”: es decir el reconocimiento realizado por la madre o el padre no solo afecta al hijo o la hija y al padre o la madre que reconocen pues lo que se reconoce es un estado civil de hijo o hija que es indivisible y por eso produce efectos absolutos frente a todos.

Debe ser notificado al hijo o hija: para que se perfeccione y tenga plenos efectos debe ser notificado al hijo o hija. Se considera un acto bilateral que a pesar de nacer por la voluntad unilateral del padre o la madre, para que produzca efectos

necesita que se notifique al hijo o la hija y que este lo acepte o guarde silencio, silencio que se entiende como una aceptación tácita del reconocimiento.

Es declarativo del estado civil de hijo o hija, porque se entiende que el hijo o la hija tienen dicho estado desde su nacimiento y el padre al hacer el reconocimiento retrotrae sus efectos al nacimiento. Con el reconocimiento no se crea un estado civil sino que se reconocen los efectos a un estado que ya se tenía. En esta línea es posible hacer el reconocimiento del hijo o hija que está por nacer y del hijo o hija que ya murió. En el primer caso, por expresa disposición legal (artículo 2 Ley 75 de 1968) y en el segundo, porque la mayoría de los tratadistas concuerda en afirmar que se puede reconocer al hijo o hija muerto con la finalidad de que el reconocimiento aproveche a sus descendientes, aplicando los artículos 244 y 335 CC y con notificación a las personas a quienes se quiera beneficiar. Si el hijo o hija no tiene descendencia no se podría reconocer pues no tendría a nadie a quien notificar el reconocimiento.

3.7.3. Medios legales para realizar el reconocimiento

El reconocimiento debe ser expreso y tiene unas formalidades específicas señaladas por la Ley 75 de 1968. Allí se estableció cuales son los medios de hacer el reconocimiento y estos son:

El acta de nacimiento: se configura cuando el padre firma el acta de nacimiento, formalidad que no se puede obviar, si el padre no firma no se hace el reconocimiento. El funcionario que efectúa el registro debe notificar personalmente al presunto padre para que manifieste si acepta o rechaza el carácter de padre que se le asigna, y si negare ser suyo el hijo o hija o no pudo llevarse a cabo la notificación procederá a notificar al Defensor de Familia para que éste inicie la investigación de la paternidad. Es la forma más sencilla en la cual el padre acude a la notaría donde se está registrando un hijo o hija y lo reconoce. Este reconocimiento es válido siempre y cuando el menor no esté cobijado por ninguna de las presunciones de paternidad que la ley señala. Hay una proyecto de ley (El 16 de 2007) por medio del cual se pretende modificar el régimen de registro civil de los hijos o hijas extramatrimoniales, con el fin de dar mayor fiabilidad al señalamiento de la paternidad hecho por la madre del niño o niña para tenerse como reconocida la paternidad.

Por escritura pública. En este caso el padre firma una escritura pública en donde reconoce al hijo o la hija como suyo y esta escritura es registrada en el registro de nacimiento del menor como nota marginal. También puede hacerse en una escritura pública cuya finalidad no sea el reconocimiento propiamente dicho,

pero en este caso debe haber claridad en la voluntad que asiste al padre para el reconocimiento y en la identidad del hijo o la hija.

Por testamento: El padre reconoce al hijo o la hija en su testamento. Se hace el reconocimiento en la forma que él padre haya elegido para testar: testamento abierto, cerrado o privilegiado. En este evento la ley señala que en caso de que se revoque el testamento no implica que se revoque el reconocimiento y no podría ser de forma diferente pues el reconocimiento es irrevocable por lo que no podría revocarse revocando el testamento. Diferente es cuando el testamento adolece de vicios porque ahí sí podría ser, no revocado el reconocimiento, sino anulado por incapacidad, demencia, fuerza etc. Si el vicio es de forma el reconocimiento se tendrá como confesión extrajudicial.

Por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez o Jueza. En este tipo de reconocimiento debemos distinguir dos hipótesis:

- a) La primera, cuando se cita al padre o a la madre para declarar ante Juez o Jueza si se es o no padre o madre de un niño o una niña, en este caso el reconocimiento es el objeto mismo del juicio. El artículo 10 del Decreto 2272 de 1989 establece que tanto el hijo o hija, como sus parientes, los padres de crianza, el guardador, el defensor de familia o el Ministerio público pueden citar al padre frente al Juez o Jueza para que diga si es padre o no de un determinado menor. Si no comparece pudiendo hacerlo, después de citado dos veces, se entiende reconocida la paternidad, previo trámite incidental. Esto se hará ante el Juez o Jueza de familia que es el competente para conocer todos los asuntos relativos al estado civil de las personas (Decreto 2272 de 1989 Art. 5 Parágrafo 1 numeral 2)
- b) El padre reconoce al hijo o hija dentro otro proceso en el cual el reconocimiento no es el objeto del mismo, pero el padre lo realiza de manera expresa. Este tipo de reconocimiento puede hacerse ante cualquier Juez o Jueza.

Por manifestación expresa y directa hecha ante el Defensor de Familia, el Comisario de Familia o el Inspector de Policía: El Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 109 incluye un nuevo tipo de reconocimiento: el realizado frente a estos tres funcionarios a quienes el Código autoriza para recibir el reconocimiento, elevar un acta e inscribir la misma en el registro civil de nacimiento del niño, niña o adolescente. Esta es una innovación importante pues anteriormente solo era válido el reconocimiento ante Juez o Jueza; si el Defensor de Familia o el Comisario, funcionarios que, en principio, dirimen las controversias a nivel familiar lograban el reconocimiento, se debía iniciar el proceso ante el Juez o Jueza, pues el consentimiento dado ante estos funcionarios

no era válido; se trata de una innovación que redundará en beneficio de los menores y en la economía procesal.

3.7.4. Notificación y aceptación del reconocimiento

La notificación y aceptación del reconocimiento se establecen en beneficio del hijo o hija y es por este motivo, es el hijo o hija, el único que puede impugnar el reconocimiento por falta de notificación o aceptación del mismo.

De acuerdo con el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 y la Ley 75 del 68 numeral 4, debe hacerse de la misma manera que la legitimación.

El reconocimiento se notifica al hijo o hija o a su representante para que opte por aceptarlo o repudiarlo. La aceptación puede ser expresa a través de instrumento público o tácita, pues si después de 90 días de la notificación, el hijo o la hija guardan silencio, se presume su aceptación, a menos que prueben la imposibilidad física de aceptar en este plazo. (Art. 243 CC).

Si el reconocido es mayor de edad, se le notificará personalmente y está en libertad de aceptarlo o repudiarlo. Si el reconocido es incapaz, es preciso notificar a su representante legal que es la madre por ser hijo o hija extramatrimonial, y si tiene tutor, tutota, curadora o curador a este se debe notificar. Si el menor no tiene representante legal, por ser este el que está haciendo el reconocimiento se debe nombrar un curador especial debidamente elegido mediante decreto judicial. En Chile por ejemplo solo el reconocido puede repudiar el reconocimiento y si es menor de edad lo hará dentro del año siguiente a que cumpla 18 años.

En el caso de hijo o hija extramatrimonial fallecido o fallecida, el reconocimiento debe notificarse, en la misma forma a sus herederos.

Si el hijo o hija o sus herederos repudian el reconocimiento este queda sin efecto.

3.7.5. Impugnación del reconocimiento del hijo o hija

A pesar de que el consentimiento es irrevocable puede ser impugnado; es decir que aunque el padre no puede revocar el consentimiento que otorgó para que el hijo o hija fuera tomado como suyo, si puede impugnar el reconocimiento en los casos señalados por la ley.

3.7.5.1 Sujeto Activo

El artículo 58 de la Ley 153 establece que el reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe tener interés actual en ello. Igualmente el artículo 5 de la ley 75 de 1968 establece que el reconocimiento podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil; en ese orden de ideas, la legitimación en la causa por activa está cargo de las siguientes personas:

El padre que hace el reconocimiento. No hay unanimidad entre los autores sobre la capacidad que tienen el padre o la madre de impugnar el reconocimiento que ellos mismos hicieran, con base en la irrevocabilidad del este acto. Pero la Corte Suprema de Justicia en numerosas jurisprudencias ha aceptado que el padre sea quien impugne el reconocimiento. La Corte ha dicho:

“...De manera, pues, que el único camino que tiene la persona que ha reconocido a otra como hijo suyo, para controvertir ese acto sobre la base de no ser su progenitor, es el de impugnar el reconocimiento, en los términos y condiciones a que hace referencia el artículo 5 de la Ley 75 de 1968, toda vez que, en últimas, por más que se pretenda calificar esa circunstancia como falta de causa, causa irreal u objeto ilícito, lo que se habrá cuestionado por el demandante es la filiación paterna, asunto que tiene reservada una acción especial para esos fines, que no puede ser desconocida o soslayada, so capa de acudir al régimen general de las nulidades sustanciales”¹⁵

- **El hijo o hija para reclamar su verdadero estado civil.** Al hijo o hija no se le incluyó en el artículo 335 CC pero puede ejercer la acción pues el conserva el derecho de reclamar su verdadera filiación (Art. 406 CC)
- **Toda persona que tenga interés actual** en dicho reconocimiento.
- **Los ascendientes del padre** que reconoce que se crean con derecho.
- La madre legal.
- El marido de la madre legal. No se da esta facultad al compañero permanente. Esto en el caso de haberse impugnado la paternidad de ese hijo o hija porque si no, no podría haber sido reconocido.
- La madre de crianza del niño o niña.

¹⁵ (17) CSJ, Cas. Civil, Sent. sep.26/2005. Exp. 6600- MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

- La verdadera madre biológica.
- El verdadero padre biológico

3.7.5.2 Término para Interponer la Acción

Para interponer la acción de impugnación del reconocimiento el término varía, según sea quien la interponga así:

El padre o madre que hace el reconocimiento. Al padre o a la madre tomados como personas con interés en el reconocimiento se les otorga un término de 140 días a partir de su interés actual para discutir la paternidad.

El hijo o hija no tiene término para impugnar el reconocimiento, puede impugnarlo en cualquier momento de acuerdo a lo establecido en el artículo 406 del CC.

A toda persona con interés actual en el reconocimiento se le concede un término de 140 días después del conocimiento de la paternidad para impugnar el reconocimiento.

Los ascendientes de la madre: A estos ascendientes en forma clara se les da un término de 140 días después del conocimiento de la paternidad para impugnar el reconocimiento.

La madre legal tiene un término de 60 días, porque de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 45 de 1936 , vigente, la madre que ha criado, educado y ha presentado a un hijo o hija como suyo, tiene el derecho y puede impugnar el reconocimiento que un hombre haya hecho de su hijo o hija. Esta facultad se le concede por ser ella la madre legal y/o la de crianza. El término de 60 días se mantiene, al no haber sido modificado por la Ley 1060 de 2006.

El marido de la madre legal. La ley no establece un término determinado por ley para este marido; pero como se trata de un interesado en el reconocimiento, de acuerdo con el criterio general, en opinión de esta autora, el término sería de 140 días. Estaría en tal situación el padre, en el caso de no tener ese hijo o hija, por cualquier causa, presunción de paternidad con ese marido.

La madre de crianza del niño o niña. Tendría el mismo término de la madre legal, es decir, los mismos 60 días según el artículo 9 de la Ley 45 de 1936.

La verdadera madre biológica y el verdadero padre biológico no tienen término para impugnar el reconocimiento; pueden impugnarlo en cualquier momento de acuerdo con lo establecido en el artículo 406 del CC

3.7.5.3 Sujeto Pasivo

La legitimación en la causa por pasiva en la acción de Impugnación del reconocimiento debe ejercerse contra las siguientes personas según el caso:

- Contra el hijo o hija
- Contra el padre
- Por expresa disposición legal pueden ser demandados los descendientes del hijo o hija, pues se puede dar la acción para ofrecer a los descendientes del hijo o hija sus derechos en la familia, tal como lo señala el artículo 335 numeral 2.
- Muerto el padre debe dirigirse contra los herederos.

3.7.5.4 Causales para Impugnar el Reconocimiento

Quien impugna el reconocimiento paterno debe probar, que el hijo o hija no ha podido tener por padre a quien pasa por él. Es una causal bastante amplia.

El que impugna el reconocimiento materno debe probar que el hijo o hija no ha podido tener por madre a quien pasa por ella, con base en el Falso Parto o en la suplantación en el parto.

3.7.5.5. Competencia

Es competente para conocer de la acción de impugnación de reconocimiento el Juez o Jueza de familia en primera instancia. Si no existe Juez o Jueza de familia, es competente el Juez o Jueza promiscuo de familia y, excepcionalmente, el Juez o Jueza de circuito si no hay ninguno de los dos anteriores.

