

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN COLOMBIA, EVOLUCION HISTORICA,
NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

JORGE ERNESTO CAMARGO BECERRA

UNIVERSIDAD DE BOGOTA JORGE TADEO LOZANO
FACULTAD DE DERECHO
AREA CIVIL
BOGOTA D.C.
2005

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN COLOMBIA, EVOLUCION HISTORICA,
NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

JORGE ERNESTO CAMARGO BECERRA

Monografía para optar al título profesional en
DERECHO

Director
JOSE VICENTE ANGEL RESTREPO
ABOGADO

UNIVERSIDAD DE BOGOTA JORGE TADEO LOZANO
FACULTAD DE DERECHO
AREA CIVIL
BOGOTA D.C.
2005

CONTENIDO

	Pag.
<u>INTRODUCCION</u>	04
1. <u>RECUENTO HISTORICO.</u>	08
2. <u>CONCEPTOS GENERALES.</u>	14
2.1 <u>LA FILIACION.</u>	14
2.2 <u>EL RECONOCIMIENTO.</u>	16
2.3 <u>CITACION PARA EL RECONOCIMIENTO.</u>	16
2.4 <u>EL ADN: LA IDENTIFICACION DEFINITIVA?</u>	17
3. <u>LEY 57 DE 1887</u>	21
4. <u>LEY 45 DE 1936.</u>	23
5. <u>LEY 75 DE 1968.</u>	28
6. <u>LEY 29 DE 1982.</u>	36
7. <u>LEY 721 DE 2001.</u>	37
<u>JURISPRUDENCIAS.</u>	
8. <u>SENTENCIA C-109 DE 1995.</u>	41
8.1. <u>FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL SENTENCIA C-109 DE 1995.</u>	46
9. <u>SENTENCIA C.S.J. Exp: 5639. OCTUBRE DE 2000.</u>	49
10. <u>SENTENCIA No. C-243 DE 2001.</u>	54
11. <u>SENTENCIA C.S.J. Exp: 6188. DICIEMBRE DE 2002.</u>	72
12. <u>SENTENCIA No. 049 DE 2003.</u>	76
13. <u>SENTENCIA T-305 DE 2003.</u>	80
14. <u>SENTENCIA T-363 DE 2003.</u>	90
15. <u>SENTENCIA C.S.J. Exp: 7901. JULIO DE 2005.</u>	95
16. <u>CONCLUSIONES.</u>	99
17. <u>BIBLIOGRAFIA.</u>	105

INTRODUCCION

En Colombia, uno de los temas jurídicos que ha evolucionado bajo la atenta mirada de diferentes vertientes como las religiosas, morales, políticas y sociales, es el de la Filiación Extramatrimonial.

Este tema ha pasado de ser una especie de tabú socio-religioso desde finales del siglo XIX, hasta ser lo que es hoy en día en Colombia, uno de los aspectos del derecho de familia mas regulados normativa, jurisprudencial y doctrinalmente. Adicionalmente, en nuestro país se cuenta en esta materia con una serie de mecanismos científicos de ultima generación, que han hecho que nos encontremos a la vanguardia en pruebas genéticas a nivel occidental y en una muy respetable posición a nivel mundial.

En Colombia se ha pasado por diversas etapas referentes a este tema, las cuales van desde la inexistencia total de normatividad reguladora para los hijos extramatrimoniales, etapa que abarca desde la llegada de los colonizadores españoles a lo que es hoy en día Colombia, hasta finales del siglo XIX y en la que se observaba un pleno dominio de la Iglesia Católica desde todo punto de vista conceptual y de comportamiento, que se ve resaltada con una marcada falta de protección, abandono y rechazo hacia los hijos nacidos fuera del vinculo matrimonial, hasta la etapa actual, en la que encontramos un ambiente totalmente diferente frente a los hijos extramatrimoniales, quienes ahora se encuentran en igualdad de condiciones desde todo punto de vista en relación con los hijos concebidos y nacidos dentro de un matrimonio y tienen una serie de mecanismos que abarcan desde normas y sentencias que partiendo del propio concepto de Filiación, protegen sus derechos, hacen exigibles las obligaciones de sus padres y consagran medios probatorios eminentemente científicos con los que se determina con un certeza irrefutable quien puede ser^o su padre o madre.

Evidentemente, frente a una evolución de tal magnitud como la que menciono en las anteriores letras, resultaría difícil de asimilar como realidad palpable, la existencia en un alto número en nuestro país, de menores abandonados por sus padres, que en muchos de los casos no saben quienes son estos y que aunque parezca contradictorio frente a la completa fuente normativa, jurisprudencial y doctrinal con la que cuenta Colombia en materia de protección al hijo extramatrimonial, es muy probable que no lleguen a conocerlos ni ha poder exigir a los mismos, todo aquello a lo que tienen derecho como sus hijos.

Será entonces posible que nos encontremos frente a una situación en la que todo esta previsto en el papel y se presupone que funciona y se aplica cabalmente en la sociedad, cuando la realidad es otra?

Por tratarse de un documento concerniente al tema de la Filiación Extramatrimonial, en el desarrollo del presente, se citan textos y autores no solamente colombianos, sino también extranjeros, que constituyen fuentes indispensables en la materia.

De igual forma se observa lo estipulado en el Código Civil Colombiano en materia de Filiación, y en materia jurisprudencial se tiene en cuenta lo contenido en la Carta Política de nuestro país, respetando el principio de supralegalidad que la cobija y manteniéndola como marco de interpretación general. Se estudian a su vez, las leyes que han sido emitidas sobre este tema en Colombia y las jurisprudencias más representativas proferidas por las altas cortes, retomando así mismo, las doctrinas con mas importancia en la materia.

Son entonces sometidas a estudio las siguientes leyes y sentencias:

1. LEY 57 DE 1887.
2. LEY 45 DE 1936
3. LEY 75 DE 1968.

4. LEY 29 DE 1982.
5. LEY 721 DE 2001.
6. SENTENCIA NO. C-109 DE 1995.
7. SENTENCIA C.S.J. Exp: 5639. OCTUBRE DE 2000.
8. SENTENCIA No. C-243 DE 2001.
9. SENTENCIA C.S.J. Exp: 6188. DICIEMBRE 12 DE 2002.
10. SENTENCIA No. 049 DE 2003.
11. SENTENCIA T-305 DE 2003.
12. SENTENCIA T-363 DE 2003.
13. SENTENCIA C.S.J. Exp: 7901. JUNIO DE 2005

No obstante lo anterior y a pesar de que me mueven las mejores intenciones de crear un texto digno de la lectura y consulta de profesionales y estudiantes acérrimos del derecho de familia en Colombia, no podría aunque quisiera, referirme al presente, como la elaboración de un documento que contiene un análisis jurídico extenso y a profundidad de cada una de las leyes y sentencias proferidas en nuestro país sobre el tema de la filiación extramatrimonial, lo cual, solo puedo dejar a la voluntad de los doctrinantes y eruditos en el tema. Lo anterior, por cuanto como ya lo inferí, hacer un estudio de tan magnas características y virtudes, requeriría no solo en este, sino en cualquier ámbito jurídico, de conocimientos profundos para la elaboración de análisis legales y jurisprudenciales, estudios comparativos extensos, obtención de conclusiones y elaboración de afirmaciones finales, características que en la actualidad y por mi condición de estudiante que hasta ahora se encuentra optando al título de abogado, aun no poseo.

Con base en lo hasta ahora expuesto, me es posible afirmar que una de las intenciones del presente texto es la de realizar un recuento desde un punto de vista cronológico y normativo a las leyes y sentencias mas importantes y

representativas que sobre la Filiación Extramatrimonial se han desarrollado en Colombia, resaltando en ultimas su aporte en la materia, cuales disposiciones anteriores deroga o modifica y que tipo de avances en lo concerniente a procesos tecnológicos sobre el tema reconoce y legitima.

Finalmente, podemos destacar de la elaboración del presente documento, la característica de contener los aportes más importantes que en materia de Filiación Extramatrimonial se han dado en nuestro país por vía legal y jurisprudencial y su práctica consulta y entendimiento, ya que esta desarrollado con una metodología pedagógica y didáctica, que hacen del mismo, un texto de fácil comprensión y acceso a cualquier lector.

1. RECUENTO HISTORICO

Una situación que se ha presentado en todas las sociedades humanas desde sus propios inicios y que resulta igualmente actual en todos los países del mundo moderno, sin distinción de sistemas políticos, económicos, religiosos o estratificación social que estos tengan, es la existencia de personas nacidas de vínculos únicamente sexuales, los cuales a su vez pueden ser fruto de relaciones afectivas o sentimentales entre individuos de sexo opuesto y que concibieron a tales menores por fuera de una unión legalmente establecida, o como en muchos lamentables casos, fruto de relaciones sexuales llevadas a cabo contra el consentimiento de la pareja, siendo los casos de acceso carnal violento o violación.

Hasta no hace muchos años, en la mayoría de países del mundo, las consecuencias que en un alto porcentaje de los casos debían afrontar las personas por el hecho de haber sido concebidas y nacidas de las uniones mencionadas, eran las de ser negados y abandonados a su propia suerte por parte de sus padres biológicos, ser rechazados por las instituciones educativas religiosas de la sociedad, ser menospreciados y humillados por sectores sociales que los discriminaban por su condición, y en la mejor de las situaciones, contar con la suerte de tener una madre o en muy pocos casos, un padre que les acompañara desarrollando las obligaciones de tales, pero casi nunca, contar con la presencia de los dos padres en su entorno familiar.

En la época del matriarcado, de las comunidades indígenas y de la familia PUNALUA¹, la Filiación se establecía por vía materna. Posteriormente, en la época del matrimonio existiendo plena libertad sexual, no se establecía quien era el padre, siendo solamente importante quien era la madre de un menor.

¹ Designación familiar en la que los hombres tenían varias mujeres y a su vez las mujeres varios hombres.

Este fenómeno social se conocía como Ginecocracia. Transcurrido el periodo de la familia PUNALUA, se llegó al de la familia SINDIASMICA, en el que prevalecía la monogamia y el hombre sujetaba a la mujer a su potestad. Este sistema prevaleció en Inglaterra pues la monogamia servía para regular las relaciones sexuales de la pareja.²

Una vez surgida la monogamia, Francia e Inglaterra ven la necesidad de regular la filiación por vía paterna, debido a que en aquella época, varios Códigos prohibían la investigación de la Filiación Extramatrimonial.

En los mencionados países, surgió una seria problemática pues gran número de mujeres seducían a los nobles para hacerse embarazar de estos, ya que al no existir la aceptación de la filiación extramatrimonial, los hombres se veían obligados a casarse con las damas, con todas las ventajas socioeconómicas que para ellas conllevaba esto.

En el antiguo derecho, el hijo legítimo gozaba de un status familiae, mientras que el natural tenía un status filii y el ilegítimo no natural, solo tenía un derecho de alimentos restringidos frente a sus progenitores, si estos eran conocidos.

En Colombia, en cuanto a los derechos que deben otorgarse a los hijos extramatrimoniales en relación con sus padres, han existido tres etapas a saber:

- ❖ La del código civil y las leyes de 1887.
- ❖ La etapa inaugurada por la ley 45 de 1936 (con las modificaciones introducidas por la ley 75 de 1968).
- ❖ La etapa de la ley 29 de 1982, que fue elevada a precepto constitucional en el artículo 42 inciso 4 de la Carta política de 1991.

² PIETRO BONFANTE, Instituciones de derecho romano, trad. De L. Bacci y A. Larrosa, Madrid 1965.

En la primera etapa, iniciada por el Código Civil Colombiano, adoptado desde el Código de Cundinamarca, (Código de la Unión), que a su vez se fundamentó en el Código Civil Napoleónico de 1804 y con influencias del Código Civil Chileno de Andrés Bello, se trajo una diferencia entre sus artículos 317 y 52, pues el primero se refería al hijo natural mientras el segundo lo hacía sobre el hijo extramatrimonial, utilizando así dos diferentes acepciones para un mismo concepto.

Esta controversia fue zanjada posteriormente por la ley 57 de 1887 y el artículo 14 de la ley 153 del mismo año, pues se estipuló que la concepción de hijo natural se derogaba, quedando únicamente la de hijo extramatrimonial, lo cual se mantiene vigente hasta nuestros días, como se vera mas adelante en el desarrollo de este trabajo.

El Código Civil Colombiano clasificó en los artículos 51, 52 y 55 a los hijos en:

A. Legítimos.

Aquellos que fueron concebidos dentro de un matrimonio legalmente constituido.

B. Legitimados.

Aquellos que fueron concebidos fuera del matrimonio y cuyos padres posteriormente adquirieron nupcias, legalizando así su condición.

C. Legítimos Naturales.

- Hijos de dañado o punible ayuntamiento. conocidos como hijos bastardos o espurias.
- Adulterinos. Hijos de padres que al momento de la concepción estaban uno o ambos casados con personas diferentes.

- Incestuosos. Hijos de personas que tenían un vínculo de sangre o de parentesco en grado prohibido.
- Sacrílegos. Hijos de padres donde uno o ambos han efectuado votos de castidad.

Estos hijos eran los que menos Derechos tenían dentro de la sociedad Colombiana. No eran aceptados en ninguna Institución Educativa pues la educación era en aquel entonces ofrecida por las comunidades Jesuitas y para estos, los hijos Sacrílegos eran fruto del pecado.

- Hijos de Meretriz. Llamados también hijos de Manser. No eran clasificados por el Código de Cundinamarca pero por virtud del Derecho Canónico fueron llamados así. Estos corrían igual suerte que los Sacrílegos.

D. Hijos Propiamente Legítimos. Estos son hijos de personas que tenían libertad de contraer matrimonio al momento de la concepción, pero que no habían sido reconocidos después del matrimonio de sus padres.

Con la entrada en vigencia de la ley 153 de 1887, se encontraron repercusiones serias que en muchos eventos llegaban a ser nocivas para los hijos concebidos fuera del matrimonio, tal es el caso de la prohibición que se instauró, para que dichos hijos solo pudiesen investigar la filiación en el evento del rapto; además, con dicha normatividad se prohibió el reconocimiento de los hijos espureos.

Con el transcurso del tiempo y por la necesidad del Estado, de mejorar cada día las condiciones de los hijos que se concebían tanto por fuera como por dentro del matrimonio, se promulgaron leyes de gran trascendencia y que marcaron un hito importante en cuanto a lo concierne a filiación extramatrimonial en Colombia, tal es el caso de la ley 45 de 1936, en la que de una forma altruista se reivindica la dignidad de los hijos naturales. Con la entrada en vigencia de la citada ley, se dan importantes avances tales como la instauración de presunciones de paternidad en

eras de lograr invertir la prueba, en cuyo caso le corresponderá al padre desvirtuar dicha presunción, y de esta forma intentando proteger el interés supremo del menor, convirtiéndose posteriormente en norma de carácter constitucional contemplada en el artículo 44 de la carta política y de prevalencia sobre otro tipo de derechos.

Pero dicha evolución no se estanco allí, pues con la entrada en vigencia de la ley 75 de 1968, se ampliaron las presunciones de paternidad, se reguló la creación del instituto colombiano de bienestar familiar (I.C.B.F), centro dedicado a la protección del menor, tal y como se señala en debida forma dentro del decreto 2737 de 1989, a través del cual se crea el Código del Menor y en el cual se establecen avances de gran trascendencia en cuanto a lo que concierne a las funciones atribuidas al I.C.B.F. y a los funcionarios que lo integran.

Con la aparición de la norma precitada, la filiación extramatrimonial intenta dar un giro de gran importancia, al ampliar los mecanismos con los cuales contaba el menor procreado por fuera del vínculo matrimonial, en aras a establecer su verdadera filiación; mecanismos que hasta ese entonces eran verdaderamente pobres. En dicha norma, se logro establecer el procedimiento mediante el cual el menor podía intentar establecer su filiación, lo que resultó de gran utilidad para estos menores procreados por fuera del vínculo matrimonial.

Ahora bien, es verdaderamente importante rescatar la parte probatoria contenida en la norma, en donde se establecen pruebas antropoheredobilogicas en aras de investigar la filiación extramatrimonial de dichos hijos. Aspectos de gran trascendencia que fueron retomados por la ley 721 de 2001 llamada *ley de los genetistas*, en la que se añaden ingredientes muy importantes al proceso de investigación de la filiación, convirtiéndolo en un proceso especial el cual es de carácter preferente y sumario pero anotando que este tramite se aplicara solo para la hipótesis de hijo vivo y menor de edad y padre vivo, pues de no reunir estos requisitos el proceso será tramitado por vía ordinaria.

En cuanto a lo que a recaudo probatorio se trata, dicha ley incorporó y reguló la aplicación de las pruebas genéticas añadiendo que estas deberán ser practicadas en centros autorizados. Esta ley hace una regulación bastante importante de la práctica de la prueba genética generando bastantes controversias que han sido dirimidas mediante pronunciamientos muy acertados por parte de la corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, respecto de la forma en la cual se debe obtener esta prueba.

Es importante señalar que gran parte de la evolución que ha tenido el tema de la filiación extramatrimonial en Colombia a sido no solo a nivel normativo mediante la expedición de las leyes anteriormente citadas, sino también mediante los continuos pronunciamientos emitidos por las altas cortes de nuestro país, las cuales han tenido un papel importante en la evolución de este tema, creando de esta forma un excelente recaudo jurisprudencial, bastante enriquecedor y compuesto por decisiones que han dado proyección y alcance a las normas que regulan esta materia.

2. CONCEPTOS GENERALES

2.1. LA FILIACION

El concepto de filiación tiene origen en la expresión latina filius-ii, que quiere decir hijo. La filiación se entiende como "... el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia... El derecho de filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto el contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y la maternidad..."³

Además de la familia matrimonial, que nace del matrimonio, existe también la familia extramatrimonial que nace de la unión sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos. Tanto en las uniones matrimoniales como en las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplirse unos mismos fines, los cuales son la procreación de hijos, sustentación de estos, fidelidad mutua, obligaciones de socorro y ayuda, etc. La unión de un hombre con una mujer sin vínculo matrimonial se llama unión marital, (antes concubinato)⁴, el hombre y la mujer que la forman, compañeros permanentes y los hijos que nacen de tales uniones, se denominan hijos naturales.⁵

³ GARCÍA SARMIENTO, Eduardo, Elementos de Derecho de Familia, Editorial Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, pág. 67.

⁴ La palabra concubinato se deriva del latín Concubinatus, termino con el que se denominaba en el Derecho Romano a la unión entre personas de distinto sexo, para hacer vida común pero con efectos maritales.

⁵ PEDRO LAFONT P. Unión marital de hecho, Bogotá, 1992.

La unión marital supone una unión estable y no transitoria, aunque su duración no indica que los compañeros deban vivir necesariamente en este estado toda su vida⁶

En la civilización Romana, se consideraba al concubinato como un matrimonio de orden inferior y la comunidad de vida entre hombre y mujer era respetada. No obstante, la mujer no compartía jurídicamente el rango y posición social del marido.

Esta concepción del derecho romano cambio fundamentalmente con el surgimiento del cristianismo, ya que para este, el concubinato es apenas un hecho inmoral y censurable. Además, el derecho canónico lo considera solo como la unión de hombres y mujeres solteros, es decir, de personas que libremente pueden casarse.

Al lado de la sociedad conyugal, otro de los círculos que integran la familia es la sociedad o relación paterno – filial, que se da entre padres e hijos.

En el Código Civil Español, se establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, la primera puede ser matrimonial y no matrimonial, no obstante, todas surten los mismos efectos jurídicos frente a los hijos.

