

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL NO RECONOCIMIENTO PATERNO
VOLUNTARIO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN COLOMBIA**

ADRIANA LUCIA ARTUNDUAGA MÉNDEZ

TUTORA: YADIRA ALARCÓN PALACIO Ph.D

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

DERECHO

2011

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

INDICE

Resumen

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

1. fundamento normativo de derecho internacional, constitucional y legal de la filiación y la relación con los derechos a conocer el estado civil real y a la identidad.

1.1 Filiación en los tratados internacionales de derechos humanos.....8

1.2. Filiación en el derecho constitucional colombiano.....11

1.2.1 jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la Filiación como derecho fundamental.....17

1.3 Filiación en las leyes colombianas.....20

1.3.1. Código Civil.....20

1.3.2. Código de la Infancia y de la Adolescencia.....29

1.4 La identidad.....32

CAPÍTULO II

2. Naturaleza del deber jurídico de reconocer a los hijos, qué efectos y alcances tiene en el ordenamiento jurídico colombiano

2.1 El reconocimiento paterno del hijo extramatrimonial en Colombia.....36

2.1.1 Características del reconocimiento paterno del hijo extramatrimonial en Colombia.....	39
2.2. ¿Es voluntario el reconocimiento paterno del hijo extramatrimonial en Colombia?.....	40
2.3. Derecho a probar en juicios de filiación.....	43
2.4. ¿Es el Reconocimiento Paterno un Deber Jurídico en Colombia?.....	46

CAPÍTULO III

3. Responsabilidad civil por el no reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.1. ¿Responsabilidad Civil en el derecho de familia?.....	49
3.2. Responsabilidad Civil paterna por el no reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial abordaje desde el derecho Colombiano.....	55
3.2.1. ¿Hecho Ilícito o incumplimiento de deber jurídico?.....	55
3.2.2. La culpa como factor de atribución.....	60
3.2.3 Causales de exoneración.....	61
3.2.4 El daño.....	64
3.2.4.1. Daño Moral.....	66
3.2.4.2 Daño Material.....	69
3.2.5. Nexo causal.....	73
3.2.6. Legitimación por activa.....	74
3.2.7. Actitud de la madre.....	76
CONCLUSIONES.....	80

REFERENCIAS.....83

INTRODUCCIÓN

Colombia es un país que se ha caracterizado durante toda su historia reciente por tener un alto porcentaje de niños y niñas no reconocidos de manera espontánea por sus padres, y que por ende las madres actuando como sus representantes legales o los propios hijos al emanciparse, deben buscar el reconocimiento judicial de sus derechos fundamentales a tener un estado civil real, a la filiación, a conocer su realidad biológica, a la identidad y a una familia, todo estos enmarcados en los tratados internacionales adoptados por el estado colombiano mediante leyes, la Constitución Política y las leyes vigentes, todos los anteriores que prevalecen cuando se trata de niños y niñas, como bien lo establece la Constitución¹ y el código de la Infancia y de la Adolescencia.

Habiendo dicho lo anterior, la doctrina nacional tradicionalmente ha desarrollado de manera vasta todo lo concerniente al reconocimiento judicial del hijo o hija extrapatrimonial², cómo se puede obtener, los requisitos legales, las pruebas y las consecuencias del mismo desde la óptica de los alimentos; pero muy poco se ha dicho sobre la posibilidad de que ese reconocimiento no espontáneo o más bien esa negativa dolosa a

¹Constitución Política Colombiana de 1991. Artículo 42. Corte Constitucional. Sentencias T-477 de 1995 y T-293 de 1998 (entre otras), MPS Alejandro Martínez Caballero y Carmen Isaza de Gómez respectivamente.

²Con la ley 1060 de 2006 el panorama del reconocimiento del hijo extramatrimonial cambió de manera sustancial, debido a que la tradicional concepción de que el hijo de mujer casada se presumía de su esposo establecida en el antiguo Artículo 213 del Código Civil fue extendida al hijo concebido durante la unión marital de sus padres presumiéndolo del compañero permanente, presunciones todas simplemente legales porque se puede probar lo contrario en un proceso de investigación o impugnación de la paternidad.

establecer la filiación pueda ser causante de responsabilidad civil si se concretan todos los elementos que ésta supone: hecho ilícito, daño, factor de imputación y nexo causal.