3.7.5.6. Conciliación Extrajudicial como Requisito de Procedibilidad

Si se tiene en cuenta que el estado civil no es renunciable, ni conciliable, las acciones de impugnación del reconocimiento conllevan el cambio de un estado civil y por tanto no deben cumplir con el requisito de procedibilidad de la acción de conciliación antes del proceso. Por esta razón, no está incluida entre los

asuntos de familia que necesitan conciliación prejudicial, de acuerdo con la Ley 640 de 2001. A pesar de ello, como es un proceso tramitado por la vía ordinaria, a las partes se las cita a la audiencia de conciliación del Art. 101 CPC.

3.7.5.7 Procedimiento

Este proceso no tiene un trámite establecido y debe tramitarse por la vía ordinaria, tanto para la impugnación del reconocimiento de un menor, como para la de un mayor de edad. Sigue el trámite establecido para esos procesos que ya se ha estudiado.

En este proceso se aplica el artículo 1 de la Ley 721 de 2001 por lo que se debe ordenar la prueba genética. Pero, según lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte al resolver las demandas de inconstitucionalidad sobre la Ley 721 (Sentencia C 746-2005 y C808 de 2002), el Juez o Jueza puede y debe practicar otras pruebas necesarias para llegar a la conclusión de quien es el padre o la madre del demandante. Agotado el término probatorio, el Juez o Jueza otorga a las partes un término común de 8 días para alegar y luego el secretario pasa el expediente al despacho para dictar sentencia.

Sentencia: En la sentencia el Juez o Jueza debe declarar lo siguiente:

- Si quien hizo el reconocimiento es el verdadero padre o madre del hijo o hija reconocidos.
- Si la filiación no se probó, dispondrá la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento del demandante.
- Condenar a quien corresponde a pagar el costo de la prueba genética.

3.7.5.8 Recursos

La sentencia que decide el proceso de impugnación del reconocimiento tiene recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala de Familia, de acuerdo con lo señalado por los artículos 3 y 5 parágrafo 1 del Decreto 2272 de 1989 y esta sentencia, a su vez, tiene recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia.

3.7.6. El reconocimiento del hijo o hija de mujer casada

Se mantiene el criterio de que el hijo o hija de mujer casada se presume del marido. El artículo 3 de la Ley 75 de 1968 prohibía el reconocimiento del hijo o hija de mujer casada como natural, salvo en unos casos determinados. Este artículo fue expresamente derogado por la Ley 1060 de 2006, ello significa que volvemos a la regla general, es decir que todo hijo o hija puede ser reconocido si no existe ninguna presunción que afecte su filiación. El reconocimiento del hijo o hija de mujer casada no tendría ningún efecto si, previamente, por sentencia ejecutoriada no se le ha privado de su calidad de hijo o hija legítimo. Un hijo o hija no puede tener dos estados civiles, la calidad de hijo o hija legítima de un padre e hijo o hija extramatrimonial de otro.

3.7.7. Efectos del reconocimiento

Para que el reconocimiento tenga plenos efectos debe registrarse en la oficina de registro civil donde está inscrito el menor, dado que todos los actos relativos al estado civil deben registrarse para que sean oponibles a terceros. Los efectos del reconocimiento son los siguientes:

- 1) El hijo o hija reconocido adquiere la calidad de hijo o hija extramatrimonial desde su nacimiento, pues los efectos del reconocimiento son retroactivos.
- 2) El hijo o hija reconocido tendrá derecho a llevar el primer apellido del padre, como primer apellido y el primer apellido de la madre, como segundo apellido; los apellidos pueden cambiarse en el registro civil de nacimiento. (Decreto 1260 de 1970 artículo 60 y artículo 53 modificado por la Ley 54 de 1989).
- 3) El hijo o hija reconocido adquiere los mismos derechos y obligaciones, con relación a su padre, que los hijos o hijas matrimoniales, adoptivos y de filiación asistida. (Constitución Política y Ley 29 de 1982).
- 4) La Patria Potestad sobre el hijo o hija reconocido será ejercida conjuntamente. Anteriormente se necesitaba para este ejercicio que la madre y el padre extramatrimoniales vivieran juntos, pero este aparte del artículo 50 del decreto 2820 de 1974 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-204 del 8 de marzo de 2005, magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.
- 5) El padre que reconoce al hijo o hija adquiere el derecho de reclamar alimentos, de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 75 de 68, siempre y cuando el hijo o hija haya sido notificado y haya aceptado el reconocimiento.

6) La mujer a quien se ha reconocido el niño o niña que está por nacer, podrá reclamar alimentos del padre que hizo el reconocimiento. La Ley 1098 de 2006 en su artículo 111 señala “*La mujer grávida podrá reclamar alimentos a favor del hijo que está por nacer, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad*”

3.8. AUTOEVALUACIÓN

Ae

En la unidad tres del módulo de filiación, realice su auto evaluación a través del análisis de los siguientes casos y con base en la solución de preguntas concretas sobre cada caso:

1) Casimira tiene 18 años es hija de Rigoberto y María Teresa. Rigoberto fallece y María Teresa confiesa a su hija que estando casada con Rigoberto tuvo una relación sexual extramatrimonial con un marinero llamado Pitágoras, quien según María Teresa es su verdadero padre biológico, pues es igual físicamente a Casimira y tienen los mismos gustos. Casimira que nunca se sintió identificada con su padre decide iniciar acciones para arreglar su estado civil. Responda las siguientes preguntas:

- a) ¿Podría Casimira reclamar la paternidad extramatrimonial de Pitágoras?
- b) ¿Cómo funcionaría la caducidad en caso de que Casimira quisiera intentar esta acción?
- c) ¿Es necesario que Casimira impugne su paternidad legítima? ¿Si su respuesta fue afirmativa, está en término para hacerlo?
- d) ¿Pueden acumularse los procesos de impugnación e investigación de paternidad?
- e) ¿Si este caso llegó a su despacho en 1990 podría resolverlo en igual forma a si llega hoy? Explique su respuesta.

2) En un hospital de Medellín Sandra Lozano, de 19 años, dio a luz a un niño. Sandra es muy joven y por intermedio de una amiga decide entregar su hijo a Claudia Rivera. De acuerdo con el convenio entre las dos mujeres, 3 días después del parto dos funcionarios del hospital,

Ae

pagados por Claudia, falsificaron el certificado de parto e hicieron entrega del niño a Claudia Rivera, de 40 años, quien no tiene hijos biológicos. Claudia con ese certificado médico falso registra a la niña como propia, al acudir al pediatra en su primera consulta confiesa la verdadera maternidad de la niña. El pediatra avisa a las autoridades.

Se pregunta:

- a) *¿Quiénes podrían impugnar esta maternidad?*
- b) *¿Qué pruebas deben aportar?*
- c) *¿Cuál es el procedimiento aplicable en este caso?*
- d) *¿Podrían las autoridades de policía entablar alguna acción civil?*
- e) *¿Podría usted como Juez o Jueza de familia iniciar de oficio alguna actuación al conocer el caso por las noticias?*

- 3) *Carla Isaza tenía 5 hijos y era muy pobre; tiene un hijo en una clínica particular porque trabajaba allí y cuando empezó el trabajo de parto no pudieron trasladarla. Al mismo tiempo, en la sala contigua, Rosario Arboleda tenía su primer hijo, a los 45 años, el niño nace, muy enfermo con Síndrome de Down. El marido de Rosario convence a Carla de entregarle a su hijo a cambio de una suma elevada de dinero que le servirá para cuidar a sus 5 hijos y sustituirlo por el enfermo que seguramente morirá pronto, según el pronóstico médico. Con complicidad de los médicos se hace el cambio de los niños y efectivamente el niño de Rosario muere ese mismo día y la misma sin enterarse del cambio sale de la clínica feliz con su hijo. A los 12 años Sergio el hijo putativo de Rosario se enferma de leucemia y le realizan pruebas de compatibilidad para un trasplante de médula. Rosario se entera, entonces que Sergio no es su hijo; ante esta situación de enfermedad, Rosario trata de convencer a Carla para que ella o los hermanos reales de Sergio se hagan los exámenes y donen la médula que necesita Sergio. Carla se siente herida porque el marido de Rosario se aprovechó de su estado en el posparto para hacer el negocio del menor y se niega. Se pregunta:*

- a) *¿Podría Rosario iniciar el proceso de impugnación de maternidad?*



- b) ¿Estaría en tiempo para presentar la demanda? Justifique su respuesta.
- c) ¿Qué debe hacer Rosario para que Carla le preste socorro a su hijo en este caso desesperado?
- d) ¿Podría demandar Rosario a Carla como madre biológica en el proceso de impugnación? o ¿a qué tipo de proceso debe recurrir teniendo en cuenta las nuevas regulaciones?
- 4) Raúl y Juana están casados y no tienen hijos. Están a punto de separarse, liquidaron su sociedad conyugal pero no iniciaron los trámites del divorcio. En ese momento Raúl tiene un viaje de negocios y en el avión de regreso a casa, muere el 3 de Febrero. Juana quien ya estaba enamorada de Rodrigo el mejor amigo de Raúl se casa con él el 15 de marzo, al mes y medio siguiente. Los padres de Raúl inician el proceso de sucesión de Raúl como únicos herederos y entran en posesión de los bienes de Raúl. Juana queda embarazada y tiene una niña a la que denominan Juanita.
- a) ¿Qué presunción de paternidad cobija a Juanita?
- b) ¿Es válido el matrimonio de Juana y Rodrigo?
- c) ¿Podrían los papás de Raúl impugnar la paternidad?
- d) Si la respuesta anterior es positiva, a qué procedimiento deben acudir estos supuestos abuelos de Juanita?
- e) ¿Pueden ejercer alguna acción los abuelos para evitar que Juanita entre a la sucesión?
- 5) Adriana y Mario se casan muy jóvenes y tienen ahora un hijo de 16 años; su relación está mal y de pronto Adriana queda embarazada. Adriana sostenía una relación extramatrimonial con el veterinario de la finca, pero Mario nunca se enteró de nada. Al conocer el embarazo de Adriana, Mario está feliz; nace una niña a quien llaman Manuela y Mario la reconoce como suya. Manuela crece con una pésima relación con su padre. Manuela ama los animales y se hace muy amiga del veterinario de la finca quien resulta ser su padre. Mario muere y Manuela descubre la verdad. Se pregunta:

Ae

- a) ¿Puede Manuela impugnar la paternidad legítima que ostenta?
- b) ¿Puede el veterinario iniciar alguna acción para reconocer a Manuela como su hija?
- c) ¿Con qué términos cuenta Manuela para iniciar la acción?
- d) ¿Qué término tendría el verdadero padre para iniciar la acción?
- e) ¿Podría iniciar la acción el hermano de Manuela? ¿A qué título?
- 6) Alejandro es soltero y se siente muy enfermo por lo que decide confesar ante el Juez o Jueza la paternidad de su hijo extramatrimonial Rodrigo de 5 años, quien vive con su madre Mariana. Para el efecto redacta un memorial y lo autentica en una notaría, en donde se hace constar que el memorial fue presentado personalmente por Alejandro y que la firma y huella son suyas. Ese memorial lo presenta Alejandro y por reparto le corresponde a su despacho. Antes de que se admita la solicitud Alejandro muere. Analice la situación y responda las siguientes cuestiones:
- a) ¿Tiene el memorial presentado por Alejandro el valor de un reconocimiento voluntario? ¿Establece por sí mismo la filiación extramatrimonial de Rodrigo?
- b) Revise las formas expuestas en esta unidad para realizar el reconocimiento y establezca cuál fue la forma utilizada por Alejandro para reconocer a su hijo.
- c) ¿Qué pasos se deben seguir después de este reconocimiento?
- 7) Gustavo es reconocido como hijo extramatrimonial de Andrés. Gabriela, la madre, desde el reconocimiento, exige alimentos altos a Andrés y se opone a que Gustavo y Andrés tengan una relación cercana, colocando toda clase de trabas para que el padre visite a su hijo. Cuando Gustavo cumple 4 años, Gabriela accede a que Andrés lo lleve de paseo por 3 días. Durante el paseo, Andrés observa una mancha muy extraña en la espalda de Gustavo, mancha que no tienen él ni Gabriela; entonces decide hacerse una prueba de ADN en el laboratorio más cercano. La prueba indica que Gustavo y Andrés no son compatibles, dado que tienen 6 caracteres diferentes. Andrés quiere mucho a Gustavo y decide



no hacer nada. Cuando Gustavo muere, al año de hacerse el examen, sus 2 hijos mayores de edad deciden impugnar el reconocimiento.

a) ¿Pueden los hijos de Andrés con base en ese examen impugnar el reconocimiento?

b) ¿Están dentro del término para impugnar este reconocimiento?

c) ¿El examen practicado por Andrés suple la prueba a la cual se refiere el artículo 1o de la Ley 721 de 2001?

d) ¿El hecho de no haber impugnado Andrés el reconocimiento, conociendo el examen donde se declaraba que él no era el padre de Gustavo, repercute en la pérdida del derecho a impugnar de sus herederos? Justifique su respuesta.