El estatus Fili implica el derecho en cabeza de los hijos a los apellidos de sus padres, a los alimentos y a la patria potestad, la cual se ejerce por los padres.

De acuerdo con la concepción de MARCEL PLANIOL y RIPERT⁷, la filiación es la conexión o vínculo de sangre entre padre o madre y el hijo, siendo esta paterna o materna según sea el caso.

⁶ El derecho romano siempre considero que el concubinato debía ser estable, continuo y de larga duración, no obstante, no puede exigirse una permanente estabilidad en el concubinato, dadas las circunstancias sociales actuales.

⁷ Cons. En RIPERT Y BOULANGER (Según Tratado de PLANIOL).

2.2. EL RECONOCIMIENTO

Según el Doctor Roberto Suarez, en su obra “La Filiación “, el reconocimiento es el acto jurídico mediante el cual los padres o el juez, declaran la filiación de un ser.

En el Código de la Federación se permitía el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales por tres vías⁸:

- 1- Firmando el acta de registro civil de nacimiento del menor.
- 2- Por escritura publica.
- 3- Por testamento.

2.3. CITACION PARA EL RECONOCIMIENTO

Para que operara el reconocimiento, se citaba ante autoridad Judicial a los padres para que manifestaran si eran o no padre o madre del menor o los menores y si luego de ser citados dos veces no comparecían, se les declaraba padres., esto resultaba igual que en la legislación española⁹.

Los jueces citaban a los presuntos padres por solicitud del hijo mayor de edad o por uno de los padres del mismo o por solicitud de quienes estaban a cargo de la guarda, custodia o manutención del presunto hijo.

En vigencia del Código de la Unión de 1804, los hijos extramatrimoniales tenían derecho a heredar 1/5 parte del total de la herencia.

⁸ BIBLIOTECA ACTUALIDAD JURIDICA, Derecho de Familia 1991.

⁹ JAIME DE CASTRO GARCIA, La investigación de la paternidad, Madrid, Codex, 1992.

Todos los tipos de hijos naturales podían investigar la filiación natural solo por dos causales:

El concubinato. Artículo 328. “Vestigio histórico de presunción de paternidad. Para que exista concubinato se exige la existencia de comunidad de vida”.

El Rapto o violación. Considerado en esa época como la seducción a menor de edad.

En 1873 los pocos Derechos que tenían los hijos extramatrimoniales se extinguieron, pudiéndose investigar solamente la filiación natural por una sola causal, el RAPTO. Quedo entonces derogada así la presunción de paternidad por concubinato.

En el mismo Código, fue planteada la opción de cambiar el concepto de hijos ilegítimos por el de extramatrimoniales.

Se estableció de igual forma que los hijos extramatrimoniales no podían heredar y como término de caducidad para investigar la filiación de una persona quedo el de 10 años.

EL ADN: LA IDENTIFICACION DEFINITIVA?

Desde los inicios de la ciencia forense, las personas dedicadas a desenmascarar a los delincuentes han soñado con un elemento de identificación universal, un atributo totalmente único en cada persona que fuese difícil o incluso imposible de ocultar.

Por su parte, en los inicios del Derecho de familia e inclusive, hasta hace relativamente muy poco, en aras de establecer o impugnar la paternidad o

maternidad sobre un menor, en los procesos de tal naturaleza, las pruebas que se tenían en cuenta no ofrecían un alto nivel de confiabilidad.

La Ley 75 de 1968 consagró la posibilidad de practicar una prueba biológica denominada prueba antropoheredobiologica. Con el tiempo, esta prueba fue reducida a la de grupo sanguíneo, resultando perjudicial, pues esta es una prueba pluricompreensiva que tiene por finalidad la de encontrar características hereditarias paralelas entre el padre y el hijo. A su vez, las pruebas biológicas se dividen en medicas, genéticas, antropomorfológicas, de kühne y pruebas de grupos sanguíneos. Cada una de estas es descrita mas adelante en el recuento que en el presente trabajo se realiza sobre la ley 75 de 1968.

En el año 2001, se expidió la Ley 721, la cual trajo al entorno del Derecho de familia en nuestro país, unos adelantos significativos en materia de prácticas científicas para la determinación de la paternidad o maternidad.

La ley 721 de 2001, como se ve en el recuento que sobre la misma se realiza en posteriores paginas, modifica en su contenido aspectos reseñados por la ley 75 de 1968. Ordena por ejemplo, que en todos los procesos en los que se busque establecer la paternidad o maternidad, el juez de oficio debe ordenar la practica de los exámenes científicamente acreditados del 99.9%. Posteriormente, la Corte Constitucional estableció que el índice verdadero de probabilidad debe ser del 99.99% y no solo del 99.9%.

Esta norma estipuló que mientras los desarrollos científicos no ofrecieran mejores posibilidades, se debería realizar el examen de ADN, con lo cual abrió las puertas a dicha prueba para consagrarse como una de las mas confiables, por no decir la mas confiable en la actualidad.

Pero ahora bien, que es el ADN?

En 1953, los doctores JAMES WATSON y FRANCIS CRICK, descubrieron la estructura del ADN y crearon el modelo de una parte de la hélice del mismo. Por esto, se hicieron acreedores al premio Nobel de medicina junto con MAURICE WILKINS, especialista en cristalografía de rayos X.

El autor del libro “40 Casos Criminales y Como Consiguieron Resolverse”, DAVID OWEN, explica que cada ser humano esta compuesto de un gran número de células vivas de diferente tipo. En el núcleo de cada célula hay una cinta con información codificada en forma de una larga molécula de ácido desoxirribonucleico (ADN), que contiene el mapa genético de cada persona.

Como este mapa es único, la información codificada es tan personal como un perfecto juego de huellas dactilares, con la gran ventaja añadida para los peritos forenses, de que esta información es prácticamente indeleble.

Cada molécula de ADN, es en realidad, un polímero o una larga cadena molecular compuesta de secuencias repetidas llamadas nucleótidos. Cada nucleótido se compone de una molécula de azúcar combinada con otra que contiene fósforo y otra que contiene nitrógeno. La molécula completa de ADN consta de millones de esos nucleótidos, dispuestos por parejas en dos largas cadenas o cuerdas enrolladas en espiral o hélice dentro del núcleo de la célula.

La cantidad de información contenida en estos códigos es enorme. Cada célula humana comprende una cadena con 23 pares de cromosomas, cada una con casi cien mil genes y cadenas de ADN compuestas de cien millones de pares bases. Por consiguiente, el código genético humano completo, incluye unos 3.000 millones de pares de bases, que controlan todo, desde la estatura hasta el color del pelo y de los ojos.

Como cada recién nacido hereda la mitad de los cromosomas, con el ADN correspondiente, del padre y la otra mitad de la madre, el código genético del ADN de un niño ha de corresponder exactamente con el equivalente de uno de sus progenitores. El ADN de hijos diferentes de una misma pareja tiene la misma

relación con el ADN de los padres. Lo anterior permite identificar muestras de ADN de una persona. Incluso es posible reconstruir la “huella genética” del ADN de un padre desaparecido gracias a la de la madre y a la de su hijo.

Esta investigación a través de las generaciones, o de los siglos, es posible gracias a la extraordinaria duración del ADN. Los investigadores han podido extraer material con ADN de huesos de cuerpos incinerados hace mucho tiempo para intentar destruir su identidad, incluso de momias de los faraones egipcios de miles de años de antigüedad.

Para establecer la huella genética de un individuo, se coloca una hoja de nailon con los fragmentos de ADN en una película sensible a los rayos X. Un indicador genético radioactivo debe entonces unirse a los fragmentos contenidos en la secuencia codificada estudiada y esto afecta a la película en los puntos donde aparecen. Una vez revelada, la placa resultante muestra la posición de los fragmentos de ADN instalados en los indicadores radioactivos. Aparecen en una serie de barras muy parecidas a los códigos de barras empleados para identificar los artículos en los supermercados. De la misma manera que la combinación de barras gruesas y finas identifican un producto en el código de barras, las muestras de ADN indican las secuencias codificadas en unas combinaciones únicas para cada individuo, proporcionando así una “huella dactilar” genética. El dibujo de esta “huella” es siempre diferente, salvo en los casos de gemelos o de otros partos múltiples idénticos.

En la actualidad, en Colombia contamos con las siguientes técnicas para medir marcadores genéticos:

1. Técnica del STR.
2. Técnica de Microarrays.
3. Técnica de Poliglotismo de un solo gameto o de un solo nucleotido.

3. LEY 57 DE 1887

La ley 57 de 1887 toma el Código civil de la Unión y se convierte en el Código Civil Colombiano.

Establece Causales de impugnación del reconocimiento y les da definición a los hijos adulterinos e incestuosos.

La presente norma sufrió derogaciones en gran parte de sus aportes con la entrada en vigencia de la ley 45 de 1936, razón por la cual es de gran importancia a la hora del estudio de la Ley 57 de 1887, conocer tales modificaciones.

Los puntos que fueron derogados de la Ley 57 de 1887, son expuestos en el recuento que se elabora sobre la ley 45 de 1936 en este documento, en posteriores paginas.

Dentro de los aportes más predominantes que presento la ley 57 de 1887 en materia de filiación extramatrimonial en Colombia encontramos los siguientes:

De los Requisitos para considerar a un menor hijo natural.

Con la ley 57 de 1887, se requería que los padres del mismo al momento de la concepción de este, tuvieran libertad para contraer matrimonio, ya que sin esta libertad en cabeza de los padres, tales hijos no eran considerados como naturales, sino según el caso, serian adulterinos, incestuosos, sacrílegos, etc., trayendo para ellos las consecuencias jurídicas anteriormente expuestas.

Del Reconocimiento.

Con esta Ley, los hijos podían ser reconocidos por solo tres vías a saber:

1. Mediante escritura publica.
2. Mediante testamento.
3. Firmando el acta de registro civil de nacimiento del menor.

Tres años después, con la ley 95 de 1890, se estableció que se presumía el reconocimiento de un menor por parte de la madre, con el solo hecho del parto.

En materia sucesoral.

Recordando que toda herencia se divide en 4 partes iguales, de las cuales dos partes corresponden a $\frac{1}{4}$ de mejoras y $\frac{1}{4}$ de libre disposición, con la ley 57 de 1887 los hijos naturales no podían tener acceso a la $\frac{1}{4}$ de mejoras. Esta era única y exclusivamente para los descendientes legítimos.

De los Alimentos.

Respecto a este tema, la ley en estudio disponía que la regla general fuera que los hijos naturales solo tenían derecho a los alimentos necesarios.

De la Caducidad para la investigación.

Por la ley 57 de 1887, la caducidad para investigar la filiación de la paternidad por cualquier persona, estaba fijada en 10 años.

De las Presunciones.

En la ley 57 de 1887, las presunciones en virtud de las cuales un hijo era de alguien, eran las siguientes:

- 1- El concubinato.

- 2- El rapto o violación.
- 3- La seducción a menor de edad.

Posteriormente, el concubinato y la violación quedaron suspendidos como presunción, quedando únicamente el rapto y la seducción de menor de edad.

4. LEY 45 DE 1936

Esta ley derogó gran parte de los conceptos dispuestos por la ley 57 de 1887, beneficiando con esto la situación jurídica de los hijos extramatrimoniales en su momento.

De los Requisitos para considerar a un menor hijo natural.

Teníamos que con la ley 57 de 1887, se requería que los padres de menor, al momento de la concepción de este, tuvieran libertad para contraer matrimonio, ya que sin esta libertad en cabeza de los padres, tales hijos no eran considerados como naturales, sino según el caso, serían adulterinos, incestuosos, sacrílegos, etc., trayendo para ellos las consecuencias jurídicas anteriormente expuestas.

En esta misma materia, la ley 45 del 36 estipuló que los hijos naturales son aquellos hijos cuyos padres al momento de la concepción no estaban casados entre sí, concepto que aun hoy en día se mantiene vigente y con el cual se eliminó el requisito que debían cumplir los padres de ser libres para contraer matrimonio al momento de la concepción y cobijó por consiguiente bajo el mismo nombre de hijos naturales a los adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Hoy en día, todos los hijos de padres no casados al momento de la concepción son naturales si y solo si cumplen un único requisito y este es que hayan sido reconocidos.

Del Reconocimiento.

Antes de la ley 45 del 36, con la ley 95 de 1890, se establecía que se presumía el reconocimiento de un menor por parte de la madre, con el solo hecho del parto.

En esta misma materia, la ley 45 del 36 estableció respecto de la mujer soltera o viuda, que un menor era hijo natural de la misma, por el solo hecho del parto, pero no se considero que por el hecho del parto se sobreentendiera el reconocimiento de la mujer frente al menor, pues se estableció que el reconocimiento al ser un negocio jurídico, no puede ser presumido sino que debe ser manifestado voluntariamente. El legislador suprimió entonces esa presunción de reconocimiento prevista en la ley 95 de 1890, pero la sustituyo por una expresión mas amplia, en la que simplemente se dice que el hijo de mujer soltera o viuda es hijo natural.

Por otra parte, en materia de reconocimiento, antes de la ley 45 del 36, en el Código civil los hijos podían ser reconocidos por solo tres vías a saber:

4. Mediante escritura publica.
5. Mediante testamento.
6. Firmando el acta de registro civil de nacimiento del menor.

Con la ley 45 de 1936, se adiciono una forma de reconocimiento para todos los hijos, esta fue

7. La manifestación expresa de reconocimiento hecha ante juez.

En materia sucesoral.

Antes de la ley 45 de 1936, los hijos naturales no podían tener acceso a la $\frac{1}{4}$ de mejoras. Esta era única y exclusivamente para los descendientes legítimos.

En este tema, la ley 45 de 1936 dispuso que los hijos naturales tenían derecho a heredar el 50% en el primer orden de lo que heredaba un hijo legítimo y podían además ser titulares de la $\frac{1}{4}$ de mejoras. Lo concerniente a que solo podía heredar el 50% de lo que heredaba un hijo legítimo fue modificado posteriormente como veremos mas adelante.

De los Alimentos.

Respecto a este tema, antes de la ley 45 de 1936, la regla general era que los hijos naturales solo tenían derecho a los alimentos necesarios. La mencionada ley reconoció a los hijos naturales el derecho a acceder también a los alimentos congruos, es decir, a los que requiere toda persona para vivir de acuerdo con su condición social.

De la Caducidad para la investigación.

La ley 45 de 1936 elimino la caducidad para investigar la filiación de la paternidad por cualquier persona, la cual estaba fijada en 10 años.

De las Presunciones.

En la ley 57 de 1887, las presunciones en virtud de las cuales un hijo era de alguien, eran las siguientes:

- 1- El concubinato.
- 1- El rapto o violación.

2- La seducción a menor de edad.

Posteriormente, el concubinato y la violación quedaron suspendidos como presunción, quedando únicamente el rapto y la seducción de menor de edad.

En este mismo tema, la ley 45 de 1936, estipulo que como presunciones estarían las siguientes:

1. El rapto o violación. En este caso, se requiere que el nacimiento del ser humano haya sido fruto de las relaciones sexuales habidas entre el raptor o violentador y la mujer raptada o violentada ¹⁰.
2. La seducción. Sin distinguir si era hecha a menor o mayor de edad, manteniendo el requisito de que haya sido por abuso de autoridad o promesa de matrimonio que constara por escrito (en Colombia nunca se llevo a declarar una paternidad con fundamento en esta presunción).
3. Por escrito que contenga una manifestación inequívoca de paternidad. Frente a lo cual podemos encontrar desde una carta, tarjetas de Navidad o hasta una servilleta en donde por puño y letra de la persona se manifestara que se era padre o madre de alguien.
4. Por relaciones sexuales notorias y estables. En esta materia, cabe anotar que las relaciones sexuales extramatrimoniales nunca han sido mal vistas por la legislación colombiana y por el contrario, estas han sido tomadas como muestras de hombría desde una perspectiva machista, hasta el punto que las relaciones sexuales extramatrimoniales del hombre no eran consideradas como causal de divorcio mientras las de la mujer si, razón por la cual las causales de divorcio eran el concubinato del marido y las relaciones sexuales extramatrimoniales de la mujer.

¹⁰ Desde el punto de vista del Derecho Civil, solo es necesario que se compruebe el rapto o la violencia, pues no importa que tales ilícitos alcancen o no a ser sancionados por la ley penal, ni que la acción penal haya prescrito.

La presunción de la paternidad se fundamenta en el hecho según el cual la mujer casada no tiene relaciones sexuales con hombre diferente a su marido, pues de llegar a hacerlo, en principio no se sabría quien es el padre de un menor si esta llega a quedar en embarazo.

Debido a que en efecto, el adulterio por parte de la mujer casada es una realidad, el legislador tuvo que crear la impugnación de la paternidad legítima.

No obstante la presencia de relaciones sexuales notorias y estables, el legislador estableció que el juez no podía proceder a declarar la paternidad si se llegaba a demostrar :

- a- La imposibilidad física absoluta por parte del hombre para acceder carnalmente a la mujer, sea el caso de una mujer que quedo en embarazo mientras el hombre estaba en otra ciudad o país o cuando el hombre esta imposibilitado físicamente para sostener relaciones sexuales por cualquier causa comprobada.
- b- Que la mujer haya sostenido relaciones sexuales con otro hombre por la época de la concepción. A esta excepción se le denomina EXCEPTIO PLURIMUM CONSTUPLATURUM o EXCEPTIO PLURIMUM CONCUBENTIUM, en cuyo caso, a pesar que el demandado confiese haber sostenido relaciones sexuales con la mujer, no se puede declarar la paternidad por parte del juez si se demuestra lo mencionado.

5. Por posesión notoria. Frente a esto, debemos definir la posesión notoria según el artículo 762 del Código Civil, como el animo de comportarse como dueño de una cosa, sin reconocer dominio ajeno. Este concepto aplicado al tema que nos atañe, se refiere al hecho de comportarse como padre de una persona y revelarlo mediante hechos externos, como por ejemplo alimentarlo, vestirlo, educarlo, reprenderlo, entretenerlo etc.

El legislador estableció entonces en ese momento, que si una persona tenía los comportamientos arriba descritos para con otra por un término igual o superior a 10 años, operaba la presunción de paternidad. Hoy en día ese término está reducido a solo 5 años.

El artículo 6 de la ley 45 del 36 estableció que la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, colaborando con su subsistencia, educación y establecimiento y que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre en virtud de aquel tratamiento.

De acuerdo con el C.C, la posesión notoria se demuestra mediante hechos irrefragables e incontrovertibles, generalmente dados a conocer en un proceso por testimonios.

5. LEY 75 DE 1968

Para el estudio completo de esta norma, es necesario aclarar que varios de sus conceptos y aportes de la misma fueron posteriormente modificados con la entrada en vigencia de la ley 721 de 2001, de la cual haremos un recuento más adelante. Por lo anterior, el estudio de la ley 75 de 1968 debe hacerse en forma comparativa con la ley 721 de 2001 por parte del lector del presente documento.

Como vimos anteriormente, con la entrada en vigencia de la ley 45 de 1936, en su artículo segundo, para el reconocimiento de la paternidad, se establecieron cuatro posibilidades. En esta materia, la ley 75 de 1968 dejó las mismas posibilidades sin hacer modificación alguna.

Como se puede observar en su artículo primero, la ley 75 del 68 trae como definición del concepto de hijo natural, la misma del artículo primero de la ley 45 del 36.