Por ejemplo, analicemos el caso en el cual un niño o una niña es privado o privada de conocer su filiación real, sus orígenes, a tener un nombre, un padre, más aun a dejar de ser hijo de un desconocido por un largo tiempo, debido a que su padre actuando deslealmente dentro del proceso judicial de reclamación de la filiación no quiso concurrir a tomarse las pruebas de ADN y aun peor se hizo sustituir por un tercero. ¿Es posible que situaciones fácticas similares generen daños morales a esta persona, e incluso pérdida de la oportunidad de tener una mejor educación o unas mejores condiciones de vida? Teniendo de precedente que este padre tuvo conocimiento del embarazo y del parto y que de manera reiterada se negó prejudicialmente y judicialmente al reconocimiento voluntario.³ Por esto me pregunto si casos así en Colombia deberían generar una condena desde el ámbito de la responsabilidad civil.

En Argentina, un país que tiene un sistema jurídico articulado de manera similar al nuestro, se puede encontrar el primer antecedente jurisprudencial sobre la materia en 1988, hace más de 20 años, lo que seriamente nos debería hacernos preguntar qué ha pasado con nosotros, por qué no se encuentran antecedentes jurisprudenciales o por qué la doctrina nacional no ha trabajado el tema a profundidad.

³Suprema Corte de Justicia de la República Argentina. Poder Judicial Mendoza, Sentencia de 28 de Mayo de 2004, Magistrados: Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci; Dr. Fernando Romano y Dr. Carlos E. Moyano. Extraída del libro de Kemelmajer de Carlucci, Aida. “El nuevo derecho de Familia” visión doctrinaria y jurisprudencial. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Colección Internacional N° 21, 2010. p. 353 a 374.

Por ende, el problema de investigación que intento abordar en esta monografía es si el deber jurídico de reconocer a la descendencia se ve afectado en el caso específico en que el padre no reconoce voluntariamente a su hijo y con esto causa un daño, en particular en los casos en que los presuntos padres utilizan toda clase de maniobras temerarias y de mala fe dentro de un proceso judicial para no realizarse la prueba genética de ADN y con eso retrasan el proceso y por ende una sentencia declarativa de filiación.⁴

El anterior problema será contestado haciendo un análisis de los fundamentos de derecho internacional, constitucional y legal de la filiación y su relación con los derechos a conocer el estado civil real, a conocer la realidad biológica, a la identidad y a tener una familia.

Seguidamente se intentará desentrañar la naturaleza del deber jurídico de reconocer a los hijos, qué efectos y alcances tiene en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Para finalizar, se aplicarán los elementos básicos de la responsabilidad civil al problema jurídico en concreto, para establecer si es posible atribuirla en Colombia y en qué condiciones.

⁴Con respecto a las consecuencias de negativa por parte de los padres de negarse a la realización de la prueba genética del ADN se pronunció el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 28 de junio de 2005, Expediente 7901.

CAPÍTULO I

1. Analizar el fundamento normativo de derecho internacional, constitucional y legal de la filiación y la relación con los derechos a conocer el estado civil real y a la identidad.

En este capítulo se hará un estudio de las fuentes formales de derecho internacional, constitucional y legal de la filiación y la identidad en nuestro país, con el objeto de desentrañar su núcleo esencial y aplicación.

Lo anterior nos servirá para determinar más adelante en este mismo estudio, si de la normativa Colombiana es posible derivar un derecho fundamental a conocer el estado civil real y si es incumplido se puedan atribuir daños indemnizables.

1.1 FILIACIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos fundamentales a conocer la filiación real y a la identidad están consignados en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales hacen parte de nuestro orden jurídico y están al mismo nivel de la constitución y de los que pasaremos hacer un breve recuento.

Algunos de estos instrumentos tocan el tema de manera implícita y otros de manera explícita, pero la mayoría hacen mención a éste, como lo demostraremos a continuación.