8) Daniela tiene 16 años y queda embarazada. Sus padres para evitar problemas sociales la mandan a un internado en un pueblo lejos de su casa. Mientras tanto la madre de Daniela simula un embarazo. En el momento del parto de su hija Daniela, la madre viaja al pueblito y hace aparecer como si ella hubiera tenido el parto. La niña, a quien llaman Isabella, crece como hija de su abuela y su abuelo. Daniela se reencuentra con su novio Carlos cuando Isabella tiene 15 años; Carlos decide casarse con ella. Se pregunta:

a) ¿Quién puede impugnar esta maternidad?

b) ¿Con base en qué causal podría Carlos impugnar la paternidad?

c) ¿Podrían los padres de Daniela decir la verdad ante un notario y arreglar de esta forma el registro civil de la menor?

d) ¿Podrían los abuelos de Isabella ponerse y defenderse con base en el acta de inscripción del nacimiento y de la posesión notoria del estado de hija de Isabela?

e) ¿Si muere Isabella podría impugnarse la maternidad?

f) ¿Cambiaria la situación si Isabella muere dejando un bebé de 10 meses?

Ae

9) Sonia es hija extramatrimonial de Alfredo, fruto de una relación sexual extramatrimonial permanente con la madre de Sonia por más de 10 años, y cuando la misma quedó embarazada Alfredo no respondió por nada. Alfredo tiene 5 hijos y esposa y nunca les confiesa de la existencia de Sonia. Cuando la niña cumple 5 años, su mamá inicia un proceso de investigación de paternidad pero desiste, pues Alfredo la convence de que va reconocer a Sonia, pero no lo hace. Cuando Sonia tiene 10 años Alfredo muere y su mamá inicia el proceso contra los herederos de Alfredo pero solo demanda a 3 hijos y al cónyuge. Desarrolle el siguiente cuestionario:

- a) ¿Es legal el desistimiento del proceso de investigación de paternidad que hizo la mamá de Sonia cuando ésta tenía 5 años?
- b) ¿Qué tipo de acción debe iniciar Sonia?
- c) ¿Qué procedimiento es aplicable a esta acción?
- d) ¿Si este proceso hubiera llegado a su despacho en el año 2005 hubiera seguido el mismo procedimiento?
- e) ¿Con esos herederos hay legitimación en la causa por activa y pasiva?
- f) ¿Qué efectos tendrá la sentencia de filiación?
- g) ¿Cómo se puede practicar la prueba genética en este caso?

10) Rafael tiene una relación casual con Diana, su compañera de trabajo; y de ella nace un niño a quien Diana denomina Rafael Eduardo; cuando el niño tiene 3 años Diana inicia la investigación de paternidad alegando las relaciones sexuales, hecho que no puede probar pues su relación fue una sola vez después de una fiesta de la oficina y además no tiene testigos. Rafael contesta la demanda y alega la causal de pluralidad de relaciones sexuales de la madre y logra demostrar que la madre durante la época de la concepción estuvo de novia con Ricardo y salía con el mensajero de la oficina Jorge.

- a) ¿Ni Diana ni Rafael solicitan la práctica de la prueba genética puede usted como Juez o Jueza decretarla?

Ae

- b) ¿Puede usted vincular en la presente investigación, al novio de Diana, Ricardo y al Mensajero de la oficina, Jorge?
- c) ¿Quién debe pagar la prueba?
- d) ¿En caso de que la prueba muestre una compatibilidad de un 99.99% entre Rafael y Rafael Eduardo es posible que usted como Juez o Jueza declare la paternidad de Ricardo si se probó la pluralidad de relaciones sexuales de la madre y no se probó la causa alegada para demandar la paternidad? Justifique su respuesta y explique cuál sería la motivación legal de su providencia.

3.9. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

En la unidad tres del módulo de filiación, se realizarán las siguientes actividades pedagógicas:

3.9.1. Realice el siguiente taller donde usted desarrollará el siguiente caso presentado en su despacho. Explique el sentido de su fallo en cuanto a la investigación de paternidad y la petición de herencia, con base en que argumentos probatorios y conceptuales lo dictaría y a quienes cobijaría.

Planteamiento del caso:

Patricia y Enrique mantienen una relación sentimental durante casi un (1) año fruto de la cual nace Natalia. Enrique está casado con Claudia y muere sin reconocer a Natalia, dejando a su esposa embarazada y un hijo llamado José. Patricia al día siguiente de la muerte de Enrique inicia la acción de investigación de paternidad y la de petición de herencia contra Claudia y contra su hijo José. Estos son citados al proceso a los 6 meses de la muerte de Carlos. En el curso del proceso nace Francisco quien al estar cobijado por la presunción de paternidad es registrado como hijo de Enrique. Patricia logra demostrar por testigos su relación sentimental con Enrique, pero Claudia se opone alegando que su esposo Enrique estaba hospitalizado para la época de la concepción de Natalia pues estuvo 1 mes con cáncer de hígado y demuestra su estadía en la clínica. Usted no puede ordenar el examen genético a Enrique pues fue incinerado. Cómo ordenará el examen en este caso? Es oponible la sentencia a Francisco quien no fue demando?

Ap

3.9.2 Revise el Mapa conceptual que aparece en el Anexo Uno que contiene las diferentes tipos de acciones de filiación. Luego revise el cuadro que contiene cada tipo de acción como una ayuda para clarificar lo estudiado.

3.9.3 Revise el informe de Procuraduría que contiene las cifras de los proceso de filiación pendientes de prueba genética.

3.9.4 En el Anexo 2 encontrará todos los laboratorios acreditados para pruebas de filiación en Colombia

3.9.5 Haga un ensayo síntesis sobre la preponderancia de la prueba genética sobre alguna o algunas de las sentencias señaladas en 3.7.3.4.

3.10. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

J

Para reforzar la temática de la unidad tres del Modulo de Filiación encontramos la siguiente jurisprudencia relevante:

3.10.1 Las jurisprudencias referidas al “litis consorcio” que se forma entre los herederos demandados en un proceso de filiación (hoy también investigación de paternidad); cuando el padre ha muerto es facultativo o voluntario. Encontramos las siguientes Sentencias de Casación emanadas de la Corte Suprema de Justicia:

- *Sentencia del 10 de noviembre de 1.989 Mag. Ponente: Héctor Marín Naranjo*
- *Sentencia del 5 de Junio de 1.992 Mag. Ponente: Héctor Marín Naranjo*
- *Sentencia del 29 de Marzo de 1.993 Mag. Ponente: Héctor Marín Naranjo*
- *Sentencia del 11 de Abril de 1.996 Mag. Ponente: Carlos Esteban Jaramillo*
- *Sentencia del 25 de Febrero de 1.999 Mag. Ponente: Rafael Romero Sierra*

J

3.10.2. Las jurisprudencias referidas a los efectos patrimoniales dependientes de que la demanda se haya notificado dentro de los dos años siguientes al fallecimiento del causante y a que estos efectos no caducan si hay conducta dolosa de los demandados que impide la notificación. Hay numerosas sentencias en este sentido entre ellas encontramos las siguientes Sentencias de Casación dictadas por la Corte Suprema de Justicia:

- *Sentencia del 13 de Agosto de 1.987 Mag. Ponente Eduardo García Sarmiento*
- *Sentencia del 19 de Julio de 1.990 Mag. Ponente Carlos Esteban Jaramillo*
- *Sentencia del 12 de abril de 1.991 Mag. Ponente Alberto Ospina Botero*
- *Sentencia del 9 de marzo de 1993 Mag. Ponente Carlos Esteban Jaramillo*
- *Sentencia del 22 de febrero de 1995 Mag. Ponente Pedro Lafont Pianetta*
- *Sentencia del 4 de noviembre de 1998 Mag. Ponente Pedro Lafont Pianetta*
- *Sentencia del 21 de junio de 2002 Mag. Ponente Jorge Santos Ballesteros*

3.10.3 Se revisará la evolución jurisprudencial relativa a la prueba genética, en cuanto a su valor probatorio y a su relevancia en los juicios donde se discute el estado civil.

3.10.3.1 Las primeras jurisprudencias en lo tocante a la obligatoriedad de la prueba genética, la despojaban de la misma y simplemente la consideraban como un apoyo para el Juez o Jueza con las otras pruebas y, aunque constituía un factor de probabilidad alta, no implicaba ineludiblemente que la existencia de un vínculo real de filiación. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en las siguientes sentencias, entre otras:

J

- *Sentencias del 1 de Septiembre de 1994 en el expediente 4069 del Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

- *Sentencias del 3 de marzo de 1998 en el expediente 4932 del Magistrado Ponente: Rafael Romero Sierra*

3.10.3.2 En el segundo grupo de jurisprudencias encontramos que la Corte ya exhorta a los jueces de instancia para que practiquen las pruebas científicas del artículo 7º de la Ley 75 de 1968. En este sentido se encuentran los siguientes pronunciamientos:

- *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de noviembre de 1999 en el expediente 5339 del Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles.*

- *Sentencia de la Corte Constitucional del 9 de julio de 1999 en el expediente 201.769 del Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez*

3.10.3.3 En el tercer grupo lo conforman las sentencias dictadas un poco antes de la expedición de la Ley 721 de 2001 que se expide el 24 de diciembre de 2001 en donde se observa la preponderancia de la prueba genética sobre otras pruebas que puedan probar las presunciones. En este sentido se encuentran, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de marzo de 2000 del Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

Sentencia de la Corte Constitucional del 15 de febrero de 2001 T 183-01 del Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia de la Corte Constitucional del 15 de junio de 2001 T 641-01 del Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Treviño

Sentencia de la Corte Constitucional del 10 de septiembre de 2001 T 966-01 del Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

Sentencia de la Corte Constitucional del 11 de diciembre de 2001 T 1342-01 del Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Ajustadas a la tendencia anotada la Corte adoptó decisiones con respecto a la constitucionalidad de normas de filiación restrictivas y no relevantes en relación con la importancia de la prueba genética, así:

J

Sentencia de la Corte Constitucional del 25 de Octubre de 2000 C1440 de 2000 del Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

3.10.3.4 En el cuarto grupo de jurisprudencias están emitidas después de la expedición de la Ley 721 de 2001 en donde aparece manifiesta la preponderancia de la prueba genética sobre otras pruebas que puedan practicarse en el proceso. En este sentido se encuentran entre otras sentencias en:

Sentencia de la Corte Constitucional del 6 de mayo de 2004 T 411-04 del Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia de la Corte Constitucional del 17 de junio de 2004 T 609-04 de la Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas

Sentencia de la Corte Constitucional del 24 de junio de 2004 T 611-04 del Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

3.10.4. Por último, se recomienda revisar, por su importancia, las sentencias que hacen un estudio a fondo de constitucionalidad de la Ley 721 de 2001, interpretando la norma. Son las siguientes, todas de la Corte constitucional:

Sentencia de la Corte Constitucional del 3 de octubre de 2002 C 807-02 del Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia de la Corte Constitucional del 3 de octubre de 2002 C 808-02 del Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentaría

Sentencia de la Corte Constitucional del 10 de mayo de 2005 C 476-05 del Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

3.11. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

B S

Para ilustrar la tercera unidad del modulo de filiación se propone la siguiente bibliografía básica u obligatoria:

Bs

ABELIUK, Manasevich Rene "La Filiación y sus efectos" Tomo I. Editorial Jurídica de Chile 2003. Incluye las acciones de reclamación y el desconocimiento de la filiación y el reconocimiento en el derecho Chileno

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán "Derecho de Familia". Editorial Temis 1992. Encontramos todo lo referente a las acciones de reclamación y desconocimiento de la filiación y a los requisitos del reconocimiento.

GUTIÉRREZ, Sarmiento Carlos Enrique "Manual de Proceso de Familia". Editorial Universidad Externado de Colombia 2006. Encontramos los objetivos, las partes, la competencia y el trámite de las acciones de reclamación y desconocimiento de la filiación.

LÓPEZ, Blanco Hernán Fabio "Procedimiento Civil Tomo I Parte General".

Dupre Editores Novena Edición 2005. Contiene un estudio muy completo de la parte general del derecho procesal civil.