En materia de reconocimiento, la ley 75 de 1968 afirma que este no crea derechos a favor de quien lo hace, sino solo cuando ha sido notificado y aceptado de la siguiente manera:

- 1- Notificación: En el caso del reconocimiento de hijo extramatrimonial, este debe hacerse con sujeción al artículo 240 del C.C, el cual estipula que el instrumento publico en el que se efectúa el reconocimiento, debe notificarse a la persona que se trate de reconocer; y si esta vive bajo la potestad marital (concepto que fue luego derogado por el Decreto 2820 del 74), o es de aquellas que necesita tutor o curador para la administración de sus bienes, la notificación se hará a su marido o a su tutor o curador general o en defecto de este a un curador especial.
- 2- Impugnación de la notificación: El artículo 4 de la ley 75 de 1968, afirma que el reconocimiento debe ser notificado e impugnado en los mismos términos y formas de la ficción legal de la legitimación. Por esto, el artículo 243 del C.C, establece la impugnación, aceptación y repudio en los siguientes términos:

La persona que acepte o repudie tal reconocimiento, deberá hacerlo por instrumento publico también; dentro de los 90 días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta, a menos de demostrarse que estuvo imposibilitado para hacer la declaración en tiempo hábil.

- 3- Impugnación del reconocimiento: Esta solo puede efectuarse por las personas, en los términos y por las causas indicadas en el artículo 248 y 335 del C.C., donde el artículo 248 cuando trata el tema de causales de

impugnación, establece que la legitimación o en este caso el reconocimiento, pueden impugnarse por las siguientes causas:

- a. Que el reconocido o legitimado, no haya podido tener por padre a quien efectúa el reconocimiento.
- b. Que el reconocido o legitimado, no haya podido tener por madre a quien hace el reconocimiento, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18 de la maternidad disputada.¹¹

Según el artículo 335 del C.C., La maternidad puede ser impugnada por:

- ❖ El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo.
- ❖ Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirle a el o a sus descendientes legítimos los derechos de la familia en la suya.
- ❖ La verdadera madre, para exigir alimentos a su hijo.

Las personas designadas en los numerales 1 y 3, del artículo 335 del C.C., tendrán oportunidad para impugnar la maternidad hasta 10 años después de la fecha del parto.

Por otra parte, por vía jurisprudencial, la C.S.J., en reiterada jurisprudencia, ha establecido que las personas designadas en el numeral segundo, pueden impugnar la maternidad en cualquier tiempo.

Ahora bien, el mismo artículo 336 del C.C., amplía la oportunidad para impugnar la maternidad así:

En el caso de salir inopinadamente a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir o revivir la acción anterior por un bienio (2 años) contados a partir de la revelación justificada del hecho.

Lo anterior se puede explicar de la siguiente manera:

Si pasados diez años, surge nuevamente un hecho que demuestra que una mujer no puede ser la madre de una persona (una prueba de sangre o una noticia reveladora), esa supuesta madre tiene dos años desde el conocimiento de ese hecho, para impugnar tal maternidad.

En el inciso final del artículo 248 del C.C., se sostiene que no pueden ser oídos contra el reconocimiento, sino los que prueban un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes. En este caso, los primeros en 60 días contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación o el reconocimiento y los segundos en los 300 días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

La sentencia C-310 del 31 de marzo de 2004, de la Corte Constitucional, disminuyó el termino de 300 días a solo 60, equiparándolo con el de los que prueban interés actual en impugnar el reconocimiento o legitimación.

En ese mencionado inciso, se explica que la impugnación puede ser efectuada por solo dos tipos de personas:

2. Los que prueben un interés actual en la impugnación. Estos pueden efectuar la impugnación dentro de los 60 días subsiguientes al momento que conocieron de la legitimación o reconocimiento.

¹¹ Artículo 335 C.C. , La maternidad es el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que se pasa por suyo. Esta puede ser impugnada si se prueba falso parto o suplantación (falsa identidad) del pretendido hijo al verdadero.

Ejemplo: Andrés es deudor de Carlos y Andrés realiza el reconocimiento de un menor que puede que no sea su hijo, obligándose para con el a darle alimentos y todo lo que este acto conlleva. Entonces Carlos tiene 60 días desde que supo de este acto por parte de Andrés, para impugnar tal acto.

3. Los ascendientes legítimos del padre o madre que efectúa el reconocimiento. Estos también tienen 60 días para impugnar el reconocimiento o la legitimación desde el momento en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

En cuanto a las presunciones de paternidad contempladas en la ley 45 del 36, están quedaron igual en la ley en estudio.

En la ley 75 del 68 se consagró la posibilidad de practicar una prueba biológica en su artículo séptimo. La prueba se denominó la prueba antropoheredobiológica. Con el tiempo esta prueba fue reducida a la de grupo sanguíneo, lo cual resulta perjudicial, pues esta es una prueba pluricompreensiva. La finalidad es encontrar características hereditarias paralelas entre el padre y el hijo. Dentro de esta prueba quedan comprendidas todas las demás.

Las pruebas biológicas se dividen en:

A. MEDICAS.

Buscan establecer de manera directa si una persona puede engendrar (hombre) y concebir (mujer) La técnica mas empleada en estos casos es el espermatograma.

También se denominan pruebas Andrológicas para el hombre y ginecológicas para la mujer.

B. GENÉTICAS.

Su función es establecer si una persona proviene o no de otra, si heredó las características genéticas de sus procreadores.

C. ANTROPOMORFOLOGICAS.

Buscan confrontar o comparar de manera directa las características externas de una persona con las de sus posibles progenitores.

D. KLUHNE.

Su propósito es estudiar la columna vertebral de las personas, la cual se compone por siete vértebras cervicales, doce dorsales, cinco lumbares, cinco sacras y de tres a cinco coxígenas. En este examen se determina la reducción de la columna a seis cervicales, lo cual se denomina reducción craneana, en cuyo caso esta característica principalísima, es la que debe ser transmitida en forma dominante del padre al hijo.

Por el contrario, el aumento caudal se determina en la medida en que la última vértebra cervical se convierte en vértebra dorsal, característica que determina la paternidad. En resumidas cuentas, este examen sirve para comparar la columna vertebral del padre frente a la del hijo.

E. PRUEBA DE GRUPOS SANGUÍNEOS.

No se le puede confundir con la prueba de HLA, también llamada prueba de antígenos humanos leucocitarios, practicada sobre glóbulos blancos. Por su parte, la prueba de grupos sanguíneos, se realiza sobre glóbulos rojos, en relación a la clase de sangre que tiene cada una de las personas estudiándose simplemente la superficie celular de glóbulos rojos aglutinados y coagulados.

Otro aspecto que contempla la ley 75 de 1968 es el relacionado con el establecimiento del proceso “especial” para la investigación e impugnación de la

paternidad. Tal proceso solo puede adelantarse en caso de que exista la siguiente hipótesis:

Padre vivo - Hijo vivo e Hijo menor de edad.

Si no se cumplen estos tres requisitos, el procedimiento para investigar e impugnar la paternidad, se tramita por proceso ordinario.

El trámite del proceso especial, consiste en que presentada la demanda por quien tenga derecho a hacerlo, se le notifica personalmente al demandado o demandada quienes disponen de 8 días hábiles para contestarla. En la notificación debe advertirse sobre los efectos que produce la negativa a comparecer a la práctica de la prueba de ADN.

Con el auto admisório de la demanda, el juez de conocimiento, ordena la práctica de las pruebas dentro de los 10 días siguientes a dicho auto. Pasados los 10 días, el expediente queda por 13 días en despacho para que las partes presenten los alegatos que consideren pertinentes y cumplidos estos 13 días, el juez tiene 5 días para dictar sentencia.

Son estos cortos términos de tiempo, los que convierten a este proceso en especial.

En cuanto a la negativa a comparecer a la práctica de la prueba, se han establecido mecanismos tales como las multas, sanciones y otros. Y esta no comparecencia se tenía en cuenta con esta Ley, como indicio grave en contra de quien se negara a practicarse dicha prueba.

Anteriormente, la no comparecencia a la práctica de la prueba de ADN, se tenía como confesión ficta de paternidad, pero la Corte Constitucional en Jurisprudencias reiteradas, estableció que las personas no podían ser obligadas a

realizarse dicha prueba pues se vulnerarían dos derechos fundamentales y un principio legal. Estos son:

1. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.
2. Derecho a la intimidad.
3. Principio de la no auto incriminación.

Dicho lo anterior, se estableció con la presente Ley, que la demanda no solo debía fundarse en la prueba genética, sino también debería ir acompañada de otras pruebas como las consagradas en el artículo sexto de la ley 75 del 68 o de presunciones de paternidad o maternidad.

No obstante, en la Sentencia 7901 del 28 de Junio de 2005, la cual se observara mas adelante, la Corte Suprema de Justicia derogó lo anteriormente expuesto en cuanto a la no obligatoriedad de realizar la prueba Genética en los procesos de filiación, afirmando que, si el demandado en un proceso de filiación, se niega a practicarse la prueba de ADN y el juez de conocimiento adopta una actitud pasiva al respecto, se configura un vicio de nulidad procesal, obligando con esto a la parte demandada a la realización de dicha prueba, so pena inclusive de sanciones disciplinarias en caso de negarse a practicárselas.

En su artículo 15, la Ley 75 del 68 afirma que cualquier momento en el que se produzca el reconocimiento y luego conforme al artículo 1° de esta misma Ley, el juez dará aviso del hecho al correspondiente funcionario, del estado civil, para que se extienda, se complemente o se corrija la partida de nacimiento y una vez vencido el término para el traslado de las pruebas, se debe surtir nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes en la que las partes puedan hacer el resumen de sus pretensiones y argumentos, para que luego de esto y dentro de los ocho (8) días siguientes, el juez proceda a dictar sentencia.

Por medio del artículo 19, la Ley 75 de 1968, reformo el artículo 13 de la Ley 45 del 36, en cuanto a lo concerniente a la patria potestad, pues definió a la misma como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”. Adicionalmente, el Decreto 2820 de 1974, en su artículo 70, sostiene que los hijos no emancipados son hijos de familia y el padre o madre con relación a ellos, es padre o madre de familia.

Para ampliar lo afirmado en el párrafo anterior, cabe aclarar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., empezó a ser regulado por la ley 75 del 68, consagrando que a dicha entidad le corresponde el cuidado de los menores no colocados bajo patria potestad o guarda, dejándolos bajo la atención inmediata de las personas o establecimientos mejor indicados para ello. El I.C.B.F también vigila que quienes ejercen la patria potestad o guarda, cumplan con los cuidados para los menores y coopera para escoger a las personas o establecimientos a cuyo cuidado inmediato haya de estar un menor, si sus padres o guardas se llegaran a encontrar en absoluta imposibilidad de hacerlo.

6. LEY 29 DE 1982

Por medio de esta Ley, se le otorgó igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y de igual forma se hicieron los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.

La norma en cuestión, en su artículo primero, adicionó al artículo 250 del Código Civil un inciso en virtud del cual equiparó en derechos y obligaciones a los hijos extramatrimoniales y adoptivos con los legítimos.

De igual forma, en su artículo cuarto, afirmó que los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y reciben entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal, modificando con esto, el artículo 1045 del C.C.

Así mismo, con su artículo séptimo, modificó al artículo 1050 del C.C, al estipular que la sucesión del hijo extramatrimonial se rige por las mismas reglas que la del causante legítimo.

Por ultimo, en su artículo noveno, la presente norma modificó al artículo 1240 de nuestro Código Civil, pues incluyó en su numeral primero, a los hijos adoptivos y extramatrimoniales dentro de la lista de Legitimarios, lugar que solo estaba ocupado por los hijos legítimos hasta ese momento.

Con lo anterior, podemos concluir que el gran aporte que hizo esta ley al derecho de familia en nuestro país y por ende a la impartición de justicia y equidad en el mismo, fue el hecho de acabar con la distinción y diferenciación por demás injustas, que hasta el momento existía en cuanto a derechos y obligaciones se refiere, entre hijos legítimos, adoptivos y en lo que nos atañe en el presente trabajo, hijos extramatrimoniales.

A buena hora, aunque después de tantos años, realmente un poco tarde.

7. LEY 721 DE 2001

Esta ley, trajo al entorno del Derecho de familia en nuestro país, unos adelantos significativos en materia de prácticas científicas para la determinación de la paternidad o maternidad.

El contenido de la Ley, desde el inicio de la lectura de su articulado, se observa encaminado a un ambiente científico y metodológico, aspecto que deja en claro la participación directa de conocedores de la ciencia medica en su elaboración, mas que del derecho mismo. Por lo anterior, esta ley se conoce en el ámbito jurídico del Derecho de Familia en Colombia, como “la ley de los Genetistas”.

La ley 721 de 2001, modifica en su contenido aspectos reseñados por la ley 75 de 1968 en su artículo primero. Por ejemplo, la ley 721 de 2001, afirma que en todos los procesos en los que se busque establecer la paternidad o maternidad, el juez de oficio debe ordenar la practica de los exámenes científicamente acreditados del 99.9%.

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que el índice verdadero de probabilidad debe ser del 99.99% y no solo del 99.9%.

La Ley afirma de forma equivocada que en los procesos en que se deba realizar la practica de dicho examen para determinar la paternidad o maternidad, el costo debe ser sufragado por el Estado y solo a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza, lo cual resulta poco acertado pues en nuestra reglamentación procedimental civil, se reconoce el amparo de pobreza, tema que no podía ser reglamentado por la Ley 721.

De acuerdo con la ley 721 de 2001, los laboratorios que practican este tipo de pruebas deben estar legalmente autorizados para esto, deben estar certificados por autoridad competente y de conformidad con estándares internacionales.

En nuestro país, los laboratorios que cumplen con los parámetros mencionados, únicamente son los MORENO YUNIS.

No obstante sus adelantos y novedades científicas, la ley 721 de 2001, incurre en algunas imprecisiones conceptuales. Un claro ejemplo de esto se observa cuando la norma estipula que mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se debe utilizar la técnica del DNA, incurriendo con esto en error, pues el DNA no es ninguna técnica, sino una molécula que contiene el código genético o genoma humano.

Contrario a lo que afirma la ley 721, las técnicas que existen para medir marcadores genéticos, son en la actualidad las siguientes:

1. Técnica del STR.
2. Técnica de Microarrays.
3. Técnica de Poliglotismo de un solo gameto o de un solo nucleotido.

Ahora bien, si se observa con detenimiento, la ley 721 de 2001, al modificar la ley 75 del 68, estableció que una vez en firme el resultado de la prueba de ADN, el juez dictara sentencia, lo cual a la luz del Derecho y la lógica jurídica, es toda una aberración, pues lo único que queda en firme son las decisiones del juez y nunca un concepto pericial como lo es dicha prueba.

Una posible explicación del mencionado error en el que incurre la ley 721 es que la misma fue elaborada y redactada por los genistas del momento y no por juristas como lo aclare inicialmente.

En el parágrafo 3 del artículo 14 de la ley 75 de 1968, se establece el procedimiento del proceso especial, el cual como lo afirmamos anteriormente, para poderse iniciar, debe tener los requisitos de Padre vivo, Hijo vivo e hijo menor de edad.

Respecto a este tipo de proceso, la ley 721 de 2001, añadió un ingrediente adicional, el cual es la connotación de preferente para el mismo.

La preferencia en este caso, conduce a que a pesar que en el juzgado de conocimiento, se estén adelantando otros procesos, este debe surtir tramite inmediato y ser preferido para su solución ante los demás. El legislador quiso con esto, equiparar dicho proceso en su celeridad, al procedimiento que se surte frente a las acciones de Tutela.

La Ley 721 también modifica por medio de su artículo 8 a la Ley 75 de 1968, en el entendido que afirma que presentada la demanda por la persona que tenga derecho a hacerlo, se le debe notificar personalmente al demandado o demandada, quien dispone después de este acto, de ocho (8) días hábiles para contestarla.

Estipula igualmente esta Ley, que en la notificación a la parte demandada, debía advertírsele a la misma sobre el efecto que produce la renuencia a comparecer a la practica de la prueba, advirtiéndosele que se tendría como grave indicio en su contra, pero no como confesión ficta de paternidad o maternidad, como se entendía antes de esta ley.

Lo anterior fue modificado por la sentencia 7901 de la C.S.J, del 28 de Junio de 2005 como se expone en el recuento jurisprudencial de este trabajo, haciendo obligatoria la recaudación y practica de pruebas en estos procesos, eliminando entonces la concepción de indicio grave en contra del demandado renuente a la practica de la prueba y otorgándole la potestad al juez de conocimiento para usar lo medios requeridos para que el sujeto se practique dicha prueba.

JURISPRUDENCIAS

8. SENTENCIA C-109 DE 1995

SENTENCIA - Modulación de los efectos / PATERNIDAD - Causales de Impugnación / SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA

DERECHO A LA FILIACION REAL

En el desarrollo de esta sentencia, la Corte concluyó que dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real.

Se estipuló entonces, que todas las personas tienen dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero "derecho a reclamar su verdadera filiación", como acertadamente lo denominó, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, afirmó la Corte, que si una persona sabe que es hijo extramatrimonial de otra, sería contrario a la Constitución que se le obligara jurídicamente a identificarse como hijo matrimonial de un tercero.

De igual forma, la Corte precisó que todo hijo puede impugnar, en todo momento, la paternidad, siempre y cuando demuestre, con diversos elementos probatorios, la pretensión que invoca. También, y con el fin de evitar la paradoja de declarar inexecutable una causal que puede ser en sí misma constitucional, la Corte afirmó que se puede recurrir a otras técnicas como las sentencias de constitucionalidad condicionada.

En cuanto a la paternidad y a la Ampliación de causales de impugnación, afirmó en su momento la Corte, que la prevalencia del artículo 406 del estatuto civil no soluciona todos los problemas, puesto que en determinados casos puede suceder que el hijo de mujer casada únicamente impugne la presunción de paternidad, sin acumular tal acción a una reclamación de paternidad de un tercero. Por ello, esta sentencia extendió al hijo de mujer casada las causales con que cuenta hoy el marido para impugnar la presunción de paternidad, estas son las previstas en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890. Esto significa que el hijo también puede impugnar la presunción de paternidad si demuestra que durante los diez meses anteriores al parto, el marido no hizo vida conyugal con su mujer o estuvo en imposibilidad física de acceder a ella. Igualmente, en caso de demostrarse el adulterio de la mujer durante la época en que se presume ocurrida la concepción, el hijo podrá ejercer la acción de impugnación y se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que el marido no es el padre.

El artículo 3º de la Ley 75 de 1968 preceptúa lo siguiente, de lo cual fue demandada la parte subrayada, la cual fue materia de estudio en esta sentencia:

"El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:

1o) Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

2o) Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el título 10 del libro 1o. del Código Civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor.

3o) Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido.

El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. De esta acción conocerá el juez de menores cuando el hijo fuere menor de diez y seis años de edad, por el trámite señalado en el artículo 14 de esta ley, con audiencia del marido y de la madre o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos, salvo que en la demanda se acumule la acción de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el juez civil competente, por la vía ordinaria.

Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en los tres casos señalados en el presente artículo.”

La Corte analizó los eventuales efectos de un fallo de control abstracto de constitucionalidad, tanto a nivel general como en este caso específico y dispuso que la ley civil otorga la presunción de paternidad legítima al marido respecto de los hijos concebidos durante el matrimonio (C.C. arts 92 y 215), según la célebre regla proveniente del derecho romano: "pater is est quem nuptiae demonstrant". Esta presunción puede ser desvirtuada cuando se utiliza

la acción impugnatoria del estado de hijo legítimo. Afirmó también la Corte que al tenor del artículo 216 del Código Civil, norma que hasta el momento de la presente sentencia no había sido expresamente derogada por ninguna ley posterior, el titular de dicha acción es únicamente el marido, puesto que esa disposición establece que "mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo".