Basta entonces anticipar que los puntos clave que desarrollan, con respecto al estudio que nos concierne, son los derechos de todas las personas y en especial de los niños a que se les reconozca su personería jurídica, a tener un nombre, una nacionalidad y a ser cuidados, incluso uno de estos Convenios señala la obligación conjunta que tiene los padres de contribuir a la crianza y al cuidado de sus hijos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Artículo sexto señala que todos los seres humanos tienen derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, así mismo el Artículo 15 consagra el derecho de todas las personas a una nacionalidad y el Artículo 24 numeral 2 determina el derecho especial que tienen los niños a ser cuidados y a tener asistencia especial, aun más señala en su última parte que todos los niños nacidos dentro del matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

A su vez, la Declaración de los Derechos del Niño Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 en su Artículo tercero reconoce el derecho de todos los niños desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, siendo más general en su afirmación muestra el derecho de

los niños a ser protegidos por su condición de minusvalía, sin importar la raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento.

Así mismo, consagra el derecho de los niños a un nombre a una nacionalidad y a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 21 de noviembre de 1969 que entró en vigor el 18 de julio de 1978 insiste en el derecho de todas las personas al reconocimiento de su personalidad jurídica, a un nombre propio y a los apellidos, asunto que ningún tratado de derechos humanos hasta el momento había mencionado.

De la misma manera, la Resolución 41/85 de la Asamblea General Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1986 en el Artículo octavo reitera el derecho de los niños a un nombre, a una nacionalidad y a un representante legal.

Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 consagra en su Artículo séptimo el derecho de todo niño a un nombre y a una nacionalidad, agregando un componente de seguridad jurídica a éste, que es la inscripción inmediata después del nacimiento. El artículo séptimo también declara el derecho de los niños en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

Yendo más lejos, el Artículo octavo de la misma Convención declara el compromiso de los Estados parte “a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la

nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”... Así, cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de cualquiera de los elementos de su identidad, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Finalmente, el Artículo 18 nos muestra que las obligaciones de los padres con respecto al desarrollo y la crianza de sus hijos, son conjuntas y que los Estados partes deben asegurar que esto se cumpla.

1.2 FILIACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Con la expedición de la Constitución de 1991 y el desarrollo jurisprudencial de la creada Corte Constitucional, se cambió diametralmente la manera en que tradicionalmente se había visto a la familia en el orden jurídico colombiano.

Ahora, las relaciones familiares se basan, entre otros pilares, en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco de todos sus miembros.

“En la nueva normativa, se asumen las realidades sociales, económicas, políticas y culturales del país (incluida la aceptación de la diversidad cultural) y, por esta vía, se consagran obligaciones y responsabilidades del Estado en materia de protección de la

*familia como grupo social, cualquiera sea el status personal de las personas que integran la unión marital”.*⁵

Según lo señala Camilo Velásquez Turbay *“este amparo a la familia es una reacción contra las tendencias ideológicas que rechazaban la familia como núcleo en el cual se incubaban todos los vicios propios de la sociedad burguesa”*⁶

En la nueva carta política la familia es mucho más que la sumatoria de unas personas que viven bajo un mismo techo. Tan importante es la institución familiar en el nuevo esquema constitucional, que en el Artículo 5⁷ se establece como la institución básica de la sociedad, y en el Artículo 42 se magnificó diciendo que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad *“revelando toda una categoría teórica, ideológica, filosófica a más de jurídica”*.⁸

El constituyente en el Artículo 42 se ocupó en trece incisos de la mayoría de los asuntos del derecho de familia⁹, pero no menos podía hacer este cuerpo, después de haberla proclamado como la institución básica de la sociedad.

⁵ Echeverri de Ferrufino, Ligia. “Aspectos de Familia en la Constitución Política de 1991”. En Hojas Universitarias. Bogotá; Universidad Central de Colombia. p. 20.

⁶ Velásquez Turbay, Camilo. “Derecho Constitucional” Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 28.

⁷ Constitución Política de Colombia. Op. cit. Artículo 5. “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

⁸ Velásquez Turbay, Camilo. Op. cit. p. 29.

⁹ En este sentido lo señala Velásquez Turbay, ibíd. p. 30. debido a que el Art. 42 señala casi de manera total las materias que son objeto del derecho de familia, según su apreciación técnica impropia para una Constitución Política porque se ocupa de materias que deberían ser objeto de ley o de reglamento.

En este importante artículo constitucional se señaló que la familia se constituye “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”, protegiéndose y reconociéndose constitucionalmente¹⁰ no solo a la familia matrimonial, sino también a la extramatrimonial.¹¹

Incluso, estas dos formas de familia actualmente son generadores de estado civil, bien sea de casado o de compañero permanente¹².