MALAGÓN, Páez José y VIVEROS, Castellanos Enrique "Derecho de Familia". Editorial Legis. Bogotá. 2006. Esta obra contiene todas las normas vigentes relacionadas a las acciones de filiación.

MONROY, Cabra Marco Gerardo "Derecho de Familia y Menores" Editorial Librería Ediciones El Profesional. Bogotá. En esta obra puede encontrar todas las acciones de filiación

NARANJO, Ochoa Fabio "Personas y Familia". Ediciones Librería Jurídica Sánchez 2006. Contiene un pequeño estudio teórico y práctico de las acciones de filiación.

SUÁREZ, Franco Roberto. "Derecho de Familia Tomo II Filiación. Régimen de los incapaces". Editorial Temis. (Tercera Edición). Bogotá. 1999. Desarrolla en forma muy concisa todas las acciones de reclamación, desconocimiento y lo referentes al reconocimiento.

Unidad 4 | EFECTOS DE LA FILIACIÓN

Qg

Destacar la importancia de establecer la real filiación con base y como desarrollo del derecho fundamental que tiene toda persona de conocer a su familia.

Qe

- *Establecer los efectos generales de la filiación señalando la importancia de los mismos.*
- *Vincular los efectos de la filiación con los diversos tipos de instituciones propias del área de Familia.*
- *Identificar todos los casos en los cuales es necesario establecer la real filiación en todos los casos, teniendo en cuenta el derecho del menor de pertenecer a una familia*

4.1. INTRODUCCIÓN

En esta unidad se pretende estudiar de una forma muy tangencial los efectos de la filiación; pues como se verá son temas de tanta importancia en el derecho de familia que cada uno merecería tratamiento específico en módulos separados.

Para estudiar los efectos de la filiación se parte del supuesto esbozado a lo largo de este módulo: la Ley 29 de 1982 otorgó igualdad de derechos a todos los hijos o hijas. Por esta razón en esta unidad obviaremos temas como la clasificación de los hijos o hijas y la forma como adquieren dicha calidad, criterios importantes esbozados en las unidades anteriores pero que no son relevantes al hablar de los efectos de la filiación.

De la relación materna y paterna filial se derivan dos clases de derechos y obligaciones: unos de carácter personal y otros de carácter patrimonial. En algunas legislaciones, ajustadas a las disposiciones del derecho romano, convergen en una sola figura: la llamada patria potestad. Nuestro Código Civil distingue claramente entre unos y otros derechos y los regula en dos títulos diferentes: el título XII que trata los derechos y las obligaciones derivadas del trato personal entre los padres y los hijos o hijas y el título XIV que reglamenta la figura de la patria potestad. Adicionalmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia introduce el concepto de responsabilidad parental como complemento de la patria potestad, que está relacionada con las obligaciones personales entre padres e hijos o hijas.

Siguiendo la división de los efectos que hace el Código Civil, se estudiarán, en primer término los derechos y las obligaciones personales entre padres e hijos o hijas, en los cuales se tratará de forma sucinta el tema de los alimentos, tema específico de otro módulo del área de familia; se proseguirá luego con la patria potestad, para continuar con la emancipación que a pesar de ser la terminación de la patria, se encuentra ubicada en título separado del Código Civil; así la estudiaremos, para rematar con otros efectos de la filiación, como el estado civil y los derechos sucesorales.

4.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE PADRES E HIJOS O HIJAS

Como se advirtió, estos derechos se encuentran en primer término dentro del Título XII del Libro Primero de los "De los derechos y obligaciones entre los

padres y los hijos legítimos” y en el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 sobre la “Responsabilidad parental”.

Derechos y obligaciones de los hijos o hijas legítimos que se aplican a los hijos o hijas extramatrimoniales, a los adoptivos y a los provenientes de la fecundación asistida, de acuerdo con lo dispuesto en: el artículo 21 de la Ley 75 de 1968, el artículo 50 del Decreto 2820 de 1974, el artículo 1 de la Ley 29 de 1982 y el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

Los derechos y obligaciones personales entre padres e hijos o hijas están cimentados en la autoridad paterna. Esta figura ha sufrido cambios pues partió de la figura romana del paterfamilias con plenos poderes sobre todos los miembros de la familia, incluidos los hijos o hijas, sin tener en cuenta el sujeto a quien iba dirigida, hasta llegar a lo que se tiene hoy, un sistema actualizado con la noción de derechos consagrada en la Ley 1098 de 2006.

El legislador del 2006 se preocupó por actualizar y armonizar el ordenamiento jurídico colombiano, con los derechos fundamentales de los niño, las niñas y los adolescentes consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991, con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del niño o niña adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia con la Ley 12 de 1991 y también con otros tratados y convenios internacionales firmados y aprobados por Colombia.

En este estudio se revisará entonces, el tema de los derechos y obligaciones entre padres e hijos o hijas, a la luz de todas las reformas, en especial las de los derechos fundamentales de los niño, las niñas y los adolescentes y a las de los principios rectores del derecho de infancia, vigentes a partir del 8 de mayo de 2007 tras la expedición del nuevo Código de la Infancia y la adolescencia, Ley 1098 de 2006.

A pesar de referirse el título XII a los derechos y obligaciones entre padres e hijos o hijas, el Código Civil se centra más en las obligaciones que en los derechos, en cuanto las primeras están estrechamente ligadas a los derechos, dado que, en una relación biunívoca, todo derecho genera una obligación y viceversa. Empieza el Código con las obligaciones de los hijos o hijas frente a los padres y luego regula las obligaciones de los padres para con los hijos o hijas; la Ley de Infancia de la Adolescencia consagra en el artículo 14, entre sus principios y definiciones, el de la “responsabilidad parental” que no es sino un desarrollo de las obligaciones del padre y de la madre frente a los hijos o hijas.

En este estudio, basado en las reformas legislativas citadas, se revisarán las obligaciones de los hijos o hijas frente a los padres y luego las obligaciones de los padres para con los hijos o hijas, desde la perspectiva de los derechos del niño, de la niña o del adolescente e igualmente desde la perspectiva de los derechos y obligaciones del padre y de la madre.

4.2.1. Obligaciones de los padres para con los hijos o hijas

4.2.1.1. El cuidado personal y la crianza del hijo o hija

El artículo 253 del Código Civil establece que ambos padres tienen la obligación de cuidar a sus hijos o hijas. Por su parte el artículo 14 de la Ley de Infancia señala que la potestad parental es “*la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación*” y continúa “*Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.*”

De esta obligación surge el derecho del padre o de la madre frente al hijo o hija y de este frente a ellos de vivir juntos. Esta obligación es compartida y solidaria por parte de ambos padres; el Código de la Infancia amplió la concepción tradicional sobre el cuidado personal y crianza, e incluyó la orientación y el acompañamiento que deben tener los padres frente a sus hijos o hijas y, además, el propósito de tal cuidado: que “*los niño, las niñas y los adolescentes puedan lograr la máxima satisfacción de sus derechos*”.

La obligación de cuidado de un niño o niña empieza desde la concepción; por ello el artículo 17 del Código de la Infancia otorga al niño o niña que está por nacer el derecho a ser cuidado y protegido y el artículo 111 del mismo Código concede a la madre embarazada la facultad de reclamar alimentos. Derecho que termina usualmente cuando el hijo o la hija cumplen la mayoría de edad, a los 18 años

El cuidado de los hijos o hijas supone la custodia de los mismos. El Código de la Infancia en su artículo 23 establece que los niño o niñas tienen derecho a que la custodia sea ejercida por ambos padres de forma permanente y solidaria

En el artículo 23 debemos resaltar tres cambios importantes:

- 1) El primero estipula de manera directa como derecho de los niño o niñas, el que sus padres en forma permanente y solidaria asuman su custodia. Antes no se mencionaba la custodia sino para asignarla a terceras personas; porque

el código estaba hecho para el menor en situación irregular y a pesar de haber una sección entera en el título II del capítulo IV del Código del Menor, que se encargaba de la custodia, para los problemas de custodia entre los padres era preciso remitirse a la norma general del Art. 253 del Código Civil.

2) Un segundo cambio señala la forma como los padres deben ejercer la custodia, es decir de manera directa y oportuna, pues se han presentado muchos problemas en los estrados judiciales, porque no se cumple con este derecho que no estaba regulado legalmente y quedaba a la interpretación de los padres, quienes ejercían la custodia a través de parientes o cuando a ellos se les antojara, etc.

3) El tercer cambio extendió la obligación de cuidar a los niño o niñas a las personas que conviven con ellos; así surgen para los padres las obligaciones de crianza, distintas de las biológicas, tal y como las ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Estos preceptos están en concordancia con la Convención de los derechos del niño o niña que señala que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo relativo a la crianza y el desarrollo del niño o niña.

Uno de los procesos más comunes en los estrados judiciales es el de custodia, donde los padres acuden ante el Juez o Jueza con el fin de obtener una decisión a través de un proceso verbal sobre a quién otorgar la custodia de sus hijos o hijas.

Los artículos 17 y 23 del Código de la Infancia trataron de llenar el vacío legislativo existente sobre el tema. Los artículos intentan regular el tema con el fin de desterrar la creencia popular de que cuando a un padre se le entrega la custodia puede prescindir del otro parent en cuanto a la educación y crianza de los hijos o hijas comunes. La Corte ha reiterado que el derecho de custodia no es un derecho absoluto del cual se pueda abusar y por medio del cual un parent esté habilitado para tomar todas las decisiones con respecto a los hijos o hijas comunes sin consultar al otro parent.

El parent o madre que goza de la custodia de sus hijos o hijas puede tomar decisiones en relación con del giro ordinario de la vida de sus hijos o hijas, pero debe ser cuidadoso al tomar otras decisiones trascendentales en la vida de los niño o niñas, porque a través de ellas puede cercenar el derecho del otro parent a dirigir la educación, la formación moral e intelectual de sus hijos o hijas.

Teniendo en cuenta los abusos que se presentaban en la práctica en los casos de separación, por parte del padre que ostentaba la custodia de sus hijos o hijas, el artículo 7 de La Ley 890 de 2004 adicionó el código penal (Ley 599 de 2000) introduciendo un nuevo artículo, e incluyó el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de un hijo o hija menor de edad, que se tipifica cuando un padre arrebata, sustrae, retine u oculta a sus hijos o hijas para privar al otro del derecho de custodia y cuidado personal de los mismos. A este delito se le asigna una pena de 1 a 3 años de prisión y una multa de 1 a 16 salarios mínimos legales mensuales.

Del derecho de custodia se desprende el derecho de visitas que tiene el padre que no vive con sus hijos o hijas y otros temas como el de los viajes al exterior que tienen su regulación específica. Temas que, igualmente, deberán tratarse en otros módulos.

El Código del Menor se refería al derecho de cuidado de los menores por los padres, los legalmente obligados y en subsidio lo ejercía el Estado. Hoy, hay un giro de criterio donde se ve reflejado uno de los principios rectores del nuevo código: el de la corresponsabilidad, es decir la obligación solidaria que tienen la familia, la sociedad y el Estado en la atención, el cuidado y la protección de los niño, las niñas y los adolescentes.

El derecho de cuidado de los hijos o hijas y el ejercicio de la responsabilidad parental no pueden conllevar violencia física, psicológica o actos que les impidan el ejercicio de sus derechos. Es por ello que el Estado, en primer término, a través de funcionarios como el defensor de familia y el comisario de familia y, en segundo término, a través de los jueces de familia, se encargará de tomar las medidas tendientes a proteger los derechos de los niño, las niñas o los adolescentes y a limitar o dar por terminada la custodia de los padres frente a sus hijos o hijas, tomando medidas para restablecer sus derechos.

Es así como el código civil en sus artículos 254 y 255 faculta al Juez o Jueza, para que mediante un procedimiento verbal sumario confíe el cuidado de un niño o niña a otros parientes y el Código de la Infancia consagran medidas para el restablecimiento de derechos, entre las cuales encontramos la colocación familiar, la ubicación en hogar de paso, la ubicación en hogar sustituto y, como última medida, la adopción.

4.2.1.2 La educación de los hijos o hijas

El mismo artículo 253, antes citado, establece que ambos padres tienen la obligación de educar a sus hijos e hijas. El artículo 23 del Decreto 2820 de 1974 que modificó el artículo 264 del C.C. dispone que los padres, de común acuerdo, deben dirigir la educación y la formación moral e intelectual de sus hijos e hijas. Mandato complementado por el artículo 14 del Código de la Infancia que señala la “*la responsabilidad compartida y solidaria*” de cuidar a los hijos e hijas durante el proceso de formación.