Sin embargo, el artículo 3º de la Ley 45 de 1936 (modificado en su redacción por el artículo 3º de la Ley 75 de 1968), amplía el espectro de dicha acción, por cuanto le concede al hijo la posibilidad de impugnar la paternidad en el caso que señala esa misma norma. Esta extensión del radio de acción de la impugnación de la paternidad, por una norma expedida con posterioridad a la entrada en vigor del Código Civil, lleva a la Corte Constitucional necesariamente a concluir, como ya lo había hecho la Corte Suprema de Justicia en varios de sus fallos de casación, que el artículo 216 se encuentra modificado, puesto que el hijo también tiene legitimación para reclamar contra la filiación presunta.¹²

En la sentencia que se analiza, la demanda que dio su origen, no atacaba la posibilidad de que los hijos pudieran impugnar su paternidad presunta, sino que se dirigía contra el carácter excesivamente restrictivo de la única causal que (según la parte demandante) autoriza dicha impugnación. Por ello la demanda atacaba la causal, pero no con la intención de eliminar la posibilidad legal que tiene el hijo de reclamar contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal, sino con la pretensión de posibilitarle mayores posibilidades jurídicas de acción. El supuesto tácito de la argumentación de la parte demandante, era que si la

¹² Al respecto puede verse las sentencias de la Sala de Casación civil de fechas junio 19 de 1975, 9 de octubre de 1975, 30 de junio de 1976, 22 de octubre de 1976.

Corte declara inexecutable y retira del ordenamiento jurídico la expresión impugnada del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, entonces los hijos tendrían libertad probatoria para impugnar, por cualquier causal, la paternidad presunta, puesto que la norma quedaría del siguiente tenor: "El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta".

Resultó para la Corte claro entonces que en esta sentencia, no se ponía en cuestión la posibilidad de que el hijo impugne la presunción de paternidad sino el carácter restrictivo de las causales que, según la actora, la ley establece. Ahora bien, si la Corte considera que esa regulación es restrictiva y efectivamente afecta principios y derechos consagrados por la Constitución, es obvio que su decisión no puede tener como consecuencia revivir la regla del artículo 216 del estatuto civil, según la cual sólo el marido puede impugnar la presunción de paternidad.

De otro lado, afirmó la Corte sobre el tema de la filiación, en la medida en que regula las relaciones de una persona con su familia, que también tiene relación con otros valores constitucionales. Así, la existencia de las presunciones legales en materia de filiación y la consagración de restricciones legales a la posibilidad de impugnar tales presunciones, no ha sido históricamente un puro capricho del legislador. En efecto, la ley, al precisar quienes están legitimados para impugnar una presunción de filiación y al definir cuáles son los motivos para poder hacerlo, busca proteger la intimidad y la unidad de la familia y del matrimonio al librarla de injerencias indebidas de otras personas. Así, según la Corte Suprema de Justicia, este carácter taxativo de las causales de impugnación busca "proteger la intimidad y el sosiego de los hogares formados bajo la tutela del matrimonio, previniéndolo contra los ataques malintencionados y alejándola de todo escándalo"¹³ Y esto encuentra bases

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de octubre de 1975. MP Germán Giraldo Zuluaga.

constitucionales, puesto que la Carta señala que la familia es la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad (CP arts 5º y 42). Por ello la Constitución la protege. Así, el artículo 42 superior establece que el Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia. Además este artículo señala que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Finalmente, la Constitución reconoce la existencia de los matrimonios y delega su regulación a la ley (CP art. 42).

Por ultimo la corte decidió declarar EXEQUIBLE el aparte "cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal", contenido en el artículo 3 de la Ley 75 de 1968, siempre y cuando se interprete que, además de esta causal, y en virtud del derecho que toda persona tiene de reclamar su verdadera filiación y del principio de igualdad de derechos dentro de las relaciones familiares, consagrados en la Constitución, el hijo de mujer casada cuenta con otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad, así: de un lado, si el hijo acumula la impugnación de paternidad con una acción de reclamación de paternidad, deberá darse aplicación preferente al artículo 406 del C.C; de otro lado, en todos los casos, el hijo contará con las causales previstas para el marido en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890.

8.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL SENTENCIA C-109 DE 1995

Con base en el artículo 14 de nuestra Carta Política de 1991, el cual estipula que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, podemos afirmar que todos, por el solo hecho de ser personas, somos sujetos de derechos y obligaciones. Dentro de los primeros, encontramos el derecho a tener

un nombre, entendido como nombre, apellidos y/o seudónimos, constituyendo este conjunto, uno de los atributos de la personalidad, además del domicilio, capacidad, estado civil, nacionalidad y patrimonio, concluyendo con esto, que todos tenemos el legítimo derecho a saber quienes son nuestros verdaderos padres y a que se les determine legalmente como tales. No puede entonces haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.

Se concluye también en esta Sentencia, que el derecho a la filiación, es otro elemento integrante del estado civil de las personas, es entonces otro atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Sobre el tema bajo análisis, la Corte Constitucional posteriormente, en Sentencia T-305 de 2003, la cual es estudiada mas adelante en este trabajo, afirma que el entendimiento del artículo 14 de la Carta Política por parte de la jurisprudencia constitucional, ha sido que este, no se limita a establecer que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derecho a actuar como tal en el mundo jurídico, ya sea por sí mismo o a través de representante. Sino que, más allá de ello, el derecho que consagra dicho artículo es comprensivo de todos los atributos que se predicán de la personalidad humana, como lo son el nombre, el estado civil, la capacidad, el domicilio, la nacionalidad y el patrimonio. En este sentido la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son

los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (CP art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica. Así, en el Informe- Ponencia para primer debate en Plenaria en materia de derechos, deberes, garantías y libertades, el constituyente Diego Uribe Vargas, se refiere a la personalidad jurídica como ese:

“reconocimiento del individuo como sujeto principal de derecho, cuyos atributos tienen valor inminente”.

Concluye la Corte, que así, resulta claro que del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica a que alude el artículo 14 superior, se deriva el derecho al estado civil, el cual, a su vez, depende del reconocimiento de la verdadera filiación de una persona. Por ello, si una norma legal tuviera el alcance de impedir a alguien el reconocimiento de su filiación, vulneraría aquella norma fundamental.

Pero más allá de las anteriores consideraciones, según la Corte, “el fundamento axiológico del reconocimiento de la personalidad jurídica y de la filiación, se encuentra en la prevalencia de la dignidad humana como valor superior que el Estado debe proteger y asegurar. Si la dignidad es el merecimiento de un trato acorde con la condición humana, esta noción se proyecta y realiza paradigmáticamente en las relaciones familiares. Todo ser humano, en virtud de su condición social, tiene el derecho a ser reconocido como miembro de la sociedad, y especialmente de la sociedad primigenia que se constituye en la familia. Desconocer este derecho es hacer caso omiso de la propia dignidad del hombre”.

9. SENTENCIA C.S.J. Exp: 5639 - 27 DE OCTUBRE DE 2000

SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA
RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL
SE DEJA SIN EFECTOS MEDIANTE IMPUGNACIÓN Y NO POR NULIDAD
Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez

De acuerdo con la Corte, el estado civil, es uno de aquellos aspectos en los que el Estado está vivamente interesado; no es raro, entonces, vérselo en posición intransigente, haciendo notar que es algo que se reserva para sí y que, por lo tanto, excluye la autonomía de la voluntad, la misma que en otros terrenos constituye la base esencial del derecho privado. Con razón es considerado como atributo de la personalidad y como tal, se estima inalienable, inescindible e imprescriptible, entre otros rasgos caracterizadores.

Como lo afirma la Corte en esa sentencia, el estado civil es un asunto que concierne al imperio de la ley. Es ésta la que dice cuál estado civil corresponde a una persona frente a una determinada situación; de ahí que el Decreto 1260 de 1970, al ensayar la definición de lo que por él se entiende, señaló allí mismo que "su asignación corresponde a la ley" (art. 1º), cosa que inclusive está elevada a mandato constitucional, comoquiera que el artículo 42 de la Carta Política expresa en su postrer inciso que "La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes". Los particulares, por lo mismo, no pueden manejarlo a su antojo; antes bien, no les queda sino aceptar los dictados de ella.

En el pasado, según la Corte, no lo fue tanto, prueba evidente de ello lo constituye la filiación extramatrimonial pues anteriormente, el hijo natural no podía aspirar más que al reconocimiento voluntario de su paternidad, en una especie de gracia o merced que tenía a bien concedérsele; y si era de los que el código denominaba

de punible y dañado ayuntamiento (adulterinos o incestuosos), tal reconocimiento no podía surtir efectos sino meramente para los alimentos. El caso es que se vedaba la posibilidad de que el hijo reclamara su paternidad natural, siempre en el entendido de que el progenitor era soberano al respecto; de su exclusivo arbitrio era reconocer a su hijo.

Afirma la honorable Corte, que habiendo sido, pues, una potestad del padre, es natural que al dar el legislador un paso adelante para permitir que la paternidad pudiese ser objeto de investigación judicial, se mostrara de igual forma ansioso de cortar de raíz los ribetes que de concesión graciosa entonces se veían, y así dispuso sin atenuantes que el reconocimiento voluntario fuese irrevocable. Ya empezaba a ajustarse este tipo de filiación al genuino concepto de lo que es el citado civil.

Concluye la Corte, que la irrevocabilidad no estuvo inspirada sino en la idea de que el padre, en la creencia de que a su antojo podía entregar el estado civil, albergase la idea de que por ese mismo sendero podría en cualquier momento despojar al hijo de tal reconocimiento.

Pero, desde luego, la irrevocabilidad no tiene por qué aceptarse siempre y en todo supuesto, concediéndole así un alcance que rebasa su propio límite. La irrevocabilidad lo único que significa es que dentro del arbitrio del reconociente no está el arrepentirse. Porque nadie duda que por encima de ello queda a salvo el derecho de impugnarlo, aunque sólo por las causas y en los términos expresadas en el artículo de la Ley 75 de 1968, evento en el cual, conviene notar, se persigue es correr el velo de la inexactitud del reconocimiento, en cuanto éste no se aviene con la realidad: en una palabra, busca demostrarse la falsedad del reconocimiento.

En la demanda que dio origen a la Sentencia en estudio, el demandante solicitó que " se declarara la nulidad por objeto ilícito del reconocimiento que como hija extramatrimonial, a sabiendas de que no era hija por naturaleza, hizo en una persona determinada". Y las razones básicas que alegó el demandante para

sostener la viabilidad de esa pretensión se pueden resumir en el siguiente pasaje de la demanda:

"Cuando Donaldo Sosa reconoció a Adriana Marcela como su hija extramatrimonial sin realmente serlo, y a sabiendas de que no lo era, desconoció que la única forma para hacerla su hija, era el proceso de adopción. Al desconocer esa forma de establecer el vínculo paterno filial incurrió en una flagrante violación del artículo 1519 del Código Civil que enseña que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación (...) y además incurrió en el delito de alteración del estado civil de las personas, reglado por el artículo 262 del Código Penal que vició el reconocimiento...".

En esa particular posición del recurrente, radico en últimas la controversia; pues la cuestión consiste entonces en saber si la circunstancia de que el reconocimiento del hijo extramatrimonial no corresponda a la realidad, o más concretamente, si el hecho de que el hijo no haya podido tener por padre a quien lo reconoce es situación que, a la par que permite la impugnación propiamente dicha de tal reconocimiento, da lugar a su anulación dentro de las taxativas causas legales.

La respuesta a dicha cuestión, afirmó la Corte en su momento, es totalmente negativa.

No hay según la Corte, dos senderos que conduzcan a ese destino. Tan solo la impugnación, propuesta desde luego en oportunidad, es el camino apropiado para aniquilar el reconocimiento realizado en condiciones tales.

La ley, efectivamente, atendidos altos intereses sociales, fijó unos precisos requisitos para que los interesados ejerzan su derecho de impugnar el reconocimiento de hijo extramatrimonial; la causal que les es dable invocar, conforme al artículo 248 del Código Civil, al cual remite el artículo 5º de la Ley 75

de 1968 para estos efectos, no es otra que la de que el reconocido no ha podido tener por padre a quien le reconoció, la cual además, han de alegar dentro de los perentorios términos que se fijan; vencidos estos, caduca el derecho allí consagrado, lo cual traduce que el reconocimiento en cuestión se consolida, haciéndose impermeable a dicha acción.

Interpretó la Honorable Corte que si el legislador se tomó el trabajo de otorgar al evento de la falsedad en la declaración de paternidad natural un especial y cauteloso tratamiento jurídico, determinando estrictamente quiénes, cuándo y cómo pueden impugnar el reconocimiento del hijo, absurdo sería pensar que admitió simultáneamente la existencia de una acción paralela (léase la de nulidad) cuyo objetivo sería así mismo el de despojar al reconocido de su filiación con fundamento en idénticas circunstancias fácticas, acción que, por si fuera poco, no sólo coexistiría con la de impugnación sino que subsistiría, y por largo tiempo, luego de fenecida ésta.

Visto de otro modo, el legislador no abandonó, o mejor, sustrajo la situación de que se viene tratando del régimen general de las nulidades sustanciales y de eventos jurídicos análogos, y reservó lugar especial, cómodo y privilegiado para el hijo reconocido, al tiempo que fue exigente y francamente restrictivo con los interesados en desconocer dicho estado, fijando las causas y los plazos, cortos y definitivos estos, para intentar la correspondiente acción; y esta posición no es gratuita; tiene su razón de ser, como antes se expresó, en las más sentidas necesidades de la comunidad, que mal soportaría la zozobra que traerían consigo la prolongada indefinición en el punto, de una legislación laxa y permisiva en relación con un tema que afecta los fundamentos mismos del orden social.

Tal como lo ha señalado la Corte, "por la especial gravedad que para el ejercicio de los derechos emanados de las relaciones de familia y para la estabilidad y seguridad que entraña el desconocimiento del estado civil que una persona viene poseyendo, el legislador ha señalado plazos cortos para las acciones de

impugnación"; agregando que "como el estado civil, que según el artículo 346 "es la calidad de un individuo en tanto lo habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones", no puede quedar sujeto indefinidamente a la posibilidad de ser modificado o desconocido, por la incertidumbre que tal hecho produciría respecto de los derechos y obligaciones emanados de las relaciones de familia, y por constituir, como ya se dijo, un atentado inadmisibles contra la estabilidad y unidad del núcleo familiar, el legislador estableció plazos perentorios dentro de los cuales ha de intentarse la acción de impugnación, so pena de caducidad del derecho respectivo". (Sents. jun. 9/70 y ago. 25/2000).

Resumiendo, la Corte dispuso que la única interpretación valedera es la de que en estas materias del estado civil, y concretamente en lo de las acciones encaminadas a suprimirlo, ha de estarse a las causas y a los términos que específicas normas consagran para esos efectos, sin que pueda pensarse que el alegar esas mismas causas de impugnación pero situándolas en un diferente marco jurídico - para el caso el de las nulidades -, se convierta en airoso medio de esquivar aquellas normas y evadir tan justificado rigor.

La acción de nulidad intentada con fundamento en tal circunstancia, resultó entonces improcedente, comoquiera que era la impugnación, en los términos en el artículo 248 del Código Civil, al cual remite el 5º de la Ley 75 de 1968, el camino indicado para solucionar, con fundamento en ese hecho, la denunciada alteración del estado civil.

10. SENTENCIA C-243 DE 2001

DERECHO A LA PERSONALIDAD JURIDICA

DERECHO A LA PERSONALIDAD JURIDICA-Fundamento axiológico

DIGNIDAD HUMANA-Relaciones paterno filiales

EXCEPTIO IN PLURIMUM COSTUPRATORUM

PRESUNCION DE PATERNIDAD-Excepción

PRESUNCION LEGAL-Admisión de prueba en contrario

PRESUNCION DE PATERNIDAD-Carácter legal

PRESUNCION DE PATERNIDAD-Excepción por pluralidad de relaciones sexuales

INVESTIGACION DE MATERNIDAD-Prueba pericial

INVESTIGACION DE PATERNIDAD-Exámenes científicos

EXCEPTIO IN PLURIMUM COSTUPRATORUM-Avances científicos/GENETICA-

Avances científicos

INVESTIGACION DE PATERNIDAD-Avances científicos

PRESUNCION DE PATERNIDAD-Prueba pericial

PATERNIDAD-Prueba científica

PATERNIDAD-Prueba pericial genética

NORMA LEGAL-Interpretación histórica evolutiva

INVESTIGACION DE PATERNIDAD-Pruebas científicas

PRINCIPIO DE LIBERTAD DE LA PRUEBA

PRINCIPIO DE LIBERTAD DE LA PRUEBA-Superación de la tarifa legal

INVESTIGACION DE PATERNIDAD-Deber de practicar la prueba genética

INVESTIGACION DE PATERNIDAD-Pruebas indirectas

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6, numeral 4º, inciso 3º de la Ley 75 de 1968. (parcial)

Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

"LEY 75 DE 1968"

(diciembre 30)

"por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar."

"Artículo 6: El artículo 4° de la ley 45 de 1936 quedará así:

"Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

"4° En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

"Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

"En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro y (sic) otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo.

En la elaboración de la sentencia en estudio, el Ministerio de Justicia y del Derecho, por medio de la ciudadana Blanca Esperanza Niño Izquierdo, presentó escrito de intervención en defensa de la disposición demandada, solicitando la declaratoria de exequibilidad de la misma.

Afirmó la interviniente que la norma acusada establece una excepción a la presunción de paternidad natural, de carácter razonable y acorde con la realidad actual, siempre y cuando, se entienda que es un precepto que debe interpretarse integralmente según el contexto de toda la regulación respectiva.

Al respecto, afirmó que la Ley 75 de 1968 en su artículo 7º, establece la obligatoriedad de practicar, en los juicios de investigación de paternidad, pruebas personales al hijo y a sus ascendientes con el fin de determinar las características heredo-biológicas paralelas.

Finalmente, señaló que aunque la referida prueba antropo-heredo-biológica, no es el único medio de prueba, es necesaria para tener un soporte “científico, confiable y riguroso” con el que se pueda establecer la verdadera filiación del que reclame el reconocimiento, para así garantizar el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., por medio de la ciudadana Lucero Cadena Navia, presentó escrito de intervención solicitando la declaratoria de inexecutable de la disposición parcialmente acusada.

Afirmó en su momento la señora Cadena, que científicamente la única prueba adecuada para determinar la paternidad, es la prueba genética. Por lo tanto, aunque se hayan probado los hechos descritos en el artículo 6º, numeral 4º, inciso 3º de la Ley 75 de 1968, la prueba científica es la base para establecer quién es el verdadero padre de una persona.

Por último, señaló que independientemente de las presunciones que existen para determinar la paternidad, es mediante la prueba pericial que debe demostrarse este hecho. Así las cosas, afirmó la Señora Cadena, que la norma

demandada no se adecua al ordenamiento jurídico constitucional, y en especial al derecho que tiene toda persona a conocer su verdadera filiación.

El Procurador General de la Nación, solicitó a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad de la norma demandada, argumentando que en anterior oportunidad, ha conceptuado en el sentido de que las normas consagradas en la legislación colombiana relacionadas con el establecimiento de la paternidad son obsoletas, pues fueron expedidas en una época en donde la investigación en materia genética no podía suministrar fundamentos ciertos para establecer este hecho.

Al juicio del ministerio público, el sistema de investigación de la paternidad fue establecido en la ley según presunciones que no podían conducir a la veracidad respecto de los hechos que determinan la paternidad.