De acuerdo con lo dispuesto se obliga a los padres, no sólo a educar a sus hijos e hijas, sino a cuidarlos durante el proceso de formación tanto moral como intelectual, pues es un derecho de los niños, las niñas o los adolescentes que sus padres los formen y eduquen. Son los padres quienes escogen el tipo de educación que deben recibir sus hijos e hijas, el tipo de religión que van a aprender y adoptar, etc.

Reafirmando lo dicho, el Código de la Infancia consagra el derecho a la educación de calidad como uno de los derechos fundamentales de los niños o las niñas y los adolescentes. La educación de los niños y niñas es una obligatoriedad “...en un año de preescolar y nueve de educación básica” como responsabilidad conjunta del Estado, la sociedad y la familia. (Art. 67 C.P. y Artículo 28 C.I.A).

Por último, la Ley 1098 de 2006 introduce un cambio de concepción. El código del menor castigaba al padre que no vinculaba al sistema educativo a su hijo o hija; hoy el Código de la Infancia sanciona al funcionario que se abstenga de recibir al menor en un centro educativo.

Esta novedosa regulación se fundamenta en que de acuerdo con las evidencias y los estudios realizados, las principales causas para la deserción escolar son: (i) El alto costo de la educación; (ii) seguido de la falta de interés; y (iii) la ausencia de cupos en instituciones públicas de educación preescolar, básica y media (Gaceta de Congreso número 54 del 10 de febrero de 2003, en relación con la aprobación de la Ley 812 de 2003 “por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario). Teniendo en cuenta lo anterior, el legislador decidió con esta norma atacar la tercera causa de deserción escolar.

Antiguamente el artículo 264 establecía que el padre o, en su defecto, la madre, tenía derecho a elegir el estado o la profesión futura de su hijo o hija. Este derecho desapareció con el Decreto 2820 de 1974 que otorga a ambos padres el derecho a dirigir la educación del hijo o hija, mas no el de elegir su profesión.

Siguiendo los lineamientos del citado Decreto 2820, antes, la libertad para escoger profesión u oficio la consagraba, ante todo el artículo 26 de la Constitución Nacional y últimamente el artículo 37 del Código de la Infancia, consagró también como parte de las Libertades fundamentales de los niño, las niñas y los adolescentes “la libertad para escoger profesión u oficio”; libertad no incluida en el Código del Menor. Es el derecho que tiene el niño o niña a decidir qué profesión quiere tomar. Profesión u oficio son palabras que pueden parecer sinónimas, pero la utilización de la conjunción “u” como conector que implica exclusión, da a entender que el legislador al hablar de “profesión” se está refiriendo a un Empleo o facultad que alguien ejerce con base en unos estudios y una preparación especializada, por el que percibe una retribución. En cambio al hablar de “oficio” se indica una ocupación habitual que no requiere estudios universitarios o especialización.

4.2.1.3 Vigilancia, corrección y sanción

Este deber del padre, en virtud del derecho intrínseco que tiene sobre el hijo e hija, de corregirlo y sancionarlo, fue reformado por el Decreto 2820 de 1974 (que otorgó iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los hombres), con el fin, en primer término, de otorgarle a la madre, en concurrencia con el padre, el deber de vigilar, corregir y sancionar al hijo e hija y, en segundo lugar, para eliminar la facultad que tenía el padre de imponer al hijo o hija pena de detención, hasta por un mes, en un establecimiento correccional. Facultad que se otorgaba al padre para detener a su propio hijo o hija, no por delitos, sino por otros hechos menores y que resultaba una figura arcaica, manifestación típica de la antigua potestad parental, donde el poder del padre sobre el hijo o hija sobrepasaba todos los límites.

Vigilar implica cuidar bien a una persona y velar por ella; de esa obligación de vigilancia se desprende la obligación solidaria que adquieren los padres de responder por los actos que comenten sus hijos o hijas (artículo 2347 C.C.) e igualmente responder por los daños causados por delitos que provengan de la mala educación de sus hijos o hijas (Art. 2348 C.C.).

Corregir es sinónimo de amonestar, reprender. Sancionar por su parte es castigar, infligir, mortificar, es según la Corte, como consta en la jurisprudencia que más adelante se cita, “*un género que incluye las diversas formas de reproche a una conducta*”. Pero tanto, el corregir como el castigar, deben hacerse moderadamente. Lo anterior teniendo en cuenta que los niño, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les respete su dignidad personal. El segundo inciso del artículo 33 C.I.A. contempla el derecho-deber de proteger al niño o niña “...

contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad”, en observancia del principio constitucional consagrado en los Arts. 1, 15 y 70 de la Carta, pilar de nuestro estado social de derecho. La Corte en las sentencias donde definió la constitucionalidad del artículo 262 del CC precisó las facultades de sancionar y corregir al hijo o hija que venimos estudiando. Ha expresado la Corte: “De lo dicho se concluye que la función educativa a cargo de los padres y de las personas a quienes corresponda el cuidado del menor demanda una justa y razonable síntesis entre la importancia persuasiva de la sanción y el necesario respeto a la dignidad del niño, a su integridad física y moral y a su estabilidad y adecuado desarrollo psicológico.”

Esta facultad de corrección del hijo o hija se extiende de un padre a otro en caso de ausencia, inhabilidad o muerte y si estos estados se predicen de ambos padres se trasfieren también a la persona que tiene al hijo o hija bajo su cuidado. Proporcionar lo necesario para la crianza, sustentación y establecimiento

Todos los niños o niñas tienen derecho a que sus padres les den lo necesario para la crianza, sustentación y establecimiento, **lo que comúnmente se conoce como alimentos.** El Código de la Infancia y la Adolescencia consagran dentro de los derechos fundamentales de los niños, las niñas o los adolescentes el derecho que los mismos tienen a recibir alimentos.

En el Código del Menor, no se encontraba este derecho dentro del título de los derechos y los alimentos formaban parte del título tercero, parte primera del código del menor en situación irregular, tratado como “del menor que carece de atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades”. Ubicación que suponía que los procesos de alimentos se daban frente a menores que estaban en una situación irregular. Situación contraria a la realidad, dado que los procesos de alimentos surgen en la mayoría de los casos por desvanecías entre los padres de los menores, sin ninguna situación irregular y no sobre menores que carecen de sus necesidades básicas. La mayoría de los procesos que inundan los estrados judiciales se dan más para mantener, no tanto los alimentos necesarios, como los alimentos congruos de los niños o niñas.

La obligación de cuidado, crianza, sostenimiento y educación de los niños o niñas supone la obligación compartida de los padres de mantenerlos; por lo tanto es necesario precisar a qué patrimonio se le imputan los gastos del cuidado de los hijos o hijas:

Si los hijos o hijas son matrimoniales los gastos de cuidado, sostenimiento, ecuación y crianza deben ser sufragados por la sociedad conyugal, según los artículos 257 y 1800 del Código Civil y el artículo 2 de la Ley 28 de 1932. En esta

circunstancia el padre y la madre responden solidariamente frente a las deudas que adquieran para la educación y el sostenimiento de sus hijos o hijas; es una excepción al principio general de la sociedad conyugal en el cual mientras la sociedad conyugal está vigente cada cónyuge es independiente y se obliga por sus propias deudas. (artículo 1 Ley 28 de 1932).

- Si los padres viven juntos pero tienen su sociedad conyugal liquidada o no viven juntos, cada padre debe atender los gastos de cuidado, sostenimiento, educación y crianza en la proporción de sus posibilidades.
- Si el hijo o hija tiene bienes propios, se podrán cancelar con el producto de estos, los gastos de crianza y educación. Tratando de conservar íntegro el capital de estos bienes.
- Si los padres no tienen bienes para la crianza y educación de sus hijos o hijas, estos gastos se trasladan a los abuelos por una y otra línea.
- Si falta un parente la obligación se traslada al otro parente.

Sobre el tema de los alimentos se diseña para este programa un módulo especial que se recomienda al discente consultar, para ampliar todo lo referente a los alimentos.

4.2.2. Obligaciones de los hijos o hijas para con los padres

4.2.2.1. Respeto y Obediencia

Los hijos o hijas deben respeto y obediencia a sus padres, tal y como lo señala el artículo 250 del CC. Este artículo eleva un principio ético a norma legal para todos los casos de filiación, como lo establece el inciso segundo de este mismo artículo.

El respeto implica una consideración especial hacia el parente y la madre, y la obediencia implica acatar las órdenes de los padres

Anteriormente se establecía que los hijos o hijas estaban sometidos especialmente al parente para cumplir con las obligaciones de respeto y obediencia, lo que solucionaba el problema de a quien se debía obediencia en caso de desacuerdo entre los padres; hoy en día, en caso de conflicto, a ambos padres se les debe por igual obediencia por lo que en caso de conflicto el hijo o hija o los padres deben recurrir el Juez o Jueza quién decidirá la controversia.

Este deber del hijo o hija se basa en una relación entre padres e hijos o hijas, donde el padre domina al hijo o hija y lo somete y es incompatible con la perspectiva de derechos de nuestro actual ordenamiento jurídico, que se funda en la interrelación entre titulares de derechos que se deben respeto mutuo y especialmente teniendo en cuenta que los niño, las niñas y los adolescentes son titulares de derechos fundamentales prevalentes.

El artículo 15 de la Ley 1098 de 2006 más acorde con nuestro nuevo estado protecciónsta de los derechos de los menores de edad, impone al niño, la niña o el adolescente el “... cumplir con las obligaciones cívicas y sociales que correspondan a un individuo de su desarrollo”.

4.2.2.2. Cuidado y Socorro del hijo o hija al parente

Los artículos 251 y 252 del CC establecen los alimentos y la ayuda que debe dar el hijo o hija a sus padres y a otros ascendientes cuando los necesiten. El código habla de dos tipos de ayuda, una económica que se supone los cuidados materiales que debe el hijo o hija al parente y la otra moral en lo que se refiere al socorro. El hijo o hija debe cuidar a su parente en la ancianidad y en el estado de demencia, esa obligación conlleva el derecho correlativo del parente de exigir alimentos a sus hijos o hijas.

El incumplimiento de los deberes de socorro al parente y a los demás ascendientes, conlleva la sanción de indignidad para el hijo o hija, a la hora de suceder (Art. 1025 numeral 3), además de las sanciones pecuniarias y de prisión que contempla el artículo 233 del Código Penal, por el delito de inasistencia alimentaria, delito que también es predicable en los alimentos que debe el parente al hijo o hija.

4.3. PATRIA POTESTAD

Como se vio, la patria potestad incluye únicamente derechos y obligaciones de carácter patrimonial. La palabra patria potestad proviene de dos acepciones latinas “patria” que se refiere al parente o “*pater*” y “potestad” que quiere decir poder, por lo que se traduce en el poder del parente”.¹⁶

Como ya se ha anotado, esta figura de poder está en contra de la teoría de autoridad parental, acogida por nuestro Código de la Infancia, que se basa en

¹⁶ Suárez, Franco Roberto “Derecho de Familia tomo II” pag 168

el respeto mutuo de personas que son sujetos de derecho, por lo que muchos han intentado cambiar esta denominación, pero se ha mantenido.

El Código Civil en su artículo 288 define la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos o hijas no emancipados para facilitar el cumplimiento de sus deberes.

La patria potestad se ha instituido en Colombia como un conjunto de derechos o facultades que se otorgan al padre y a la madre para cumplir sus deberes de criar, educar y establecer a sus hijos o hijas y se reduce a tres poderes que estudiaremos más adelante el poder de representar judicial y extrajudicialmente a sus hijos o hijas, administrar sus bienes y usufructuar los bienes de los niño o niñas.

4.3.1. Características de la patria potestad

Uno de los efectos de la filiación es que el padre y la madre ejercen de manera conjunta la patria potestad sobre sus hijos o hijas, esta institución tiene las siguientes características:

- 1) Es un derecho personal del padre y de la madre sobre sus hijos o hijas; se trata de un derecho personal porque los padres lo ejercen directamente, a diferencia de las obligaciones personales entre padres e hijos o hijas que si pueden ser ejercidas por otras personas. Lo que no significa que los padres no pueden delegar el ejercicio de ciertos derechos como la representación judicial del hijo o hija, que comisiona el padre para proteger los derechos del hijo o hija. Ningún pariente goza del ejercicio de la patria potestad; es un derecho exclusivo de ambos padres o de uno de ellos, esto último se da por la pérdida de la patria potestad o por falta de un parente, según lo señalado por el artículo 118 del Código Civil.
- 2) Es intransmisible: De acuerdo con el criterio anterior la patria potestad no se transmite por documento entre vivos, ni por sucesión, ni es comercializable.
- 3) Es temporal: pues está sometida a un término de duración específico: la mayoría de edad del hijo o hija, o la emancipación del mismo, o por decisión judicial.
- 4) Es irrenunciable: porque los padres no pueden renunciar a ella, es una obligación natural que se da por el hecho de ser parente de una persona y por ello no pueden desprenderse, a su arbitrio, de ese deber, al estar regulada por normas de orden público.