Afirmó igualmente, que esta desactualización de la legislación permite que se vulneren los derechos de todas las personas a tener claridad sobre su filiación y personalidad jurídica

Finalmente, el Procurador citó apartes del concepto producido en el caso del expediente D- 2949, en el cual se demandó la totalidad del artículo 60 de la Ley 75 de 1968, oportunidad en la cual también solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad. En esa oportunidad, la vista fiscal indicó lo siguiente: “El cuestionamiento que en ese sentido se plantea a la norma en estudio, se basa en la consideración de cuán escasamente razonable resulta el tener como cierto o probable un hecho de tanta trascendencia jurídica como lo es la paternidad, a partir de hechos cuya seguridad no es del todo confiable. Esto es, configurar una situación jurídica que constituye un derecho fundamental con base en datos convencionales, ajenos a la realidad científica, cuando esta realidad puede ser determinada mediante procedimientos propios de la ciencia genética que no dan lugar a la duda”.

El despacho del magistrado sustanciador, advirtió que sobre el aparte demandado del numeral 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, recayó la demanda de inconstitucionalidad que fue resuelta mediante Sentencia C-1492 de 2000.¹⁴ No obstante, en aquella oportunidad la norma no fue examinada por esa Corporación por cuanto el actor, no adujo censura alguna contra dicha disposición. Así, por haberse presentado una ineptitud de la demanda por este aspecto, la Corte se inhibió para efectuar un pronunciamiento de fondo respecto de ella. Por tal razón no se ha producido el fenómeno de la cosa juzgada respecto del aparte ahora nuevamente demandado.

”El artículo 14 de la Constitución Política reza lo siguiente:

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

Como bien se afirmó en paginas anteriores en este trabajo, mas exactamente en el desarrollo del fundamento Constitucional de la Sentencia C-109 de 1995, la Corte concluye que “el entendimiento de esta norma superior por parte de la jurisprudencia constitucional, ha sido que ella no se limita a establecer que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derecho a actuar como tal en el mundo jurídico, ya sea por sí mismo o a través de representante. Sino que, más allá de ello, el derecho que consagra la norma en comento es comprensivo de todos los atributos que se predicán de la personalidad humana, como lo son el nombre, el estado civil, la capacidad, el domicilio, la nacionalidad y el patrimonio. En este sentido la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la

¹⁴ M.P. Alfredo Beltrán Sierra

posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (CP art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica. Así, en el Informe- Ponencia para primer debate en Plenaria en materia de derechos, deberes, garantías y libertades, el constituyente Diego Uribe Vargas, se refiere a la personalidad jurídica como ese:

“reconocimiento del individuo como sujeto principal de derecho, cuyos atributos tienen valor inminente.

“Los atributos que la doctrina reconoce a la persona son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, la nacionalidad y la capacidad. No puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.”¹⁵

Concluye la Corte que así resulta claro que del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica a que alude el artículo 14 superior, se deriva el derecho al estado civil, el cual, a su vez, depende del reconocimiento de la verdadera filiación de una persona. Por ello, si una norma legal tuviera el alcance de impedir a alguien el reconocimiento de su filiación, vulneraría aquella norma fundamental.

¹⁵ “Ahora bien, para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. Así, en reciente decisión, esta Corporación tuteló el derecho de una persona a su filiación, por considerar que ésta se encuentra vinculada al estado civil, y por ende constituye un atributo de la personalidad.”

Pero más allá de las anteriores consideraciones, como lo extracte en el fundamento constitucional de la sentencia C-243 de 1995, según la Corte, “el fundamento axiológico del reconocimiento de la personalidad jurídica y de la filiación, se encuentra en la prevalencia de la dignidad humana como valor superior que el Estado debe proteger y asegurar. Si la dignidad es el merecimiento de un trato acorde con la condición humana, esta noción se proyecta y realiza paradigmáticamente en las relaciones familiares. Todo ser humano, en virtud de su condición social, tiene el derecho a ser reconocido como miembro de la sociedad, y especialmente de la sociedad primigenia que se constituye en la familia. Desconocer este derecho es hacer caso omiso de la propia dignidad del hombre”.

“Debe entonces la Corte precisar sí, como lo aduce el actor, la norma reprochada tiene el alcance de tolerar el desconocimiento de la personalidad jurídica del hombre, y de permitir el atentado contra la dignidad que ello implica.

La expresión parcialmente acusada del numeral 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, consagra la denominada *exceptio in plurium costupratorum* o excepción de pluralidad de coitos.

Esta excepción permite desvirtuar la presunción de paternidad a la que se refiere el inciso 1° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, en concordancia con el inciso primero del numeral 4° de la misma disposición. En efecto, estas normas, como se recuerda, dicen:

“Artículo 6°: “Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

“4º: En el caso en que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción”.

La frase demandada, que como se dijo consagra la *exceptio in plurium constupratorum*, permite desvirtuar esta presunción, con la prueba del hecho que para la misma época la madre tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres distintos del presunto padre respecto de quien se demanda el reconocimiento de la paternidad.

De manera general, las presunciones son hechos que se deducen de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos. Cuando estos antecedentes o circunstancias son determinados por la ley, la presunción es legal,¹⁶ y es procedente siempre y cuando los hechos en que se fundamenta estén debidamente probados.¹⁷ Es decir, una vez verificados los antecedentes o circunstancias conocidos, se tienen por probados los hechos que se presumen a partir de aquellos. Como es sabido, las presunciones *iuris tantum* o simplemente legales, son aquellas que admiten prueba en contrario, al paso que las presunciones de derecho o *iuris et de iure* no admiten tal demostración.

Afirma la Corte que el inciso 1º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, en armonía con el inciso 1º del numeral 4º de dicha norma, consagra una presunción *iuris tantum* respecto de la paternidad y señala los antecedentes o circunstancias que dan lugar a establecerla. La finalidad de esta disposición no es otra que la de buscar la definición de la paternidad de aquellas personas respecto de las cuales este hecho es incierto, finalidad que realiza plenamente el derecho a la dignidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica, y que en tal sentido, desarrolla los valores y principios constitucionales. Ahora bien, como es una presunción *iuris tantum*, el inciso 3º del numeral 4º, señala expresamente cuál es el hecho que

¹⁶ Cf. C.C art. 66

¹⁷ Cf. C. de P.C artículo 176.

permite desvirtuar la presunción de paternidad referida, como es la *exceptio in plurium costupratorum*, lo cual también resulta acorde con las normas constitucionales que garantizan el mencionado derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, pues el orden jurídico debe velar por el establecimiento de la verdad real en la definición de la relación paterno filial.

La razón de ser de la presunción de paternidad contenida en el numeral 4° del artículo 6° de la ley 75 de 1968, que fue tradicionalmente consagrada en las legislaciones civiles, radica en la imposibilidad en que se encontraban siempre el juez o los interesados para demostrar de manera directa las relaciones sexuales que dan origen a la paternidad. Así, el legislador permitió al juez inferirlas del trato personal y social entre la madre y el presunto padre durante la época de la concepción, “apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar”.

La Ley 75 de 1968, siguiendo en ello una larga tradición jurídica, le permitió al demandado desvirtuar esta presunción simplemente legal, alegando la *exceptio in plurium costupratorum*, pues al demostrarse que por la misma época una pluralidad de hombres tuvieron un trato personal indicador de unas relaciones íntimas, y consiguientemente de la paternidad, obviamente surge la duda sobre este hecho (la paternidad), pues no es posible señalar como padre, con certeza, a ninguno de los hombres que presuntamente mantuvieron relaciones sexuales con la mujer por aquellos días. Sobre el particular se pronunció la honorable Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“La pluralidad de relaciones sexuales de la mujer dentro del lapso en el que legalmente se presume la concepción, es una situación que establecida de modo fidedigno desnaturaliza la presunción de paternidad que lleva implicada la fidelidad de la mujer, pues entonces el hijo puede serlo de cualquiera de los hombres que la han poseído carnalmente en el tiempo indicado. Pero esta excepción, cuya demostración corre a cargo del demandado, se integra según la

ley con la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido y de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción. Esta situación exceptiva, dentro de la ley colombiana, requiere las preindicadas demostraciones concretas, y es bien distinta de la llamada excepción de vida disoluta concerniente de manera general a la mala conducta notoria de la madre, que otras legislaciones autorizan.”¹⁸

Sin embargo, concluye la Corte, que para la época en que se promulgó la Ley bajo examen –1968 – la presunción a partir del “trato personal y social” entre la madre y el presunto padre, no era la única prueba a la que podía acudir el juez a fin de declarar la paternidad, pues para ese entonces, los avances científicos le suministraban otros medios probatorios, que si bien tampoco demostraban plenamente el hecho de la paternidad, aportaban nuevos elementos sobre el hecho que se pretendía demostrar. Por ello, la referida Ley ordenó que en todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, se acudiera a la prueba pericial relativa a estos medios científicos, que eran aquellos a que se refiere el numeral 7° de la Ley 75 de 1968, y que consisten en los exámenes personales del hijo, sus ascendientes y de terceros, que sean necesarios para reconocer las características heredo biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre, con base en el análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles. Los mencionados exámenes científicos, para aquel entonces, no arrojaban plena seguridad respecto del hecho de la paternidad, por lo cual no se erigían tampoco como una prueba plena. No obstante, el respectivo peritazgo, combinado con los demás medios probatorios al alcance del juez, y especialmente con la presunción derivada del trato personal entre la madre y el presunto padre, contribuía a inferir el hecho de la paternidad. Sin embargo,

¹⁸ Sentencia de 6 de abril de 1949.

dentro de este contexto, la prueba de la *exceptio in plurium costupratorum*, constituía un motivo serio y razonable para impedir la prosperidad de la declaración de paternidad, ante la duda justificada derivada de la demostración de la multiplicidad de relaciones de la misma índole durante la época de la concepción.

El avance comentado introducido por la Ley 75 de 1968 respecto de la legislación anterior referente al tema, contenida en la Ley 45 de 1936, tuvo según la Corte, el alcance de significar una flexibilización el sistema legal de pruebas admitido para el reconocimiento judicial de la paternidad natural. En efecto, frente al sistema anterior, que se denominó por la doctrina y la jurisprudencia “sistema de investigación restringida” y que se caracterizaba por no permitir la demostración de la paternidad natural más que por los medios señalados por la ley (sistema de la tarifa legal), la nueva legislación permitió una mayor libertad probatoria, que se refleja en la posibilidad de acudir a las nuevas pruebas científicas y en las facultades que se otorgan al juez para apreciar “dentro de las circunstancias en que tuvo lugar” (sistema de la libre apreciación según la sana crítica), el trato personal que conduce a la presunción de paternidad. Sobre esta flexibilización introducida por la ley 75 de 1968, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de hacer los siguientes comentarios:

“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”¹⁹

Sin embargo, en la actualidad los nuevos desarrollos científicos, especialmente en el terreno de la genética, han puesto a disposición del juez y los interesados medios para probar el hecho de la paternidad con un índice de certeza casi absoluto. En efecto, sobre estos nuevos avances, y su utilidad para la definición de la filiación, la propia Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El dictamen pericial hoy no sólo permite excluir sino incluir con grado cercano a la certeza absoluta, a quien es demandado como padre presunto. De la prueba crítica, en la que el razonamiento legislativo para inferir la paternidad y autorizar a declararla judicialmente recorre varios caminos (el hecho conocido y probado -v. gr. el trato especial entre la pareja -, el hecho inferido - las relaciones sexuales- y el segundo hecho inferido - la paternidad) se pasa hoy, con ayuda de la ciencia, a una prueba de los hechos, científica, cual es la de excluir a alguien como padre o la de incluirlo con grado de certeza prácticamente absoluta, mediante análisis y procedimientos técnicos avalados mundialmente y tomados en el estado presente como ciertos o indubitables.

“En efecto, este mismo proceso muestra cómo diversos y cada vez más seguros exámenes de paternidad se fueron implementando, al punto de llegar a uno que establece una paternidad en porcentaje superior al 99%.

“Sistemas que han venido implementándose y que van desde la prueba por grupos sanguíneos (sistema mayor ABO - explicado en sentencia de Casación Civil de 12 de agosto de 1997, ya mencionada -, MN, Rhesus, P, etc.) con valor relativo para la inclusión del demandado como padre, hasta las pruebas HLA, VNTR/RFLP, inserciones ALU, STR, etc., que pueden ofrecer un porcentaje de

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de julio de 1973

certeza del 100% para descartar la paternidad y del 99.999...% para incluirla, fundamentadas en la frecuencia de cada uno de los “marcadores genéticos” que se analizan, en la población específica del país, región, departamento o municipio, de acuerdo con la heterogeneidad de la misma.²⁰

Afirma la Corte que la Ley 75 de 1968, al ordenar al juez practicar en todos los casos las pruebas científicas conducentes a determinar el hecho de la paternidad, no se refirió a las pruebas genéticas (que no enumeró dentro de aquellas disponibles entonces), por el hecho simple que para esa época dichas pruebas no eran conocidas. Posteriormente, al ser halladas por la ciencia, y al verificarse por los operadores jurídicos que ellas arrojan un índice de certeza casi absoluto sobre el hecho de la paternidad, cabe preguntarse, si sigue teniendo razón de ser la *exceptio in plurium costupratorum*, que sustentada en pruebas indirectas, conduce a denegar la declaración de paternidad, abriendo paso a que respecto de algunas personas pueda darse la indefinición sobre su verdadera filiación.

Como en todo lo hasta ahora descrito en este documento, afirmó la corte que un primer acercamiento al problema planteado, podría llevar a la conclusión según la cual la única prueba válida en la actualidad debe ser la pericial genética, consideración que encuentra sustento en que ella conduce a establecer a la verdad real de manera directa, por lo cual hace efectivo el orden justo por el que propende nuestro sistema jurídico, impidiendo además, en el caso de la pluralidad de relaciones sexuales, la incertidumbre sobre la paternidad de las personas que solicitan la declaración judicial de su filiación.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 10 de marzo de dos mil (2000).

De otro lado, la corte estipuló que la prueba pericial genética, por recaer directamente sobre el hecho de la paternidad y no sobre las relaciones sexuales que dan lugar a ella, permite establecer la filiación de un persona en aquellos casos en que la concepción no procede de aquellas relaciones, sino de otros métodos modernos para lograrla, como pueden ser la fertilización in vitro o la inseminación artificial. Así, razones de tipo práctico apuntarían a señalarla como la única ciertamente efectiva para establecer la paternidad, lo cual frente a la disposición constitucional contenida en el artículo 14 superior, relativa al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, llevaría a admitir su prevalencia frente a otras pruebas indirectas, como la de las relaciones sexuales singulares o plurales de la madre por la época de la concepción, que parecen obsoletas, a la luz de los avances de la ciencia.

No obstante lo anterior, la Corte encontró que la expresión demandada del numeral 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, no resulta inconstitucional, si ella es interpretada sistemáticamente con el artículo 7° siguiente, el cual a su vez, debe ser leído dentro del contexto de una hermenéutica histórico-evolutiva.

En efecto, tanto la presunción de paternidad por el hecho de las relaciones sexuales de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción, como la *exceptio in plurium costupratorum*, se edifican sobre la prueba de las singulares o plurales relaciones sexuales de la madre con el supuesto padre o con una pluralidad de varones. El numeral cuarto sub examine permite esta prueba indirecta, tanto para establecer la paternidad, en el caso de las relaciones singulares, como para desvirtuarla en el caso de las plurales.

No obstante, el artículo 7° siguiente, prescribe que “en todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez, a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que resulten

indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre...”(resalta la Corte). Así, a pesar de que la Ley 75 de 1968 en el artículo 6°, permite la prueba indirecta de las relaciones sexuales, en el 7° obliga al juez a decretar las pruebas científicas necesarias, conducentes e idóneas para determinar la paternidad. Por lo cual, la interpretación sistemática o armónica de las dos disposiciones, lleva a concluir que la sola prueba indirecta de aquellas relaciones nunca es de recibo en el juicio definitorio de la paternidad, salvo el caso de la imposibilidad de practicar las pruebas científicas.

Afirmó entonces la corte, que si bien es cierto que dentro de las pruebas científicas que enumera el artículo 7° en comento, no se incluyen las de tipo genético, por la razón comentada de no haberse descubierto para cuando la norma fue promulgada, la interpretación evolutiva de la disposición, que permite entenderla en el sentido en que logra su finalidad, atendiendo a las circunstancias del momento de su aplicación, conduce al interprete a concluir que, dentro de las pruebas científicas a que hace alusión la norma, deben considerarse incluidas, hoy en día, las de tipo genético que indican con grado de certeza casi absoluta quién es o no es el padre de la persona que demanda el reconocimiento de la paternidad. Esta es la hermenéutica que atiende al espíritu del legislador, el cual, si en el momento en que se promulgó la Ley, hubiera conocido de la existencia de la referida prueba, la hubiera mencionado como de obligatoria práctica, por las mismas razones, aun más reforzadas, que lo llevaron a prescribir la práctica de aquellas otras que menciona la disposición.

Esta interpretación sistemática y evolutiva de los artículos 6° y 7° de la Ley 75 de 1968, resulta acorde, además, con la libertad probatoria adoptada por nuestro régimen procesal civil, que abandonando el sistema de tarifa legal, ha acogido desde 1971 el principio de la libertad de la prueba, el principio

inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas y el principio de la evaluación o apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica. (artículos 37,167,175,187, y demás normas concordantes del Código de Procedimiento Civil). El juez puede, aun de oficio decretar las pruebas que estime conducentes, y entre ellas las científicas pertinentes en el juicio de investigación de la paternidad. En este sentido, el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil es elocuente cuando dice:

“Artículo 175. Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

“El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.” (Resaltado por la Honorable Corte).

Dice la Corte, que esta regulación del sistema probatorio por el Derecho Procesal Civil, y especialmente en lo relativo a los juicios de filiación, es la que desarrolla fidedignamente los postulados y valores de la Constitución, puesto que permite asegurar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228) e incorporar la equidad y los principios generales del derecho a las decisiones judiciales. (Artículo 230). Es que con la adopción de los principios de la libertad probatoria, de la apreciación o valoración según la sana crítica, se supera definitivamente el sistema de la tarifa legal que ataba al juez a un marco preestablecido por el legislador sin ninguna posibilidad de realizar una valoración crítica lo que implicaba la prevalencia de las apariencias formales sobre la verdad. De esta manera, en el actual sistema probatorio el juez y las partes tienen a su disposición una amplia libertad para asegurar que

en las decisiones judiciales impere el derecho sustancial, la verdad real y la justicia material.

De otro lado la Corte encontró una razón adicional en pro de la exequibilidad de la disposición acusada. En efecto, su permanencia en el ordenamiento, si la norma es interpretada sistemática y evolutivamente en los términos expuestos, tiene la virtud de continuar regulando el juicio de declaración de paternidad en todos aquellos casos en los cuales por cualquier razón imaginable no es físicamente posible acudir a las pruebas científicas. Como la desaparición del presunto padre o del cadáver del mismo, o la residencia en el exterior de los parientes de aquel, etc. En estos casos, la presunción de paternidad por la existencia de relaciones monogámicas de la madre y la *exceptio in plurium costupratorum* por la poliandria de la misma, persiguen una finalidad de interés público como es el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la filiación del menor, a pesar que el Derecho Procesal Civil arbitra medios probatorios para que el juez pueda llegar a la convicción sobre la existencia de los mismos hechos.

Esta interpretación armónica y evolutiva de los artículos 6° y 7° de la Ley 75 de 1968 que hace la Corte, coincide con la posición asumida por la honorable Corte Suprema de Justicia, tribunal que recientemente ha reiterado su jurisprudencia relativa a la obligatoriedad de la práctica de la prueba pericial genética en todos los juicios de investigación de la paternidad. Suyos son estos conceptos, vertidos en la Sentencia de 10 de marzo de 2000 emanada de la Sala de Casación Civil y Agraria de esa Corporación judicial:

“ Se trata de resaltar, con la altura exacta a la que llega hoy la ciencia, que los avances de ésta, a pesar de no estar recogidos positiva o expresamente en la ley, no pueden echarse de menos, cuando es lo cierto que de las meras conjeturas e inferencias, por virtud de la ciencia se puede pasar hoy a una prueba menos indirecta de la filiación, prueba que, por lo demás, es de obligatoria práctica, según

las voces del artículo 7 de la ley 75 de 1968, que por cierto no contempla la prueba que acá sembró la duda, referida a la posible paternidad de un tercero, distinto del demandado. Es decir, se impone hoy la declaración de ciencia frente a la reconstrucción histórica, salvo que aquella no sea posible obtener.”

Como puede apreciarse, el máximo tribunal de casación destaca la obligatoriedad actual de acudir a las modernas pruebas científicas que permiten establecer la paternidad, a pesar de que las mismas no estén expresamente contempladas en el artículo 7° de la Ley 75 de 1968; y además, coincidiendo también en ello con el criterio de esta Corporación, alude a que en ciertos casos es imposible obtener la prueba científica, caso en el cual resulta necesario acudir a la “reconstrucción histórica”, es decir a la prueba indirecta. Lo cual lleva a concluir en la necesidad de la permanencia en el ordenamiento de las normas que permiten acudir a ella, entre ellas la presunción de paternidad por la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre para la época de la concepción y la excepción por la existencia de relaciones entre la madre y una pluralidad de varones.

Ahora bien, la pluralidad de coitos sobre la cual se edifica la excepción contemplada en la norma bajo examen, no se opone a la declaración de paternidad por la presencia de pruebas científicas.

Por todo lo anterior, la Corte estimó en su momento, que la expresión demandada del numeral 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, no desconoce el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica a que alude el artículo 14 de la Constitución. En primer lugar, porque concomitantemente con las pruebas indirectas relativas a las relaciones sexuales plurales que soportan la procedencia de la *exceptio in plurium costupratorum*, hoy en día el juez no sólo tiene la libertad sino el deber de decretar y practicar las pruebas genéticas conducentes a determinar en forma directa y con un índice de certeza casi absoluto, si el demandado es o no es el presunto padre. Y en segundo, porque

sólo en el caso de imposibilidad absoluta para llevar a cabo dichas pruebas, puede prosperar la exceptio in plurium costupratorum con base en pruebas indirectas de la paternidad, lo cual, hoy como antes, sigue siendo ajustado a los valores superiores de justicia, que impone al juez abstenerse de llevar a cabo la declaración de paternidad, ante la duda razonable y justificada que emana de las múltiples relaciones sexuales.

11. SENTENCIA C.S.J. EXP: 6188 12 DE DICIEMBRE DE 2002

SALA DE CASACIÓN CIVIL

RENUENCIA DEL DEMANDADO A LA PRÁCTICA DE PRUEBA GENÉTICA

VALORACIÓN DE ESTA CONDUCTA OCURRIDA ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 721

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros

En esta Sentencia, la C.S.J., casó sentencia de primera instancia por cuanto consideró que en ella se habían cometido tres errores de índole probatoria. Se acusó al tribunal en efecto, de haber violado normas sustanciales a consecuencia de errores en la apreciación de las declaraciones del demandado Pedro María González y Januario Ortiz así como en la falta de valoración del "dictamen pericial" donde se involucró en la prueba genética a un tercero, Januario Ortiz, y en el que la probabilidad de que él fuese el padre arrojó un porcentaje mayor al 99%.

Una recensión de la más reciente jurisprudencia de la Corte sobre el mérito de las pruebas en proceso de filiación, pone de presente la especial importancia que tiene, en la hora actual, la prueba científica, toda vez que ella, en cuanto referida al rastro genético que los padres dejan en sus hijos, posibilita afirmar o descartar la paternidad o maternidad, según el caso, enriqueciendo el repertorio de medios

probatorios a disposición del juez para adquirir el conocimiento de suceso tan importante como la paternidad. En efecto, ha dicho la Sala que “El dictamen pericial hoy no sólo permite excluir sino incluir con grado cercano a la certeza absoluta, a quien es demandado como padre presunto. De la prueba crítica, en la que el razonamiento legislativo para inferir la paternidad y autorizar a declararla judicialmente recorre varios caminos (el hecho conocido y probado -v. gr. el trato especial entre la pareja -, el hecho inferido - las relaciones sexuales- y el segundo hecho inferido (la paternidad) se pasa hoy, con ayuda de la ciencia, a una prueba de los hechos, científica, cual es la de excluir a alguien como padre o la de incluirlo con grado de certeza prácticamente absoluta, mediante análisis y procedimientos técnicos avalados mundialmente y tomados en el estado presente como ciertos o indubitables. Se pasa hoy casi directamente al fin último de las presunciones legales que contempla la Ley 75 de 1968: declarar la paternidad o desestimarla” (Cas. Civil. Sent. de 10 de marzo de 2000).

Luego, en sentencia de 20 de febrero de 2002, la Corte reafirmó la línea jurisprudencial que otorga valor destacado a la prueba científica en proceso de filiación, al precisar “es posible hoy día, por exámenes biológicos sobre ADN, establecer con métodos mucho más seguros que los que brinda las pruebas por grupos sanguíneos, las relaciones de filiación; pruebas cuya confiabilidad alcanza porcentajes cercanos al 100% para afirmarlas, a diferencia de cuanto ocurre con las otras, que apenas brindan un índice de probabilidad, lo que explica su escaso valor demostrativo en el propósito de fundar - por sí solas- el grado de certeza que reclama la declaración de paternidad”.

En sentencia de casación de 15 de noviembre de 2001, expediente No. 6715, la Corte dejó sentado que era imposible ser indiferente ante la contundencia de la prueba científica por su potencia demostrativa: “Así que no es cierto de lo de la prueba única o tarifada de las relaciones sexuales; por ende, lo del trato social y personal de la pareja es apenas un camino para llegar a ella. Ahora, en ese orden

de ideas, otra conclusión se impone, y es la de que consecuentemente cabe admitir que no habría base jurídica para descartar la prueba genética con ese fin, pues, si, como lo ha expresado la Corte, su poder persuasivo ‘es sencillamente sorprendente (...), al extremo que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayano en la seguridad’ (Cas. Civ. de 23 de abril de 1998), no está fuera de propósito admitir que como mínimo contiene tan buena señal como la que emite el mismo trato personal o social de los amantes. Tema éste respecto del cual conviene todavía recordar que la prueba científica de que se trata le presta tal apoyo a su veredicto (del juez), que se constituye en pilar de su sentencia, y que, en fin, ‘la paternidad biológica, esto es, la posibilidad de un gameto femenino haya sido fecundado por un determinado hombre (...) es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta (...)’ (Cas. Civ. 10 de marzo de 2000, exp. 6188). Se ha llegado, pues, al punto en que el problema no es de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella, de manera que, en cualquier caso, quienquiera desvirtuar esa alta dosis demostrativa que lo acredite”.

Mas recientemente, la Corte, en sentencia de 14 de julio de 2003, remarcó la trascendencia de la prueba científica para subrayar que: “Por donde se larga la conclusión de que dicha pericia, cuyas conclusiones, práctica y fundamentos no han sido, de otra parte, cuestionados, constituirá, con su resultado demostrativo de la paternidad alegada, el soporte principal de la presente sentencia; básicamente en cuanto torna completamente verosímil la afirmada relación paterno filial. Nadie discute hoy que los avances científicos han logrado perfeccionar métodos que señalan la paternidad con alto grado demostrativo; de allí que de tiempo atrás venga advirtiéndose esa Corporación que no puede el juzgador desentenderse del aprecio que la ley muestra respecto del aporte científico que reportan pruebas de dicho cariz, recaudadas en punto de la indagación sobre asuntos relativos a la procreación humana, pues hoy más que nunca esos avances son ‘herramientas que a juicio de

doctos contienen un indiscutible rigor científico, al extremo que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayano en la seguridad' (Cas, Civ, 23 de abril de 1998, Exp. 5014)" Al fin y al cabo, " dictamen tal, rendido en condiciones en que su pureza y fidelidad están exentas de toda tacha, cual patentiza con el ahora examinado, no sólo abre un compás para excluir sino también para incluir con grado cercano a la certeza absoluta, a quien es demandado como presunto padre; en esa dirección, claro está, imperativo es al juzgador asumir que en la investigación de la paternidad los adelantos científicos han de constituir un importante apoyo para su veredicto, tanto más si, como hubo de expresarse en forma reciente, 'la paternidad biológica, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno de determinado hombre, es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta' (Cas, Civ, 10 de marzo de 2000. exp. 6188)".

Afirmó la Corte, que en verdad, la seguridad que brinda la prueba científica, comunica a la apreciación de la prueba testimonial una perspectiva diferente, que el tribunal despreció, pues precisamente, como lo ha dicho la Corte, aquellas pruebas "que en su momento resultaron insuficientes o fueron tildadas de inocuas, como en efecto lo son por sí solas para acreditar el trato carnal (...) Suficiente es en ese propósito fijar la vista en las versiones de (...), para ver de establecer cómo ese caudal demostrativo enlaza armoniosamente con el resultado del dictamen..." (Cas. Civ. Sent. De 14 de julio de 2003, Exp. 6894).

Consideró la C.S.J., que las consideraciones hechas al despachar el único cargo propuesto por la demandante en casación, a cuyos razonamientos se remite nuevamente la Corte y que condujeron a casar la sentencia recurrida, constituyen fundamento de suyo suficiente para declarar la paternidad extramatrimonial deprecada por la demandante, por haberse acreditado suficientemente la

existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, durante la época en que de acuerdo al artículo 92 del C.C. pudo tener lugar la concepción.

12. SENTENCIA No. 049 DE 2003

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

MAGISTRADO PONENTE Dr. CESAR JULIO VALENCIA COPETE

interés actual en el ejercicio del derecho de impugnar el reconocimiento

“Entonces, aquellas personas que tengan un interés actual, pecuniario o moral, según corresponda en cada situación, son quienes están autorizadas legalmente para promover la respectiva impugnación, haciéndose una extensión por vía de excepción a esa regla general, consistente en permitir a los ascendientes legítimos del padre o madre reconociente accionar, explicable por razones que incluyen los conceptos de la institución familiar, de estirpe y descendencia“.

Aseguró la Corte en este momento, que la hipótesis fáctica que consulta la dinámica de la disposición expuesta en el párrafo anterior, exige un interés actual, cuyo surgimiento deberá establecerse en cada caso concreto y que cobra materialidad con el ejercicio del derecho de impugnar el reconocimiento, el cual, por su propia naturaleza, que lo erige en potencial exclusivo de la ley y no del mero querer de las partes, impone la intervención judicial, pues sería inútil cualquier intento particular de cambiar sus efectos mediante un acto voluntario de los interesados. Ese interés actual pone en evidencia que está latente la necesidad de acudir a la decisión judicial ante la imposibilidad de decidir el derecho privadamente, de forma individual o consensual, prédica que invade desde luego la esfera de quien efectuó el correspondiente reconocimiento frente a la irrevocabilidad unipersonal del acto objeto de impugnación, según lo dispone el artículo 1° de la ley 75 de 1968.

El interés actual, afirmó la Corte, no alcanza a confundirse con cualquier otro motivo antojadizo, pues aquél refiere a la condición jurídica necesaria para activar el derecho, al paso que éste apenas viene a ser cualquier otra circunstancia casual y por ende, carente de trascendencia o de razón algunas. Así, la presencia del segundo deviene innecesaria y, por ende, es innecesaria en relación con el propósito de accionar; dicho interés, por consiguiente, valga repetirlo, no puede estar sometido al estado de ánimo o a la voluntad de los afectados, o a la simple conservación y mantenimiento de las relaciones interpersonales.

Por otra parte, entratándose de la caducidad, manifestó la Corte que la misma debe entenderse como el plazo extintivo perentorio e improrrogable que impide el ejercicio de un derecho cuando la inactividad de la parte ha permitido que transcurra el término previsto por la ley para activarlo y reflejando esto a su vez, que su presencia viene a pender en forma exclusiva del hecho objetivo de su falta de ejercicio dentro del tiempo preestablecido, sin atender razones de índole subjetiva o que provengan en forma única de la voluntad o capricho del interesado.

El efecto de esta es automático en la medida que no depende ni de la actividad del juez ni de las partes, pues la regla está delimitada de antemano, conociéndose su principio y su fin. Es la ley la que fija sus extremos sin que esté dentro de la capacidad de los afectados alterar su contenido.

Manifestó la Honorable Corte de igual forma en la presente sentencia, que la confesión de la paternidad es punto de partida en el análisis. Esta se encuentra contenida en el reconocimiento voluntario que se hace del hijo, la cual, en principio, significa, de un lado, la participación de su autor en los actos propios destinados a la procreación del reconocido, y no simplemente la concesión de un estado civil en su favor, y, de otro, que el reconocimiento mismo se torne en irrevocable para quien lo efectúa, impidiéndose así que por camino similar de la decisión voluntaria se pueda luego, motu proprio, despojar al reconocido de su

estado civil, dado que este aspecto, en extremo ligado a la personalidad jurídica, concierne en su regulación única y exclusivamente al Estado y al imperio de la ley, como está plasmado en el artículo 1 del decreto 1260 de 1970, principio reiterado posteriormente en el inciso final del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, cuando pregona que "La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes", lo que permite afirmar categóricamente que les está vedado a los particulares disponer sobre los efectos y circunstancias constitutivas o excluyentes de tal estado.

Sobre lo concerniente a la irrevocabilidad e impugnabilidad, acertó la Corte al asegurar que dicha irrevocabilidad sin embargo no genera siempre la inimpugnabilidad del reconocimiento cuando se presenten los rigurosos requisitos previstos previamente en la misma ley, y que arrancan precisamente del resultado que provoca haber confesado las relaciones sexuales como fenómeno natural generador de la concepción o en la actualidad, la participación en la obtenida por cualquier medio científico, obligando a quien impugna con el propósito de hacer desaparecer el efecto de tal reconocimiento, a la cabal demostración de que el reconocido no pudo tener por padre a quien figura como tal, situación a la que alude el numeral 1° del artículo 248 del Código Civil, tenido como punto de referencia por el artículo 5° de la ley 75 de 1968, y que conduce en forma directa a aceptar como medio de impugnación, desvirtuar el hecho de ser en verdad el procreador del hijo. Desde esta perspectiva es claro que en ningún caso podrá servir como motivo de la negación cualquier pretexto antojadizo, por cuanto tal desconocimiento jamás podrá ser equiparable a la simple retractación.

Por otra parte, existe una necesaria complementación entre la forma ritual dispuesta por la ley para el trámite del proceso y el contenido del derecho debatido, lo cual se constituye en pilar fundamental del debido proceso y, por consiguiente, en la posibilidad del ejercicio pleno del derecho de defensa, sin que su aplicación se erija en modo alguno en menoscabo del principio de la prevalencia del derecho sustancial. Sin embargo hoy es pertinente pensar en que

en algunos puntuales eventos, si no se alegaron oportunamente vicios de procedimiento, pueda producirse sentencia de fondo, aún pasando de lado aspectos que en otras circunstancias eran constitutivos de nulidades, bajo las cuales se amparaba el juez para evadir su pronunciamiento.

El caso que ocupó en su momento la atención de la Corte, no era asunto de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal sino de atender la correspondiente oportunidad para el ejercicio de un derecho o la realización de un acto, pues ese condicionamiento a términos previamente consagrados busca precisamente definir dentro de lapsos suficientes cuestión tan trascendente como el estado civil de las personas, impidiendo que hechos de tal importancia queden al arbitrio de los intereses personales o al reflejo de los vaivenes o conveniencias del momento de quienes resultaren afectados por ellos.

El ejercicio del derecho sustancial es distinto para cada una de las partes interesadas. Exige a quien pretende su favor someterse a las imposiciones de la propia Ley, que no son impedimentos para su ejercicio, sino que, por el contrario, vienen a definir la vía para obtener su materialización.

En tratándose de la impugnación de la condición de hijo, distintos son los momentos que ofrece la ley al padre y al reconocido para que eleven ante la jurisdicción dicha pretensión, constituyendo para ambos un acto voluntario el ejercicio de cualquier reclamación al respecto.

La acusación que dio origen a la presente sentencia, manifestó la Corte, estuvo encaminada a cuestionar la comprensión que el Tribunal dio al concepto del interés actual a que alude el artículo 248 del Código Civil, como quiera que para su determinación tomó como tal la fecha en que el actor efectuó el reconocimiento de la menor demandada, esto es, la del correspondiente registro civil de nacimiento, y no el día en que fue notificado del embargo de su sueldo decretado en el proceso seguido con miras a obtener alimentos en favor de la menor, ya que, según el recurrente, computado el tiempo transcurrido desde ese día y aquel en

que se presentó la demanda con la que se dio inicio al proceso sólo transcurrieron noventa días, y no trescientos, por lo que no había lugar, en consecuencia, a estimar caducada la acción intentada, resultando así errada su apreciación sobre el instante del surgimiento de dicho interés en el presente asunto.

Aquellas personas que tengan un interés actual, pecuniario o moral, según corresponda en cada situación, son quienes están autorizadas legalmente para promover la respectiva impugnación, haciéndose una extensión por vía de excepción a esa regla general, consistente en permitir a los ascendientes legítimos del padre o madre reconociente accionar, explicable por razones que incluyen los conceptos de la institución familiar, de stirpe y descendencia.

No obstante que en determinados supuestos el mismo autor del reconocimiento puede llegar a tener interés actual en la declaración que persigue, en este asunto no es admisible el argumento del recurrente, según el cual su interés vino a surgir justamente cuando le notificaron el embargo de su sueldo ordenado por un Juzgado de Familia, es decir cuando se vio afectado su patrimonio, dentro del proceso de alimentos promovido por la demandante.

13. SENTENCIA T- 305 DE 2003

VIA DE HECHO EN PROCESO DE INVESTIGACION DE PATERNIDAD
Inexistencia de la misma por cuanto no se hizo uso de medios de impugnación previstos para obtener reconocimiento de un menor.

ACCION DE TUTELA – Inmediatez

En la presente sentencia, la Honorable Corte Constitucional conoce del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia (Sala de Decisión Civil y Familia en primera instancia), y por la Corte

Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil), en segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por Barbara Duque Sierra, en representación de su hija menor de edad Daniela Duque Sierra, contra el Juzgado Tercero de Familia de Armenia (Quindío).

Dentro de los hechos del mencionado proceso, se advierte que el veinte (20) de septiembre de 1995, la menor Daniela Duque Sierra, representada por el Defensor de Familia del Centro Zonal Número 1, Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Quindío-, presentó una demanda de investigación de paternidad extramatrimonial en contra de Carlos Abdelnur Hadad, ante los Juzgados Promiscuos Municipales de Familia de Armenia, alegando la presunción de paternidad por la existencia de relaciones sexuales durante la época en que ocurrió la concepción.²¹

El Juez Tercero Promiscuo de Familia de Armenia decretó la realización de la prueba antropoheredobiológica de compatibilidad genética entre la menor y el presunto padre, la cual fue practicada por la Universidad de Antioquia quien determinó la compatibilidad de paternidad en un 99% de confiabilidad.

Así mismo, el juzgado decretó y practicó los interrogatorios de parte y recibió dos testimonios solicitados por la parte demandante, con el fin de determinar la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre durante los meses de mayo - agosto de 1994, época en la cual se presume fue concebida la menor.