5) Es imprescriptible: porque así el padre no la ejercite, no termina por ello su deber y siempre lleva implícito el derecho de usarla.

6) La patria potestad sobre todos los hijos o hijas corresponde a sus padres conjuntamente; el artículo 288 sólo habla de hijos o hijas legítimos, pero el Decreto 2820 de 1974 otorga esta facultad conjunta a ambos padres de los hijos o hijas extramatrimoniales, y para el efecto, les imponía el deber de vivir juntos, este deber fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C 204 de 2005 Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. En cuanto a los hijos o hijas provenientes de la adopción el artículo 64 del Código de la Infancia señala que la adoptante y el adoptivo adquieran, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo o hija, que comprende los derechos de patria potestad. Por último, sobre los hijos o hijas de filiación asistida también los padres ejercerán conjuntamente la patria potestad (artículo 42 C.P). La única excepción que actualmente subsiste es el caso del hijo o hija extramatrimonial declarado como tal en relación con su padre o su madre en juicio contradictorio, ese padre o madre no tienen la patria potestad. (Art. 62 CC)

Aunque la patria potestad en términos generales debe ser ejercida conjuntamente, la ley prevé que uno de los padres puede delegar la representación y la administración de los bienes del hijo o hija en el otro. Esta delegación debe constar por escrito y sólo puede hacerse de un padre a otro. Otra excepción al principio general del ejercicio conjunto es cuando un padre falta, entonces el otro padre asume los derechos del que falta. Por último, la ley prevé que si hay conflicto entre los padres sobre la forma de ejercer conjuntamente, la patria potestad deben dirigirse al Juez o Jueza, quien en proceso verbal sumario dirime el conflicto.

4.3.2. Ámbito para el ejercicio de la patria potestad

La ley señala que la patria potestad no se extiende a los actos que el niño, la niña o el adolescente realicen en ejercicio de un cargo público; anotación importante, porque antes de la Ley 27 de 1977, los hijos o hijas cumplían la mayoría de edad a los 21 años y por tanto hasta esa edad estaban sometidos a la patria potestad de sus padres.

El ejercicio de la patria potestad comprende:

4.3.2.1. El derecho de usufructo

Ambos padres tienen el derecho de usufructuar los bienes de sus hijos o hijas desde el día de nacimiento (pues antes ese hijo o hija no puede tener bienes, sólo puede tener derechos que penden de la condición que nazca vivo) hasta el momento de la emancipación, cuando termina la patria potestad.

El usufructo del padre y la madre es legal porque está instituido por ministerio de la ley (Art. 825 No. 1). El usufructo es el derecho que tienen el padre y la madre de gozar temporalmente de todos los bienes del hijo o de la hija. Por el usufructo la propiedad se desmiembra, quedando la nuda propiedad como un derecho en cabeza del hijo o hija y el derecho de usufructo o goce en cabeza del padre y de la madre, quienes pueden disfrutar los frutos presentes y futuros de los bienes del hijo o de la hija. El usufructo que se desprende de la patria potestad es un usufructo sometido a unas reglas especiales, por esta razón es un usufructo que no recae sobre un bien determinado sino sobre todos los bienes del hijo o de la hija, sean muebles o inmuebles; el usufructo no se puede ceder, vender o gravar, pues como se explicó, la patria potestad solo pueden ejercerla los padres y es, por lo demás, un derecho intransferible e irrenunciable. Los padres no necesitan prestar caución para ejercer el usufructo, ni firmar escritura pública para el usufructo de bienes inmuebles.

De acuerdo con el artículo 869 CC., al usufructo del padre sobre los bienes del hijo o hija deben aplicarse las reglas especiales del título XIV del código civil. Por ello en este título se especifican que bienes del hijo o hija hacen parte del usufructo, para concluir que son todos los bienes que tengan el niño, la niña o el adolescente, salvo en los siguientes casos, en los cuales se exceptúan del usufructo de los padres:

Los bienes que forman parte del peculio profesional o industrial del hijo o hija. Sobre estos bienes los padres no tiene el usufructo legal y, además, no los administran porque en materia de peculio profesional el hijo o hija se ve como emancipado. Son los bienes adquiridos por el hijo o hija como resultado de su trabajo: sueldos, honorarios, comisiones etc. o también pueden ser adquiridos por él por su propia actividad como juegos, sorteos, etc. Eso no obsta, para que si se trata de un bien inmueble, deba actuar para disponer de él, por medio de su representante legal, pues no es capaz y requiere licencia judicial.

Los bienes recibidos por el hijo o la hija a título de donación, herencia o legado en los que el donante o el testador expresamente disponga que el usufructo es para el hijo o hija y no para el parente; si el donante o el testador excluye sólo

a un padre, el usufructo corresponde al otro. En este caso, aunque los padres no tengan el usufructo deben administrar estos bienes, salvo que el testador también les haya prohibido esta facultad.

Los bienes recibidos por herencia o legado en los casos de indignidad o desheredamiento de uno de los padres, en ese caso el usufructo de esos bienes corresponden solamente al otro parente.

El artículo 291 del CC establece “*Los bienes sobre los cuales los titulares de la patria potestad tienen el usufructo legal, forman el peculio adventicio ordinario del hijo; aquellos sobre los cuales ninguno de los padres tiene el usufructo, forman el peculio adventicio extraordinario.*” Lo que quiere decir que los bienes del punto dos son los que componen el peculio adventicio extraordinario.

El usufructo legal que gozan los padres sobre los bienes del hijo o hija termina cuando el menor ha sido emancipado por cualquiera de las formas que la ley señala (voluntaria, legal o judicial), pero puede extinguirse también por otras causas como:

Cuando el usufructo es sobre propiedad fiduciaria y este deba restituirse (art. 865 CC), es el caso de los bienes adquiridos por el niño, la niña o el adolescente a raíz de una herencia del abuelo, en fiducia, y se cumpla la condición de terminación de la fiducia y así termina también el usufructo del padre o de la madre.

Por destrucción de la cosa. En caso de que el inmueble o mueble que el padre y la madre estén usufructuando se destruya; por sustracción de materia no tienen que usufructuar, pero el derecho de usufructo que tienen continúa mientras sigan ejerciendo la patria potestad.

Por sentencia judicial: Cuando a los padres se les quita el usufructo por culpa grave o dolo en la administración de los bienes del hijo o hija (Art. 33 Decreto 2820 de 1974)

4.3.2.2. El derecho de administración

Es el derecho que la ley les confiere al padre y la madre, conjuntamente, de administrar los bienes que tienen en usufructo. De acuerdo con la definición y con lo ya estudiado se puede concluir que los padres no tendrán la administración de los bienes que el hijo o hija haya adquirido con su trabajo o actividad, es decir, sobre el llamado peculio profesional, ni la de los bienes sobre los cuales expresamente el donante o testador hayan puesto la condición de sustraer a los padres de su administración.

En caso de la donación, herencia o legado es independiente la facultad de administración de la de ejercer el usufructo por lo que el donante o el testador puede conceder uno y prohibir el otro o viceversa.

Los padres no están obligados a prestar caución, ni a realizar inventario solemne, para administrar los bienes de sus hijos o hijas. Presentarán inventario solamente cuando contraen segunda nupcias o cuando voluntariamente lo soliciten ante el Juez o Jueza de familia.

La administración conjunta del padre y la madre es difícil. En caso de desacuerdo, se deben dirigir al Juez o Jueza de Familia. Por la administración ambos padres responden hasta por culpa leve y dolo, responsabilidad que demuestra como el sistema del código busca proteger, al máximo, el patrimonio del menor, al hacer responder al padre hasta por culpa leve; responsabilidad que no se extiende al usufructo porque los frutos de los bienes son del padre directamente y por ello no se le exige que responda. Se presume la culpa cuando se disminuye o deteriora el patrimonio del hijo o hija.

En ese mismo sentido el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 20 numeral 16 protege al niño, las niñas y los adolescentes “*cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren*”. El Artículo 136 establece que en “*el proceso para la privación de la administración de los bienes del niño, la niña o el adolescente, el Juez o Jueza podrá decretar la suspensión provisional de las facultades de disposición y de administración de los bienes y la designación de un tutor o un curador, según se trate*”. El Código del Menor facultaba expresamente al defensor de familia para iniciar los procesos para privar a los padres de la administración de sus bienes, tema incluido hoy en día dentro de las facultades generales del defensor de familia.

Para la protección contra la mala administración de los bienes de los niños, las niñas o los adolescentes el código penal consagra el delito de malversación y dilapidación de bienes de familiares y lo castiga con multas y con penas de prisión hasta de dos años.

La Corte Constitucional en su sentencia de Tutela C 716-2006, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, estableció unas reglas para “prevenir, detectar, sancionar y remediar los daños ocasionados en el patrimonio de un menor, con ocasión de la administración de sus bienes, estableció unas reglas importantes:

Los niños, las niñas o los adolescentes sólo pueden asociarse en sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o como socios comanditarios en

sociedades en comandita, ya que en éstas tan solo comprometerán su responsabilidad hasta el límite de su aporte.

Los niños, las niñas o los adolescentes sólo pueden intervenir en una sociedad por intermedio de su representante legal.

El representante legal de los niños, niñas o adolescente es responsable de las obligaciones que se desprendan de tal negocio.

Adicional a lo anterior, el representante del menor responde y debe resarcir los perjuicios causados al niño o la niña, cuando se detecte la existencia de una culpa leve en la administración de los bienes del menor, conforme a los artículos 63 y 298 del C.C.

Si la gestión genera un daño en perjuicio del menor, por culpa grave en la administración, se deben iniciar los procedimientos tendientes a privar al responsable de la administración de los bienes conforme al artículo 299 del C.C.

Si las actuaciones del socio gestor son tan graves que conlleven la *malversación* o *dilapidación* de bienes, se deben iniciar las diligencias necesarias para la investigación del hecho punible contenido en el artículo 236 del Código Penal. Todas estas medidas deben integrarse con las disposiciones previstas en el Código de Comercio para la dirección de los negocios, el manejo de los bienes y la protección de los socios.

Además, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas especiales para la administración de los bienes del hijo o hija por parte de los padres:

Los padres no pueden enajenar bienes raíces del hijo o hija, ni gravarlos, ni aportarlos como activo a una sociedad comercial, ni enajenar los derechos hereditarios del hijo o hija menor, sin que previamente haya un proceso ante el Juez o Jueza de familia para que conceda una licencia judicial y remate los bienes en pública subasta (esto último no se aplica en el caso del aporte del bien a la sociedad) para realizar estos actos. (Art. 303 CC y Ley 67 de 1930).

No pueden los padres donar bienes muebles, ni inmuebles del hijo o hija, salvo por causa grave con autorización judicial. (Art. 491 CC)

No puede el padre aceptar una herencia sin beneficio de inventario y tampoco puede repudiar la herencia sin autorización judicial. (Art. 486 CC)

No pueden los padres dar en arriendo, por largo tiempo, los bienes del hijo o hija. Si tomamos las normas de los guardadores diríamos que el plazo sería, mínimo cinco (5) años para bienes urbanos y ocho (8) para bienes rurales.

Si los padres no administran todos los bienes de un menor, se nombrará curador para que administre estos bienes. Para que se nombre el curador se necesita que falten ambos padres, pues si se priva a uno, el otro entra a ejercer la administración.

En el régimen de disposición por parte de los padres de los bienes muebles del hijo o hija, se discute si debe aplicarse el artículo 483 del Código Civil que exige la venta con autorización judicial de los bienes muebles preciosos o con valor de afición o si puede hacerse libremente.

De otra parte, la administración de los bienes termina cuando se extingue la patria potestad o cuando el Juez o Jueza la termine por culpa grave o dolo. En este último caso terminará solo la facultad de administración que tienen el padre y la madre sobre los bienes del hijo o hija más no se afectan otros derechos de la patria potestad como el usufructo y la representación del hijo o hija.

4.3.2.3 .El derecho de representación:

Es otro derecho incluido dentro del ámbito de la patria potestad. Es la facultad que tienen los padres de representar a sus hijos o hijas. Esta facultad se traduce en que el padre actúa en nombre y por cuenta del hijo o hija, obligándose en su nombre. (Art. 1505 CC). Este tipo de representación es legal; la ley dispone que el hijo o hija menor de edad para actuar debe hacerlo representado por sus padres.