Mediante Sentencia del dieciocho (18) de diciembre de 1996, el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Armenia, denegó las pretensiones de la demanda,

²¹ Esta causal está contenida en la Ley 75 de 1968, artículo 6º: *“El artículo 4º de la Ley 45 de 1936 quedará así: “Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente: (...) 4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción*

considerando que no se probaron los supuestos de hecho previstos en el numeral 4º del art. 6º de la Ley 75 de 1968. Al respecto, el juzgado resaltó que, si bien se demostró la ocurrencia de relaciones íntimas entre la madre y el demandado durante los últimos meses del año 1992 y los primeros del año 1993, no se estableció que éstas se hubieran prolongado hasta la fecha en la cual se concibió a la menor.

En relación con el alcance probatorio de la prueba antropoheredobiológica en los procesos de investigación de la paternidad, consideró que: “Ha pesar de que la prueba de genética, salió, o dio como resultado, la compatibilidad de la paternidad del presunto padre, con la menor demandante, esta prueba técnica, por si sola no demuestra la paternidad del demandado, con respecto a la menor demandante.”

Contra el fallo anterior, inicialmente la parte demandante presentó el recurso de apelación, sin embargo, desistió de su trámite el 21 de abril de 1997 (*resaltado fuera del texto*).

Finalmente, la actora interpuso una acción de tutela objeto de estudio de la sentencia bajo análisis, afirmando que el Juzgado accionado incurrió en una vía de hecho en el análisis y valoración de la prueba antropoheredobiológica, al abstenerse de declarar la paternidad del demandado, siendo que dicha prueba determinó la compatibilidad genética con la menor, en un 99% de confiabilidad.

Con base en la anterior afirmación, la parte demandante solicitó que se ampararan los derechos fundamentales a la filiación legítima y al debido proceso de la menor Daniela Duque Sierra, ordenando la nulidad del fallo proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de la ciudad de Armenia y solicitando que se dictara o se ordenara dictar una sentencia que tuviera como fundamento la prueba antropoheredobiológica existente, u otra nueva que se realizara.

Afirmó en su momento la Corte Constitucional, que la actora impugnó la decisión proferida por el a-quo, advirtiendo que la sentencia del despacho accionado tiene efectos de cosa juzgada y por lo tanto, no cuenta con otro medio de defensa judicial, diferente a la acción de tutela, para la protección de los derechos fundamentales de su hija menor. Por otro lado, puso de presente que el 31 de julio de 2001, el Consejo Superior de la Judicatura concedió la tutela solicitada por la menor María Alejandra Buriticá, en hechos similares a los del presente proceso. Por ello, de acuerdo al principio de igualdad, considera que la providencia impugnada debe ser revocada, concediéndole a su hija la protección de sus derechos fundamentales.

En el asunto bajo examen, concluye la Corte que se alega la ocurrencia de una vía de hecho en la sentencia proferida por el entonces Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Armenia, actualmente Juzgado Tercero de Familia de la misma ciudad, dentro del proceso de investigación de paternidad extramatrimonial, interpuesto en contra del Sr. Carlos Abdelnur Hadad; vía de hecho que se concreta en una presunta valoración equivocada de la prueba antropoheredobiológica que realizó el juez de instancia.

En torno a la vía de hecho alegada, los jueces en primera y en segunda instancia consideraron improcedente la acción de tutela interpuesta por la parte demandante, por cuanto no se cumplieron las características de inmediatez y subsidiariedad propias de este mecanismo constitucional, toda vez que la protección de los derechos fundamentales fue solicitada más de 5 años después de proferida la providencia, previo desistimiento del recurso de apelación interpuesto.

La corte se plantea para la emisión de la presente sentencia el siguiente cuestionamiento:

¿Si a pesar de que no se ejercieron los recursos legales contra la sentencia judicial de primera instancia, y de haberse esperado más de 5 años para impugnarla por vía de tutela, dicha acción es procedente para proteger el derecho fundamental a la filiación de la menor, presuntamente violado por una vía de hecho en la valoración judicial de la prueba antropoheredobiológica?

La Corte responde la anterior pregunta afirmando que conforme lo ha venido señalando la jurisprudencia, la acción de tutela, entendida como el mecanismo de defensa judicial que ha sido instituido para la protección inmediata de derechos fundamentales que se encuentren amenazados o hayan sido vulnerados por entidades públicas o los particulares señalados en la ley, se caracteriza por su naturaleza residual y subsidiaria. A este respecto, el inciso 3º del art. 86 de la Constitución establece de manera general, que su procedencia se encuentra sujeta a que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial para la protección de sus derechos, o que existiendo, éste no sea idóneo para proveer una protección integral a los derechos fundamentales o no sea lo suficiente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En consecuencia, esta cláusula general de procedencia parte de la consideración que, en principio, los procesos ordinarios, y en particular, sus términos y recursos, gozan de una efectividad suficiente para obtener la protección a los derechos fundamentales, siendo necesario acudir a ellas de manera prevalente para su defensa, salvo que se demuestre lo contrario frente a un caso en especial.²²

Particularmente, afirma la Corte, que tratándose de las acciones de tutela en contra de providencias judiciales, la procedencia formal del amparo constitucional esta supeditada a que el afectado hubiera utilizado todos los recursos a su alcance para controvertir aquellas decisiones a través de las cuales considera que

las autoridades actuaron de manera arbitraria y contraria a la ley. Para el efecto, se considera que, por regla general, los procedimientos ordinarios prevén términos y recursos judiciales eficaces e idóneos, y por ello, constituyen medios de defensa prevalentes frente a la subsidiariedad que caracteriza la acción de tutela.

Dicho lo anterior, la Corte concluye que la actora no ejerció de manera adecuada los recursos que tenía a su alcance para controvertir la valoración realizada por el juez de instancia de la prueba genética.

En efecto, afirma la Corte que la Sra. Barbara Duque Sierra, a través de apoderado, presentó oportunamente el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 21 de diciembre de 1996. Por consiguiente, el expediente fue remitido a la Sala de Decisión Civil y Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, con el fin de darle el trámite de segunda instancia.²³ Sin embargo, el 21 de abril de 1997 la apoderada de la demandante, con la constancia del consentimiento de su poderdante, desistió del recurso de apelación interpuesto, renunciando con ello a la oportunidad de controvertir la decisión de primera instancia en relación con la valoración de la prueba antropoheredobiológica.

Ante la manifestación expresa de no ejercer los medios de impugnación previstos para dicho proceso, concluye la Corte Constitucional que no puede la actora solicitar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la filiación de su hija menor a través de la acción de tutela, la cual, se reitera, constituye un mecanismo residual y subsidiario, que no ha sido instituido para revivir instancias perdidas. La decisión tomada por la accionante de desistir del recurso de apelación interpuesto, determinó, no solo que la decisión proferida por

²² Sentencia SU-544 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

el juzgado accionado de no haberse demostrado la paternidad del demandado obtuviera fuerza de cosa juzgada, sino que a su vez, cerró la posibilidad de acudir al mecanismo de amparo constitucional alegando una vía de hecho judicial.

Así las cosas, por haber desistido del medio ordinario a través del cual se debía controvertir la valoración realizada y la decisión tomada por el juez accionado, no podía proceder la acción de tutela en contra de una sentencia judicial que goza de fuerza cosa juzgada por la manifiesta decisión tomada por la actora. De lo contrario, se estaría violando la subsidiariedad de este amparo constitucional.

Ahora bien, en cuanto al término para interponer la acción de tutela, afirma la Corte que si bien en el ordenamiento jurídico no se ha establecido un término de caducidad para la presentación de la acción de tutela a partir de la ocurrencia del hecho o conducta de la autoridad estatal que amenace o vulnere los derechos fundamentales invocados, la misma corporación ha determinado que su interposición debe darse dentro de un plazo razonable, proporcional y justo,²⁴ De conformidad con la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo de protección eficaz e inmediato de los derechos fundamentales que se encuentran amenazados o vulnerados y por lo tanto, ella requiere que sea interpuesta dentro del marco de su ocurrencia, para efectos de proveer la solución requerida.

Al respecto la propia Corte Constitucional a afirmado:

*“(...) la Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la **subsidiariedad y la inmediatez**: ...la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y*

²³ El art. 5º del Decreto 2272 de 1989 establece la doble instancia en estos procesos de investigación de paternidad extramatrimonial

²⁴ Sentencias T-575 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), SU-961 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.” (Sentencia C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

Así mismo, la Corte afirma que la solicitud de amparo en un término irrazonable ha sido asimilada por la jurisprudencia con la inactividad de los sujetos procesales para ejercer las acciones y recursos ordinarios, como quiera que ambas situaciones conllevan a la improcedencia de la acción de tutela. Al respecto se ha dicho:

“Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda. En el caso en que sea la tutela y no otro medio de defensa el que se ha dejado de interponer a tiempo, también es aplicable el principio establecido en la Sentencia arriba mencionada (C-543 de 1992), según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para beneficio propio, (...)” (Sentencia SU-961 de 2001. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Subrayado por fuera del original.)

Como se advierte, la determinación de la razonabilidad del plazo debe estimarse frente a las particularidades del caso, y en consecuencia, no puede desconocerse el hecho de que haya existido un motivo justificable para la demora en la solicitud de protección constitucional.

Tomando el orden cronológico de los hechos del proceso, se tiene que la Sentencia objeto de controversia fue proferida el 18 de diciembre de 1996, y, sin embargo, sólo se recurrió al mecanismo de amparo constitucional el 22 de julio de 2002. Por consiguiente, fueron aproximadamente 5 años y 7 meses el tiempo que la accionante dejó transcurrir, para solicitar la protección de los derechos fundamentales de su menor hija que consideró fueron amenazados por la decisión del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Armenia. A pesar de ello, en la acción de tutela ni en la sustentación de la impugnación, se adujo razón alguna para no haber ejercitado la acción en el tiempo oportuno.

Por consiguiente, concluye acertadamente la Corte en la presente Sentencia, que el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la amenaza o violación y la interposición de la acción de tutela resulta irrazonable y desproporcionado ante la supuesta actuación arbitraria y abusiva del juez, en particular, si la violación se trata del derecho fundamental a la filiación de su hija menor.

A su vez, al no haberse propuesto en la demanda y al no encontrarse demostrado en el expediente, afirma la Corte que tampoco es posible considerar que la acción de tutela es procedente para efectos de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En virtud de la falta de inmediatez con la que se propuso la solicitud de amparo, dedujo la Corte que para la madre, la menor Daniela Duque Sierra no se encontraba ante la presencia de una amenaza o una vulneración grave e inminente de su derecho fundamental a la filiación, que así lo hiciera necesario, con mayor razón, si la decisión judicial adoptada en el proceso de investigación

de la paternidad, despejó la incertidumbre sobre la existencia de filiación entre la menor y el demandado.

De acuerdo con lo expuesto, la actora desconoció las características de subsidiaridad e inmediatez que fundamentan la protección a través de la acción de tutela.

Para la Sala de Revisión, resultó de gran relevancia el hecho que hubieran transcurrido más de 5 años entre la declaración judicial que negó la condición de padre del Sr. Carlos Abdelneur Hadad y la impugnación de tal declaración por vía de tutela, por lo cual fue necesario proteger la seguridad jurídica del demandado y de la menor en relación con la inexistencia de filiación entre ellos, situación que fue probada en un juicio donde las partes gozaron de todas las garantías procesales estatuidas en la Ley. Contrario al principio de seguridad jurídica, sería mantener en una situación indefinida el estado civil, tanto de la menor Daniela Duque Sierra como del Sr. Abdelnur Hadad, permitiendo que a través de la acción de tutela se revivan instancias que fueron desestimadas por los interesados en su debida oportunidad.

En consecuencia, fueron confirmadas por la Honorable Corte Constitucional en la presente Sentencia, las sentencias proferidas por la Sala de Decisión Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

14. SENTENCIA T- 363 DE 2003

DERECHO A LA FILIACION-Mecanismos judiciales de protección.

DERECHO A LA FILIACION NATURAL-Necesidad de practicar prueba antropoheredobiológica

PROCESO DE FILIACION-Realización de prueba genética en laboratorio certificado por el Gobierno

PROCESO DE FILIACION DE MENOR-Garantías para validez de prueba antropoheredobiológica.

Aseguró la C.S.J., en la presente sentencia, que en caso de que el examen de ADN sea realizado a un menor, para que la obtención de la prueba antropoheredobiológica sea válida, se requieren otras garantías. A saber, que ésta se realice (i) con la presencia o autorización de la madre, del padre o de quien esté ejerciendo la patria potestad, (ii) con la asistencia del presunto padre o madre, (iii) con el pleno conocimiento y comprensión del alcance y finalidad del examen por parte del hijo, en la medida en que éste tenga capacidad para esto, y (iv) con ausencia de engaño o coerción al menor.

La Directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, consideró que al dejar en firme las decisiones judiciales de los funcionarios judiciales accionados, se estaba vulnerando el derecho fundamental a la personalidad jurídica del actor puesto que según la Corte Constitucional “la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. (...) el derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica.” (C-109/95).

Indica que, como se ha determinado que toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres, también se tiene derecho a saber quienes son sus hijos. En criterio de la Defensoría “lo que es conveniente precisar en el caso concreto, es que si existiendo una prueba genética de ADN sobre el hecho de que el accionante no es el padre del menor, deba prevalecer una decisión judicial fundamentada en unas pruebas que no ofrecen los parámetros de confiabilidad demandados y que se muestran contrarias a los adelantos científicos y a la realidad.” (...) “El estudio bajo la óptica de lo acertada de la actuación judicial para la época, resulta intrascendente, ya que lo que se demanda es la primacía de los derechos fundamentales a la personalidad y la filiación con base en una prueba científica, que si bien se practicó fuera del proceso y no ha sido controvertida, señala que el accionante no es el padre del menor.”

En efecto, en búsqueda de la garantía del derecho de filiación también se debe ver garantizado el debido proceso. No es viable, por tanto, que los sujetos que pretendan reconocimiento o impugnación de una determinada filiación acudan a medios ajenos al ordenamiento jurídico para buscar la satisfacción de sus intereses.

“Ahora bien, podría argüirse que se está reviviendo un término que la actora ha dejado transcurrir, porque sin la intervención del juez de tutela hubiere podido solicitar la práctica del examen del HLA sin acudir al mecanismo de protección de los derechos fundamentales; sin embargo, cabe precisar que las pruebas genéticas, debido a que involucran a la persona misma –artículos 2º, 5º y 14 C.P.-, no pueden ordenarse sin una debida justificación, y sin que el juez que la ordena adquiera plena certeza de su procedencia y utilización, la que no se puede adquirir con la simple solicitud que requiere un prueba extrajudicial – artículo 301 C.P.C.-; además, se reitera que no se pretende solventar la omisión de las partes, sino la de los jueces de la causa, a quienes les

correspondía acatar el mandato imperativo del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, para proferir su decisión, y no lo hicieron.

Lo anterior en razón de que - como quedó explicado- corresponde al juez de revisión considerar la prueba que los accionados dejaron de practicar, y con plena sujeción a las garantías constitucionales de todos los sujetos en conflicto, proceder a revocar o a confirmar las decisiones sujetas a controversia, y, al juez constitucional intervenir para que tal cometido resulte posible cuando la violación de las mentadas garantías, en las decisiones que se han de controvertir, resulte evidente.²⁵ (subrayas ajenas al texto)

Es necesario reiterar que en las vías jurídicas consagradas exclusivamente para tratar el derecho de filiación se debe practicar, según la Ley 721 de 2001, la prueba de ADN para determinar con certeza la existencia paternidad o maternidad del demandado. En caso de que esta prueba no se haya realizado a pesar del uso de las vías jurídicas señaladas, se puede acudir a la acción de tutela para que a través de este proceso se proteja el derecho a la filiación.

²⁵ Ver sentencia T-1342 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. La Corte debía analizar si existía vulneración del debido proceso en un proceso de filiación extramatrimonial adelantado en 1992 en el cual se declaró a una menor como hija de un sujeto ya fallecido. Los herederos indeterminados del señor, como partes del proceso de filiación, alegaban que se había vulnerado el debido proceso puesto que no se había practicado el examen del HLA para la determinación con alto grado de certeza de la filiación, a pesar de haberse decretado; se había fallado en tal sentido teniendo en cuenta, únicamente, pruebas testimoniales y los exámenes de compatibilidad sanguínea entre la menor y la familia del presunto padre, ya fallecido. La Corte estimó que puesto que para la época ya existía el examen de HLA era deber del juez el haber tenido éste como medio probatorio. Al ser una prueba imprescindible que no se procuró ni analizó dentro del proceso se había vulnerado el debido proceso con la delicada implicación que éste tenía sobre el derecho fundamental a la filiación verdadera.

Los sucesores del presunto padre habían hecho uso de los mecanismo procesales existentes, pero ni en segunda instancia ni en sede de casación se había modificado el fallo del a quo por considerar válido el análisis probatorio realizado. Además la parte afectada no había insistido dentro del proceso en la realización de la mencionada prueba. Al momento de acudir a la tutela estaba muy próximo a vencerse el término para interponer el recurso extraordinario de revisión. La Corte, teniendo en cuenta el perjuicio irremediable que podía sufrir la filiación vinculada con el debido proceso suspendió por cuatro meses el término para interponer el recurso de revisión para que en tal término la accionante, mediante el procedimiento de las pruebas anticipadas, solicitara la práctica de la prueba del examen del HLA en los herederos indeterminados.

Dentro del debido proceso también se incluye el respeto a las formas establecidas para la obtención de las pruebas. En efecto, la Constitución Política consagra dentro de su artículo 29 que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” En esa medida, no se puede pretender que un medio probatorio conseguido en contravía de las reglas procesales tenga efectos jurídicos dentro de un proceso.

Afirma la Corte que de estos requisitos no están excluidas las pruebas que obren dentro de mecanismos judiciales para la protección del derecho a la filiación. Por los especiales intereses que amparan estos procesos, las garantías que se ofrezcan a los sujetos implicados en la obtención de la prueba deben ser amplias y estrictamente observadas.

Un ejemplo de estas garantías es el previsto por el legislador en la Ley 721 de 2001. En esta norma se indica que los laboratorios donde se realicen las pruebas deben estar debidamente certificados por el gobierno. En ese sentido, uno de los requisitos para la validez de la prueba sería el haberla obtenido en los laboratorios con dicha aprobación. Señala la Ley 721:

“Artículo 7: En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

Parágrafo 1: Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos esperticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales.

Artículo 9: Créase la Comisión de Acreditación y Vigilancia del orden nacional integrada por: Un delegado del Ministerio de Salud, un delegado del Ministerio de Justicia y del Derecho, un delegado del Instituto Colombiano de Bienestar

Familiar, un delegado de las Sociedades Científicas, un delegado del Ministerio Público, un delegado de los laboratorios privados de genética y un delegado de los laboratorios públicos. La Comisión de Acreditación y Vigilancia deberá garantizar la eficiencia científica, veracidad y transparencia de las pruebas con marcadores genéticos de ADN y podrá reglamentar la realización de ejercicios de control y calidad a nivel nacional en cuyo caso deberá regirse por los procedimientos establecidos por la Comunidad Científica de Genética Forense a nivel internacional.

Parágrafo 1: La acreditación y certificación nacional se hará una vez al año a través del organismo nacional responsable de la acreditación y certificación de laboratorios con sujeción a los estándares internacionales establecidos para pruebas de paternidad.

Parágrafo 2: Todos los laboratorios de Genética Forense para la investigación de la paternidad o maternidad deberán cumplir con los requisitos de laboratorio clínico y con los de genética forense en lo que se refiere a los controles de calidad, bioseguridad y demás exigencias que se reglamenten en el proceso de acreditación y certificación.”

Afirmó finalmente la Honorable Corte que en caso de que en la práctica de la prueba se hayan respetado todas las garantías señaladas, ésta se podrá hacer valer dentro de los procedimientos judiciales tendentes a la protección del derecho a la filiación mencionados anteriormente.

De otra manera en ninguna de los procesos podrá allegarse y ser tomada en consideración esta prueba.

15. SENTENCIA C.S.J. Exp: 7901- 28 DE JUNIO DE 2005

OBLIGATORIEDAD DE LA PRACTICA DE LA PRUEBA GENETICA EN PROCESOS DE FILIACION.

En las consideraciones de la Honorable Corte Suprema de Justicia en la presente Sentencia, se considero que el hecho de omitir la ordenación y recaudo de la practica de la prueba genética en los procesos de filiación, consolida un vicio de nulidad procesal.

La razón para la anterior afirmación la encuentra la C.S.J., basándose en que el Código de procedimiento Civil, estructura en la fase instructiva del juicio, con un marcado componente inquisitivo, no solo la autorización sino en algunos casos, la obligación en cabeza del juez de decretar pruebas de oficio (art. 37, num 4°, 179 y 180). A su vez el mismo código, repudia las actitudes de las partes que dificulten, entorpezcan, obstruyan o impidan la practica de las pruebas, particularmente de aquellas que el propio legislador ha ordenado decretar y recaudar en determinado tipo de procesos, justamente por su importancia para revelar o descubrir los hechos que permitan definir el destino de una pretensión.

Afirmó la Corte entonces, que es inaceptable que los comportamientos evasivos de los litigantes, aquellos que directa o indirectamente traben la recolección de las pruebas, sean tolerados por la Constitución y la Ley. Muy por el contrario, estos constituyen, si logran su objetivo, un vicio de actividad procesal susceptible de provocar la invalidación del proceso.

En los procesos en los que se discuta la filiación paterna o materna, los exámenes médicos destinados a establecer las características genéticas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, deben por regla ser ordenados por el juez,

según lo establecía el artículo 7 de la ley 75 de 1968, hoy modificado por el artículo 1 de la ley 721 de 2001. Se entiende entonces que el decreto y la practica de dicha prueba no so abandonados a los intereses de las partes ni al arbitrio judicial, sino que el decreto y practica de pruebas se deben a un imperativo legal que determina el comportamiento probatorio de los sujetos que intervienen en el proceso de filiación.

Por otra parte, afirma la Corte que la prueba en la actualidad, no puede ser considerada únicamente como una carga, sino también según el caso, como un prototípico y autónomico derecho (El derecho a probar), por demás fundamental, susceptible de ser tutelado y respetado, so pena que se adopten los correctivos pertinentes, siempre con el propósito de no permitir impunemente que tal derecho sea vulnerado y de paso lo sean también derechos esenciales como el de acceder a la administración de justicia y a un debido proceso.

Igualmente, asegura la Corte que el hecho de que la prueba genética sea decretada de oficio, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su practica, es decir, de hacerla o no, sino que, por el contrario, habiendo sido estimada como necesaria, le incumbe al juez un mayor deber en su ejecución.

Plantea la Corte que en el caso que un presunto padre se niega a concurrir al laboratorio respectivo, para prestar su colaboración en la practica del examen medico pertinente, siendo necesaria su intervención principalmente en las pruebas que requieren el análisis del ADN, su simple negativa, por reiterada que sea, lo mismo que sus evasivas y en general los comportamientos que demuestren la intención de impedir que se recaude la prueba, no pueden traducirse en que el juez deba clausurar la oportunidad para practicar tal prueba, pues aunque tal negativa constituye un indicio en contra del demandado, para salvaguardar el derecho a probar, el juez debe adoptar las medidas que considere necesarias para

remediar y sancionar un acto que es abiertamente contrario a la Constitución en cuanto que toda persona tiene el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Afirma claramente la Corte, que en los procesos de impugnación o investigación de la paternidad o maternidad, todo comportamiento obstructivo de una de las partes o en general su renuencia a colaborar en la practica de las pruebas genéticas constituye nulidad procesal en tanto esa conducta sea acompañada de una actitud pasiva del juez que conoce del proceso que implique que este se haya abstenido de adoptar medidas idóneas para remover (aun con determinaciones de tipo coactivo, pero legales), los obstáculos puestos por el litigante reacio. Este vicio puede ser alegado por la parte afectada incluso a través del recurso de casación, si no se hubiere saneado.

En el caso que dio lugar a la presente Sentencia, en un proceso de investigación de paternidad, el presunto padre se mostró renuente a la practica de la prueba genética, afirmando lo siguiente:

“seria contra mi conciencia realizarme este examen frente a una situación que no admito”.

Frente a lo anterior, la Corte concluyó que no es posible admitir la renuencia de un presunto padre o madre a practicarse la prueba genética, so pretexto de una pretendida objeción de conciencia, pues aunque es cierto que “nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias, ni compelido a revelarlas, ni obligado a actuar contra su conciencia”, (art. 18 Constitución Política Colombiana), es innegable que esa garantía encuentra su frontera en el respeto debido a los derechos ajenos y en el interés general, impidiendo que la misma pueda servir para incumplir otros deberes constitucionales como el de colaborar con la administración de justicia.

Por consiguiente, como el objetor de conciencia frente a la practica de la prueba relativa al ADN, solo interpuso el interés particular al general, la conveniencia

personal ante los intereses del menor que investigaba su filiación, dicho argumento no fue aceptado por la Honorable Corte para excusar la renuencia a concurrir al laboratorio respectivo, con el fin de recaudar el material biológico que serviría a los peritos para elaborar su concepto.

Concluyo finalmente la Corte Suprema de Justicia, que todo juez, preservando siempre la garantía constitucional a un debido proceso, el derecho de defensa y el respeto a la dignidad humana, puede sancionar sucesivamente con multa, y en otros casos que así lo ameriten, hasta arrestar a la persona renuente en los términos y condiciones previstos en el numeral 1 del artículo 39 del C.P.C.

De igual forma, puede el juez adelantar una inspección judicial sobre la persona del demandado con el fin de practicar los exámenes respectivos, claro esta, sin violencia, coerción fuerza o constreñimiento ilegal de ningún tipo, procurando en todo caso, persuadir a la persona para obtener su asentimiento.

Igualmente, se puede ordenar una inspección al lugar de habitación o de trabajo de la persona, para obtener objetos o material humano en los que pueda estar presente una huella biológica de la misma, sea el caso de cabellos, saliva etc.

Finalmente, el juez puede con el fin de materializar el principio que tiene toda persona incluidos los terceros, de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, disponer que la prueba genética se practique con los consanguíneos del presunto padre, de modo que a partir de la determinación del perfil genético de este, se posibilite la realización de tal prueba, aclarando que la renuencia de los consanguíneos a esta prueba, también es susceptible de la toma de las medidas ya mencionadas por parte del juez contra estos.

CONCLUSIONES

- 1- Desde la ley 57 de 1887, que fue la primera en regular en nuestro país lo concerniente a la Filiación Extramatrimonial, hasta nuestros días, con la Sentencia 7901 del 2005, se observa claramente una evolución conceptual y en materia de regulación sobre el tema, que por una parte ha sido tanto fruto de la propia evolución de las sociedades foráneas, que de una u otra forma influyen el desarrollo de las doctrinas Colombianas, como de los propios cambios que han sufrido la mentalidad y las concepciones de nuestros legisladores, jurisprudentes y doctrinantes, en el afán de cumplir el principio en virtud del cual el derecho debe acomodarse a los hechos que lo circundan.

- 2- No obstante lo anterior, no podemos en ningún momento ni bajo ninguna circunstancia, afirmar que la problemática social del abandono de menores, la cual es un conflicto de fondo en nuestro país, tenga como única solución la creación de normas, expedición de sentencias o desarrollo de doctrinas en materia de derecho de familia o filiación extramatrimonial. Adicionalmente, para entrar en el análisis etiológico que genera el abandono de niños y niñas en Colombia, resultaría necesario adelantar una investigación social, lo cual es materia diferente del presente texto, y eventualmente una de las soluciones que pueda arrojar dicha problemática, será de orden legislativo.

La situación desfavorable por la que atraviesan miles de menores que no cuentan con el apoyo de uno de sus padres o en el mas de los casos de ninguno de los dos, no se encuentra solamente en manos de los legisladores, jurisconsultos y doctrinantes, que creen desarrollen y avalen las normas que aumenten las penas de privación de la libertad a tales padres cuando no responden con sus obligaciones como tales. De hecho, resulta inadecuado el creer que imponer una pena privativa de la libertad a un padre que incumple

las obligaciones que tiene para con su hijo, es la solución a dicho incumplimiento. Esto es bien sabido por los jueces y fiscales de nuestro país, quienes optan por buscar de cualquier forma una conciliación entre las partes o la imposición de una medida diferente a la de la privación de la libertad en los procesos e investigaciones que se adelantan en Colombia, con el fin de que se llegue a un arreglo que no perjudique aun mas la situación de los menores que se ven abandonados. Resulta desde todo punto de vista ilógico el pensar por ejemplo, que el incumplimiento a la obligación de dar alimentos a un menor por parte de su padre, cesara a partir del momento en que este ingrese a un centro penitenciario, en el que tal padre dejara de recibir cualquier tipo de ingreso económico, con el cual podría dar cumplimiento a tal obligación.

Con base en lo anterior, es entendible el hecho de que fiscales y jueces vean a la imposición de las penas privativas de libertad a los padres incumplidos, como la ultima de las opciones a la hora de sancionarlos y como una medida que no soluciona la situación del los directamente afectados, en estos casos, los menores.

- 3- Si bien es cierto que desde todo punto de vista nuestra actualidad jurídica en materia de Filiación Extramatrimonial esta por decirlo de alguna manera a años luz del incipiente comienzo que tuvo el siglo antepasado en nuestro país, también es cierto que aun falta mucho por hacer no tanto en lo concerniente a la creación de normas, expedición de sentencias o elaboración de Doctrinas en las que se reconozcan mas derechos de los hijos extramatrimoniales o mas obligaciones de los padres de estos, sino en lo concerniente a la creación de mecanismos que hagan efectivo el cumplimiento de tales obligaciones y de formas en virtud de las cuales, los hijos extramatrimoniales que se ven desamparados, puedan hacer exigir sus derechos.

Como bien lo afirma la Doctora Beatriz Castelblanco de Castro en el prologo del libro DERECHO DE FAMILIA, “el derecho de familia esta comprendido en

estas normas. Aprendamos a interpretarlas y a obedecerlas. Que los legisladores las completen y que los mandatarios que han dedicado parte de su programa de gobierno a enriquecer esta rama del derecho, tengan como pedestal de su recuerdo, el haber hecho una sociedad mas justa, dándole oportunidad a la familia para cumplir felizmente sus fines, y al menor para llegar a ser llamado, al igual que el Libertador, con el titulo de buen ciudadano”.

- 4- En el artículo primero de nuestra Carta Constitucional, se estipula que el nuestro es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana y en la solidaridad de las personas que lo integran, entre otras características.

Lo anterior se encuentra plasmado en nuestra norma de normas, la cual según el principio de supralegalidad legal, se superpone a cualquier otra en nuestra patria. Analizando la concepción que nos trae el mencionado artículo, vale la pena preguntarse hasta que punto se puede afirmar que en verdad en Colombia se aplica el concepto de Estado Social de Derecho, si en el día a día vemos una problemática de orden precisamente social, que por ende afecta todos y cada uno de los eslabones de la gran cadena que conforma todos los sectores de nuestro país.

Por diversas razones de índole político, económico etc., nuestro Estado no ha podido materializar verdaderamente su faceta Social de Derecho y por tanto no a pasado de ser un idealismo jurídico-social plasmado en la carta del 91.

No obstante la inversión de recursos anual que se le inyecta a programas de orden social encaminados a la protección de la familia como núcleo esencial del Estado, la situación en materia de inasistencias alimentarias, maltrato y abuso infantil, violencia intrafamiliar y otras situaciones que degradan el eslabón social, parece no mejorar como debiera.

Las soluciones a estos problemas no se encuentran a la vuelta de la esquina y más aun, no comprometen al Estado únicamente. La materialización del concepto de Estado Social de Derecho resulta un compromiso de todos, de

nuestra parte como ciudadanos para vigilar, reclamar, exigir y denunciar y de nuestros representantes en los estrados jurídicos y políticos, para materializar los principios rectores que defienden y la voluntad de quienes los hemos elegido.

Solo gracias a un trabajo conjunto entre Estado y sociedad, se puede llegar a hablar de la puesta en marcha de ese concepto idílico, que transforma la utopía del verdadero Estado Social de Derecho, en la realidad que todos queremos.

Lo anterior, encuentra fundamento en lo desarrollado en la AGENDA GLOBAL PARA AMERICA LATINA, propuesta en el V ENCUENTRO DE EXPRESIDENTES IBEROAMERICANOS, la cual se llevo a cabo los días 20 y 21 de Junio del presente, y en la que se concluyó entre otras cosas, que lo que realmente interesa, hablando de fenómenos actuales como la globalización, es que los beneficios de esta, lleguen a todos sus destinatarios en el mundo, materializando así, en el caso Colombiano, la aplicación del concepto de Estado Social de Derecho.

- 5- La problemática que afronta la sociedad colombiana en materia de filiación extramatrimonial, puede ser abordada desde diversos puntos de vista. Podemos encontrar aspectos neurálgicos en nuestra sociedad que desencadenan en la existencia de hijos que no fueron deseados por sus padres. Las razones para esto son tan variadas como la misma composición del ADN de cada individuo. Estas razones pueden ser entre otras, la irresponsabilidad de quienes siendo adultos y a sabiendas que no quieren tener hijos no planifican, la ignorancia en temas de sexualidad tanto en menores como en mayores, los casos de violación que a diario se presentan a lo largo y ancho de nuestro país, etc.

Como se puede observar, la solución a estos problemas no radica en la expedición de normas, la creación de jurisprudencia ni la elaboración de doctrinas sobre el tema. De hecho, estas tres fuentes del derecho, no son la solución, sino una de las consecuencias de la problemática social en nuestro país.

Por la existencia de hijos extramatrimoniales no deseados, que a la vez son fruto de padres o madres inconscientes, irresponsables o víctimas de delitos de naturaleza sexual, se deben expedir normas, emitir sentencias y elaborar doctrinas para que quienes son responsables, cumplan con sus obligaciones.

La existencia de uniones de seres humanos de sexos opuestos por fuera de vínculos legales, de las cuales nacen hijos, fue, es y será un hecho presente en todas las etapas de la humanidad. Mas ahora y en los años venideros, cuando actos simbólicos generadores de obligaciones como el matrimonio ya sea religioso o civil, están siendo considerados como inoperantes e innecesarios.

El tratadista Italiano E.A. Zannoni, en su libro "EL CONCUBINATO", afirma que "La existencia de estas uniones extralegales constituye un hecho social que se ha observado en todos los países y en todas las épocas y de ahí que el legislador que quiera interpretar fielmente los datos que le suministra la realidad social, debe reglamentar los efectos que producen, especialmente respecto a los hijos procreados en ellas. Así lo han entendido tanto los legisladores antiguos como los modernos, salvo contadas excepciones que temporalmente han tenido vigencia en algunos códigos".

Las generaciones actuales ven a tales vínculos legales y religiosos como a ataduras que cercenan sus libertades, esto debido en parte, a que en la actualidad se confunde libertad con libertinaje y se lleva por muchos hombres y

mujeres una vida sexual en la que impera la promiscuidad con los cientos de riesgos actuales que esto conlleva.

La solución para las consecuencias que de seguro se presentaran en lo concerniente a la existencia de hijos extramatrimoniales y de padres que incumplen sus obligaciones, no será tampoco para entonces, la expedición de normas que den mas años de cárcel a tales padres, ni la emisión de sentencias que aclaren conceptos o reconozcan derechos y obligaciones a los padres, ni la elaboración de doctrinas científicas o jurídicas que perfeccionen o agilicen los métodos para impugnar o reconocer la paternidad de un individuo.

La posible solución, será como ahora, el hecho de crear conciencia en los jóvenes para que lleven una vida sexual con responsabilidad y madurez, si desean llevarla. El hecho de concientizarlos de las consecuencias que se desprenden de un embarazo no deseado y del hecho de tener un hijo por el cual responder moral, afectiva y económicamente. El hecho de concientizar a los jóvenes de que dos de los mejores aspectos de la vida de un ser humano, son en primer lugar el pertenecer a una familia unida, en la que los padres se respeten entre si, se acompañen el uno al otro, se colaboren mutuamente y respeten a sus hijos, los acompañen y apoyen en su crecimiento. Y en segundo lugar, el formar una propia familia, respetando a la pareja, acompañándose y colaborándose mutuamente y por supuesto, si se tienen hijos, respetándolos, acompañándolos y apoyándolos en su crecimiento.

Seria solo esto, desde mi humilde opinión, lo que complementaria perfectamente a las leyes, las sentencias y las doctrinas en materia de Filiación Extramatrimonial en Colombia y en el mundo SOLO ENTONCES podríamos hablar de una sociedad que convive en justicia y equidad.

Sabia resulta la frase que aconseja enseñar al joven para no tener que castigar al viejo.

BIBLIOGRAFIA

- 1- CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA
- 2- CODIGO CIVIL COLOMBIANO.
- 3- LEY 57 DE 1887.
- 4- LEY 45 DE 1936
- 5- LEY 75 DE 1968.
- 6- LEY 29 DE 1982.
- 7- LEY 721 DE 2001.
- 8- SENTENCIA C-109 DE 1995.
- 9- SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA Ref: Exp: 5639. OCTUBRE DE 2000.
- 10- SENTENCIA C-243 DE 2001.
- 11- SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA Ref: Exp: 6188. DICIEMBRE 12 DE 2002.
- 12- SENTENCIA No. 049 DE 2003.
- 13-SENTENCIA T-305 DE 2003
- 14- SENTENCIA T-363 DE 2003.
- 15- SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA Ref: Exp: 7901. JUNIO 28 DE 2005
- 16- SARMIENTO GARCIA Eduardo, Elementos de Derecho de Familia Bogotá 1999.
- 17- BORDA GUILLERMO, Manual de Derecho de Familia.
- 18- BELLUCIO A., Manual de Derecho de Familia.
- 19- OWEN David, 40 Casos Criminales y Como Consiguieron Resolverse.
- 20- GÓMEZ PIEDRAHITA Horacio, El parentesco y la filiación.
- 21- VALENCIA ZEA, Tomo V, Derecho de Familia.

- 22- SUAREZ FRANCO Roberto, Derecho de Familia.
- 23- SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, Derecho de Familia,
- 24- RODRIGUEZ FONNEGRA JAIME, De la sociedad conyugal
- 25- KIPP WORCK ENRISERIUS, Tratado De Derecho De Familia Y De Sucesiones.
- 26- GARCIA SARMIENTO Eduardo, Tratado De Derecho De Familia Y Procesos.

PAGINAS DE CONSULTA EN INTER NET

1. www.icbf.gov.co/espanol/accionesint12.asp
2. www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/departamentos/privado/FAMILIA
3. web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional
4. www.policia.gov.co/.../unidades/egsan.nsf/paginas/LASPRUEBASBIOLOGICASPARADEMOSTRAROEEXCLUIRLAPATERNIDAD
5. www.alterini.org/pcc/lib3t6.htm
6. www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/revista.pdf
7. www.uexternado.edu.co/derechoyvida/xxxii.html
8. www.abogadoperu.com/codigo-civil-libro-x-derecho-internacional-privado
9. www.codigo-civil.net/blog
10. www.comunidad.derecho.org/dergenetico/Filiacion.html