La representación puede ser de dos clases.

1) **Representación judicial:** A diferencia del usufructo, de la administración y de la representación extrajudicial, la representación judicial puede ejercerla cualquiera de los padres. En el caso de la representación judicial, el niño, la niña o el adolescente pueden ser:

a) Actor o demandante: En este caso representado por uno de sus padres o con autorización de este. Si el hijo o hija no obtiene el consentimiento para la demanda o los padres no pueden darlo, se acudirá al Juez o Jueza para que le nombre un curador *ad litem* que lo represente en el proceso. Lo mismo ocurrirá cuando el menor demanda a ambos padres, pero en este caso la ley prevé que

el curador sea el defensor de familia. Si el niño o niña demanda a uno de sus padres puede ser representado por el otro parente

b) Demandado: En este caso el demandante debe dirigir su demanda contra uno de los padres del niño, la niña o el adolescente para que éste lo represente en el proceso. Si ninguno de los padres puede representarlo, se debe nombrar un curador *ad litem* o el defensor de familia. En este tema hay incertidumbre, pues el artículo 306 establece que en este caso se debe nombrar un curador *ad litem* y, por otro lado, el artículo 82 numeral 12 del Código de la Infancia y de la Adolescencia otorga expresamente la facultad de representar a los niño, las niñas o los adolescentes al defensor de familia en las actuaciones judiciales cuando carezcan de representante legal. Si el hijo o hija es demandado por un parente, el otro lo representará para su defensa; si el parente no quiere o no puede representarlo, se tendría que nombrar un curador o defensor, como ya se vio. En caso que el hijo o hija sea demandado por una acción penal, si esta se dirige contra el hijo o hija directamente, no hay necesidad de intervención de los padres, pero estos deben pagar los gastos que necesite el hijo o hija para su defensa.

2) **Representación extrajudicial:** Esta representación deben ejercerla conjuntamente ambos padres. El hecho de que la representación extrajudicial de los padres deba ser conjunta dificulta, en la práctica, el ejercicio de este derecho. La representación del hijo o hija la ejercerá el parente para representar a su hijo o hija en todas las actuaciones administrativas y en la celebración de todos los actos y contratos que deba realizar, pues el hijo o hija no tiene capacidad para obligarse por sí mismo. En la representación extrajudicial del hijo o hija se deben seguir las siguientes reglas:

- Si el parente o la madre autorizan los actos o contratos firmados por su hijo o hija púber ellos responderán directamente por los mismos y el hijo o hija en subsidio.
- Los actos y contratos celebrados por el hijo o hija impúber son nulos aun con autorización de sus padres. Los impúberes son menores de 14 años, y por lo tanto son absolutamente incapaces para celebrar actos y contratos.
- Los actos y contratos que el púber o adolescente firme sin autorización de su representante legal, solo lo obliga en su peculio profesional o industrial.
- El impúber necesita autorización de sus padres para endeudarse con créditos o dinero a interés, salvo para giro ordinario de su peculio profesional.

- El hijo o hija no necesita que su padre lo autorice, ni lo represente para disponer de sus bienes por testamento.

4.3.3. Suspensión de la patria potestad

La suspensión de la patria potestad implica una medida temporal que toma el Juez o Jueza con conocimiento de causa, después de oír a los parientes del hijo o hija y al defensor de familia, donde se separa a un padre o a una madre o a ambos de la patria potestad que ejercen sobre sus hijos o hijas.

4.3.3.1 Las causas de la suspensión de la patria potestad son:

Por demencia: Se necesita que la demencia sea prolongada y no se requiere la interdicción judicial del padre o de la madre por demencia. En los casos de demencia temporal los actos que el padre realice no son válidos, pero esta no es suficiente para declarar la suspensión de la patria potestad.

Por estar en entre dicho la administración de sus propios bienes. Como la patria potestad solo comprende los derechos patrimoniales de la filiación, es lógico que al padre incapaz de administrar sus propios bienes, se le suspenda la capacidad de ejercer la patria potestad. Se da cuando se ha declarado la interdicción del padre por cualquier causa.

Por larga ausencia: El artículo 96 define la ausencia. Antes de la expedición del Decreto 2820 de 1974 que modificó este artículo se necesitaba que por la larga ausencia se hubiera perjudicado al hijo o hija, para que se ordenara la suspensión, ahora la larga ausencia sola, según la reforma sería suficiente.

4.3.3.2. Formalidades legales

Si la patria potestad se suspende para el padre la ejerce la madre y viceversa; pero si la patria potestad se suspende para ambos cónyuges se nombrará un guardador para que ejerza los derechos que implica la patria potestad, mientras dura la suspensión.

La suspensión debe ser decretada por el Juez o Jueza mediante el trámite del proceso verbal sumario.

La suspensión lleva implícita la rehabilitación que se dará en caso de cesar el motivo que originó la suspensión y por medio de la cual el padre adquiere

nuevamente los derechos involucrados o inherentes a la patria potestad. Para el efecto se debe iniciar un proceso verbal sumario, de oficio (artículo 446 CPC) o a solicitud de parte.

El artículo 32 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con el artículo 310 inciso 3 del Código Civil, establece que la suspensión o pérdida de la patria potestad, no hace finalizar la obligación alimentaria y que esta obligación solo termina cuando el niño, la niña o el adolescente es entregado en adopción.

4.3.4. Terminación de la patria potestad

La terminación de la patria potestad ocurre cuando las causales contempladas en el artículo 315 del CC se dan respecto a un solo cónyuge; se caracteriza por ser una medida parcial y por ella el otro parente queda con la patria potestad sobre el hijo o hija. Si las causales de este artículo se aplican a ambos cónyuges se da la figura de la emancipación judicial. Por lo anterior, las causales se estudiarán en el punto 4.4.

4.4. LA EMANCIPACIÓN

El Código Civil en su artículo 312, define la emancipación como el hecho que pone fin a la patria potestad. *"La palabra emancipar viene del vocablo latino "emancipare" que significa soltar la mano o el poder de alguien"*.¹⁷ Este artículo 312 fue derogado expresamente por el artículo 70 del Decreto 2820 de 1974, derogatoria declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de septiembre de 1975, Magistrado ponente José Gabriel de la Vega.

La emancipación se realiza por medio del trámite del proceso verbal sumario y, al igual que la suspensión y el restablecimiento de la patria potestad, se rige por el artículo 446 del CPC.

4.4.1. Características de la emancipación

- 1) Es irrevocable. Por expresa disposición legal una vez efectuada no es revocable.
- 2) Se da en relación con ambos padres.

¹⁷ Gómez, Piedrahita Hernán "Derecho de Familia" pag 314

Por ella el hijo o hija adquiere la libertad o independencia frente a ambos padres.

4.4.2. Tipos de emancipación

La emancipación puede ser:

4.4.2.1 Emancipación Voluntaria. Para que se dé la emancipación voluntaria se necesita que ambos padres por medio de una escritura pública manifiesten su voluntad de emancipar al hijo o hija adulto (ósea mayor de 14 años Art. 34 CC) y el adolescente consienta en ello. Necesita autorización judicial mediante el procedimiento verbal sumario.

De acuerdo con esta disposición, este tipo de emancipación necesita llenar los siguientes requisitos para su perfeccionamiento:

Escritura pública: Se requiere que la manifestación de voluntad se haga por medio de una escritura ante notario. Esta debe ser posterior a la autorización judicial y dentro del término que el Juez o Jueza concede para la emancipación (Art. 653 CPC)

Manifestación expresa de la voluntad de ambos padres de querer emancipar; es necesario que ambos padres hagan la manifestación de voluntad en forma expresa.

Que el hijo o hija sea un adolescente o hijo o hija adulto como señala expresamente el artículo 313 del CC, disposición con pleno sentido si se tiene en cuenta que el infante y el impúber no pueden obligarse y no tienen la capacidad de manejar la libertad que adquieran con la emancipación; son incapaces absolutos y no podrían dar el consentimiento para la emancipación. En cambio la incapacidad de los menores adultos no es absoluta, tal y como lo señala artículo 1504 el CC modificado por el artículo 60 del Decreto 2820 de 1974 “*y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes.*”

Consentimiento del hijo o hija.: Por ser menor adulto relativamente incapaz puede otorgar el consentimiento para la emancipación, por este requisito la emancipación voluntaria es un acto bilateral. El consentimiento es necesario pues es un beneficio para el hijo o hija que no se puede otorgar si el hijo o hija no acepta.

Necesita autorización judicial: El Juez o Jueza de familia en proceso de jurisdicción voluntaria (Art. 649 numeral 3 CC) deberá resolver sobre la conveniencia o no

de la emancipación, teniendo en cuenta que los derechos de los niños o niñas son prevalentes. Si de acuerdo con las pruebas presentadas la emancipación es beneficiosa para el menor y sus bienes, el Juez o Jueza concederá la licencia para la emancipación.

4.4.2.2 Emancipación legal

Es aquella fundamentada en unos hechos ciertos que cuando ocurren hacen que de pleno derecho se termine la patria potestad con respecto a ambos cónyuges. La emancipación legal en los términos del artículo 314 del C. C. puede darse por las siguientes causales:

Muerte real o presunta de ambos padres. Este hecho se puede dar de forma simultánea o cuando ya ha muerto el otro parente, o se ha terminado la patria potestad por otra causa y muere el parente sobreviviente. Se da en caso de muerte real y presunta.

Por el matrimonio del hijo o hija: Cuando el hijo o hija se case antes de cumplir los 18 años. Puede contraer matrimonio válidamente el adolescente mayor de 14 años. Antes de la sentencia C-507 de 2004 de veinticinco (25) de mayo de dos mil cuatro (2004), Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, la edad de la mujer para contraer matrimonio válidamente era 12 años. Teniendo en cuenta que la emancipación es irrevocable, en caso de que el matrimonio del hijo o hija termine antes de cumplir los 18 años por muerte o divorcio, los efectos de la emancipación se mantienen. Los tratadistas discuten si en caso de nulidad del matrimonio, el hijo o hija debe regresar a la potestad de sus padres o por la irrevocabilidad de la emancipación debe permanecer emancipado.

Por haber cumplido el hijo o hija la mayoría de edad: Esta se estableció en los 18 años por la Ley 27 de 1977, pues antes era 21 años. Si el hijo o hija tiene alguna incapacidad, la patria potestad se extingue pero debe designársele un curador.

Por decreto de la posesión efectiva de bienes del parente desaparecido: Esta figura hoy no tiene aplicación, pues esto se basaba en las antiguas etapas de declaración de muerte incluidas en el código de procedimiento civil anterior, las cuales fueron derogadas.

4.4.2.3. Emancipación judicial

Es una emancipación contenciosa que se da cuando por medio de un proceso judicial se quita la patria potestad a ambos padres y por esta acción judicial el hijo o hija adquiere la emancipación. Es necesario que ambos padres incurran en alguna de las causales señaladas por la ley. Puede iniciar este proceso verbal (Art. 427 No. 2) el Juez o Jueza de oficio, a solicitud del defensor de familia o de cualquier pariente. Las causales de la emancipación son las mismas aducidas para la terminación de la patria potestad, cuando la causal se da respecto a uno solo de los padres. Estas causales son:

El maltrato habitual del hijo o hija, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño. El Artículo 18 del CIA define el maltrato y establece que los niños o niñas serán protegidos contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales. Esto como parte del derecho que tienen todos los niños, las niñas y los adolescentes a su integridad personal.

El abandono del hijo o hija. El código del menor establecía cuando un menor se encontraba en situación de abandono y como se hacía la declaratoria de abandono, disposición derogada por el nuevo Código de la Infancia; en él no se define el abandono del hijo o hija, pero el artículo 20 establece que: "*los niños o niñas, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: 1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales.*"

La depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad. Se refiere a los malos ejemplos que dan los padres al hijo o hija.

El haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. No se dice porque tipo de delito se debe privar de la patria potestad, es poco probable que ambos padres sean condenados al mismo tiempo salvo que hayan cometido juntos el delito.

4.4.3. Efectos de la emancipación

La emancipación produce los siguientes efectos:

- Pone fin a la patria potestad, razón por la cual (lo que supone que) el padre pierde el usufructo sobre los bienes del hijo o hija, su derecho de administrarlos y la facultad de representarlo.
- No termina con las obligaciones personales entre padres e hijos o hijas derivadas de la relación paterno -filial y materno- filial.

- El menor sigue siendo incapaz relativo, porque la emancipación no cambia este estado y por ello es necesario que se le designe un curador legitimo o dativo que puede ser uno de sus padres.

4.5. ESTADO CIVIL

Como efecto de la filiación se adquiere el estado civil de hijo o hija de ese padre o esa madre, pues el estado civil es la relación existente entre una persona con la familia de donde proviene. El estado civil sirve para identificar a las personas y para producir determinados efectos jurídicos.

El artículo 1 de la Decreto 1260 de 1970 define el estado civil: "*El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.*"

4.5.1. Características del estado civil

De la definición anterior podemos deducir las características del estado civil:

Indivisible: el estado civil es uno solo y tiene múltiples aspectos pero no se divide para convertirse en dos estados civiles contrarios, procedentes del mismo hecho, es decir, no se puede ser hijo o hija extramatrimonial e hijo o hija legitimo a la vez.

Indisponible: No se puede disponer libremente de él, porque las reglas del estado civil son de orden público, y no se puedan variar, ni vender porque son de obligatorio cumplimiento.

Imprescriptible: Porque así el estado civil no se ejercite, no por ello se extingue. También se supone que el estado civil no se adquiere por hechos que se prolonguen en el tiempo.

- Es legal: Su asignación corresponde a la Ley.
- Es absoluto: Porque el estado civil es válido frente a todas las personas, es decir, erga omnes.
- Toda persona tiene un estado civil

4.5.2. Origen

El estado civil tiene su origen en las siguientes fuentes:

En un hecho jurídico: que son acontecimientos que no dependen de la voluntad del hombre y que ocasionan un estado civil como el nacimiento del hijo o hija en un momento determinado

En un acto jurídico: Es la manifestación de la voluntad que produce efectos y un cambio en el estado civil Ej.: El reconocimiento de un hijo o hija.

En la Ley: La ley determina que el estado civil se adquiera cuando se cumplan unos requisitos que la ley señala. Ej.: La calidad de hijo o hija extramatrimonial del hijo o hija de la mujer soltera o viuda.

Los efectos más importantes del Estado Civil son: el dar origen a derechos y obligaciones entre las personas y ser fuente del parentesco.

De acuerdo con la importancia del estado civil es necesario que un funcionario público se encargue de la constitución y la prueba del mismo y por ello se lleva el registro civil tal y como fue concebido por el Decreto 1260 de 1970.

El registro civil inicialmente fue llevado por los curas párrocos católicos, posteriormente, a partir de la expedición de la Ley 92 de 1938 el registro civil pasó a los notarios y registradores, mediante libros donde se registraban determinados estados; por último, llegamos al sistema de tarjeta e índices que trae el Decreto 1260 de 1970, con los requisitos señalados por la ley.

Según el artículo 5 del Decreto 1260 de 1970 los actos del estado civil, objeto de registro son: los nacimientos, los reconocimientos de hijos o hijas naturales, las legitimaciones, las adopciones, las alteraciones de la patria potestad, las emancipaciones, las habilitaciones de edad, los matrimonios, las capitulaciones matrimoniales, las interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones, las nulidades de matrimonio, los divorcios, las separaciones de cuerpos y de bienes, los cambios de nombre, las declaraciones de seudónimos, manifestaciones de avecindamiento, declaraciones de ausencia, las defunciones y las declaraciones de presunción de muerte, así como las de los hijos o hijas inscritos.

4.6. DERECHOS SUCESORALES

El último de los efectos de la filiación que se revisará en este módulo es el de los derechos sucesorales que adquieren, el hijo o hija frente al padre y el padre frente al hijo o hija.

Como se revisó en la unidad uno de este módulo, este punto es uno de los de mayor evolución, en los ciento veinte años de nuestro ordenamiento jurídico. Hoy en día, todos los hijos o hijas sean legítimos, extramatrimoniales, adoptivos o provenientes de la reproducción asistida tienen los mismos derechos sucesorales.

Los hijos o hijas, sin distinción de su origen, respecto a su padre forman parte del primer orden sucesoral en la sucesión intestada, y excluyen a todos los herederos de los demás ordenes sucesorales y son legitimarios de la mitad del patrimonio de la herencia y no pueden ser privados de su legítima sino por indignidad o desheredamiento. Por otro lado, los descendientes, hijos o hijas, nietos, bisnietos, son los que reciben la cuarta de mejoras, según disponga el testador. Los hijos o hijas, si son menores de edad deben aceptar la herencia con beneficio de inventario por medio de sus representantes legales y no pueden repudiarla sin autorización judicial.

En la sucesión de los hijos o hijas, los padres forman parte del segundo orden sucesoral, en concurrencia con el cónyuge y heredan si su hijo o hija no tuvo descendencia. Son legitimarios en la sucesión de sus hijos o hijas, en la mitad del patrimonio de la herencia.

4.7. AUTOEVALUACIÓN



Para evaluar las competencias adquiridas con el estudio de la unidad cuarta de este módulo de filiación, realice su auto evaluación, a través del análisis de los siguientes casos y el desarrollo de los cuestionarios correspondientes a cada caso:

1) *Constanza tiene 13 años y asiste una escuela adyacente a su casa. Es muy buena alumna, pero muy rebelde y cuestiona a sus profesores con regularidad. En clase de matemáticas Constanza ha estado muy incisiva con su profesora, haciendo muchas preguntas; un día, casi al final de la clase, Constanza cree que la profesora se equivoca en un ejercicio y al corregirla, la profesora desesperada la grita y pone a Constanza adelante*



del salón con un cartel que dice que es muy necia y se equivocó y la deja parada todo el día en el salón de clase. La madre de Constanza entabla una acción con el fin de que se sancione a la profesora en el colegio y en este le dicen que Constanza fue grosera y que la profesora tiene razón y le quitan el cupo de la niña en el colegio. Ante esta situación, la madre entabla una acción de tutela. Se pregunta:

a) *¿Está legitimada en la causa la mamá de Constanza para iniciar la acción o debe iniciarla en forma conjunta con el padre? Explique su respuesta*

b) *¿Qué derecho delegado estaba ejerciendo la profesora?*

c) *Con base en qué normas y jurisprudencias dictaría su fallo?*

d) *¿Podría Constanza interponer la acción por sí misma?*

2) *Clara tiene 15 años y como es muy bonita la escogen para hacer de extra en la novela “La Hija del Mariachi”; sus padres dan la autorización para que Clara actúe, pero como Clara registra muy bien, le dan un papel pequeño que va a durar seis meses. Su madre Clara Inés está feliz con la noticia, además ella se ha encargado de administrar la plata de Clara pidiéndole constantes préstamos para mantener su estilo de vida, desde que se separó de Cristóbal su esposo. Cristóbal no está de acuerdo con que Clara actúe y niega el segundo permiso. Clara con la plata que recibe, adquiere una deuda con Los Coches para comprar una moto de regalo para su novio Pedro. Analice el caso y responda las siguientes cuestiones:*

a) *Por medio de qué procedimiento Cristóbal y Clara Inés solucionarían sus divergencias en relación con el permiso para que Clara siga actuando?*

b) *¿Qué acción puede ejercer Cristóbal para revisar y controlar los préstamos que hace Clara a su madre?*

c) *Puede Clara obligarse, como lo hizo para comprar la moto?*

d) *Si el dinero de la moto fuera producto de una donación recibida cambiaría el panorama? Explique su respuesta.*

Ae

3) Catalina y Fernando son compañeros permanentes; tienen 2 hijos o hijas extramatrimoniales reconocidos, un niño o niña de 15 años y una niña de 7 años. Están en una situación muy difícil y deciden robar un banco. Son atrapados en flagrancia y ambos ingresan a la cárcel y son condenados a 5 años de prisión. Realice un pequeño ensayo y analice que pasa con los hijos o hijas de Catalina y Fernando teniendo en cuenta lo estudiado.

4) Rodrigo tiene 12 años, su padre Juan usufructúa sus bienes, pues el menor es propietario de una finca, un carro y tres vacas. Juan regala la leche de las vacas y alquila la finca por 10 años con un canon muy por debajo del precio del mercado. Se pregunta:

- a) ¿El usufructo que tiene Juan puede ejercerlo individualmente, sin el concurso de La madre?
- b) ¿Es válido el usufructo de esta clase de bienes?
- c) ¿Pueden Rodrigo o su madre demandar a Juan por las faltas en que incurra Juan en el uso del usufructo?
- d) ¿Se extinguiría el usufructo por estos actos?

5) Alberto tiene tres hijos o hijas todos mayores de edad, su hija consentida es Luisa, la mayor, que tiene un leve retraso mental pero no se encuentra interdicta. Alberto hace un testamento donde deja a Luisa una casa de \$76 millones; a su otra hija Juana le deja una finca de \$12 millones y a su hijo o hija Nelson un lote de \$12 millones.

Realice un ensayo donde analice si este testamento está de acuerdo con las normas legales estudiadas y las opciones legales que tienen Nelson y Juana para remediar la situación.

4.8. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Para reforzar los contenidos de la unidad cuatro, del módulo de filiación, realice las siguientes actividades pedagógicas:

4.8.1. Diseñe un taller a través del cual desarrolle el siguiente caso que se presenta en su despacho y explique cuál sería el fundamento de su fallo.



Lucía y Manuel están casados, tienen una hija hermosa llamada Lupita; Lupita hereda de su abuelo paterno una finca en el año 2000; Manuel, el padre, transfiere la finca a la sociedad Pérez Galindo Sociedad en comandita, como aporte de Lupita en esta sociedad por ser ella socia comanditaria. Manuel es socio gestor principal y Lucía suplente. Lucía no está de acuerdo con este aporte de la finca a la sociedad, pero no se opone; la sociedad pierde mucho dinero y la finca se pierde, cuando ya Lucía no era parte de la sociedad en comandita por su divorcio de Manuel. Lucía inicia contra Manuel la acción de privación de la administración de los bienes de la hija y esta es repartida a su despacho.

4.8.2 *Elabore un mapa conceptual donde aparezcan los diferentes efectos de la filiación y sus divisiones.*

4.8.3 *Elabore un cuadro sinóptico sobre los derechos y obligaciones entre padres e hijos.*

4.9. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA



En relación con la temática de esta unidad cuatro del Modulo de Filiación encontramos la siguiente jurisprudencia relevante:

4.9.1 *Las jurisprudencias referidas a las facultades que tiene los padres de corregir o castigar los actos de sus hijos o hijas:*

1) *Sentencias de control de constitucionalidad:*

- *Sentencia C-371/94 del Mag. Ponente José Gregorio Hernández Galindo*

2) *Las tutelas:*

a) *Sentencia T-402/92;*

b) *Sentencia T-123/94;*

4.9.2 *Las jurisprudencias referidas a las facultades de administración de los bienes de los hijos o hijas y las protecciones que la ley civil y comercial establecen para proteger los bienes de menores de edad y otro tipo de incapaces:*

J

1) *Sentencias de control de constitucionalidad:*

- *Sentencia C-716/06 del Mag. Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra*

2) *Las tutelas:*

- *Sentencia T-115/07*

4.10. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

Para reforzar los contenidos de la cuarta unidad del modulo de filiación encontramos la siguiente bibliografía básica u obligatoria:

ABELIUK, Manasevich Rene "La Filiación y sus efectos" Tomo I. Editorial Jurídica de Chile 2003.

Estudia los Efectos de la filiación en el derecho Chileno

GÁLVIS, Ortiz Ligia. "Las niñas, los niños y los adolescentes titulares activos de derechos" Ediciones Aurora. Noviembre de 2006. Revisa el tema de la patria potestad desde la perspectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

MALAGÓN, Páez José y VIVEROS, Castellanos Enrique "Derecho de Familia". Editorial Legis. Bogotá. 2006.

En esta obra se pueden encontrar todas las leyes vigentes con respecto a los efectos de la filiación.

MONROY, Cabra Marco Gerardo "Derecho de Familia y Menores" Editorial Librería Ediciones El Profesional. Bogotá.

Esta obra aborda todas los efectos de filiación

NARANJO, Ochoa Fabio "Personas y Familia". Ediciones Librería Jurídica Sánchez 2006. Desarrolla en forma muy concisa todos los efectos de la filiación.

SUÁREZ, Franco Roberto. "Derecho de Familia Tomo II" "Filiación. Régimen de los incapaces. Editorial Temis. (Tercera Edición). Bogotá. 1999. Desarrolla en forma concisa todos los efectos de la filiación.

Bs

VALENCIA, Zea Arturo. "Derecho Civil Tomo I" "Parte General Personas". Editorial Temis. Bogotá. Trata los aspectos referentes al estado civil de las personas.

VALENCIA, Zea Arturo. "Derecho Civil Tomo II" "Derechos Reales". Editorial Temis. Bogotá. Estudia los términos generales del usufructo y los diferentes tipos de propiedad.

**Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda.
Diciembre de 2007**