Recordemos que antes de la ley 45 de 1936 y de la ley 29 de 1982 a los hijos extramatrimoniales no se les otorgaban los mismos derechos, incluso se les denominaba de manera peyorativa como de dañado y punible ayuntamiento y hasta se les reducía el derecho a heredar a la mitad con respecto a sus otros hermanos legítimos, por lo que esto solo es una elevación a canon constitucional de los cambios legislativos iniciados antes de la Constitución de 1991.¹³

¹⁰ Decimos que constitucionalmente, porque la unión marital de hecho ya había sido reconocida mediante la ley 54 de 1990, norma que fue expedida con anterioridad a la Constitución de 1991.

¹¹ Existe bastantes pronunciamientos de la Corte Constitucional con respecto a los derechos y obligaciones de los casados y de las parejas de hecho. Entre estos se podrían destacar las Sentencias C-821 de 2005, C-075 de 2007, T-1502 de 2000, T-1098 de 2002, T-1103 de 2000, T-167 de 2002. En el mismo sentido la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicado No. 239 del 12 de diciembre de 2001.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP doctor Jaime Arrubla Paucar. Auto No. C-0500131100062004-00205-01 de 18 de junio de 2008. En el mismo sentido el Auto No. 11001-0203-000-2007-01200-00 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP doctor Arturo Solarte Rodríguez del 19 de diciembre de 2008.

¹³ Ya con la ley 29 en 1982, se le habían reconocido a todos los hijos la igualdad de derechos y obligaciones, sin importar si eran legítimos, extramatrimoniales o adoptivos.

De igual forma, este mismo Artículo constitucional señala que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos, lo que se constituye como la “progenitura responsable”¹⁴, incumpliendo con esto, los padres que pudiendo decidir no tener hijos o tener menos hijos, lo hacen y no cumplen con sus obligaciones de criarlos o educarlos.

Señaló la Corte Constitución en sentencia C- 133 de 1994 que la expresión constitucional que determina que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos *“debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida, esto es, a la existencia humana, que reclama la tutela jurídica del Estado, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento”*

Siguiente el estudio constitucional de la familia, hay que hacer una mención obligatoria al Artículo 44 que contempla que son derechos fundamentales de los niños: la vida; la integridad física y social, la alimentación equilibrada, el nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y el amor, la educación y cultura, la recreación y la libre expresión de la voluntad.

14 Suárez Franco, Roberto. “Derecho de familia” Tomo I Régimen de Personas. Bogotá: Editorial Temis S.A., Novena Edición, 2006. p. 14 a 20, se refiere a este tema de la misma manera utilizado la expresión de “paternidad responsable”.

Al interpretar este canon constitucional la Corte Constitucional¹⁵ ha señalado que la Constitución Política de 1991 introdujo un cambio sustancial en la concepción que se tenía en el ordenamiento jurídico sobre los niños y las niñas, ya que pasaron “*a ser concebidos como personas libres y autónomas (...) que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades*”.¹⁶

La Corte Constitucional en sentencia C- 172 de 2004 admitió que el particular reconocimiento y protección que se les da a los niños en el ordenamiento jurídico colombiano es justificado debido a que “*se trata de una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación y como tal se hace merecedora de una atención especial. Las razones de esa protección, según ha manifestado la Corte, son: “i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos*”.

¹⁵ Al respecto se pueden revisar múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional entre los cuales se encuentran los siguientes: T-008 de 1992, T-402 de 1992, T-429 de 1992, T-439 de 1992, T- 450 de 1992, C-019 de 1993, T-036 de 1993, T-414 de 1993, SU-491 de 1993, T-124 de 1994, T-571/94, T-049 de 1995, T-369 de 1995, T-378 de 1995, C-325 de 2000, C-1068 de 2002, C-273 de 2003, C-997 de 2004, C-1188 de 2005, C-1192 de 2005, C-355 de 2006, C-355 de 2006, C-154 de 2007

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004

Con respecto al derecho a tener una familia y no ser separado de ella, la Corte Constitucional ha dicho que *“no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos.”*¹⁷

En la sentencia de tutela 531 de 1992, la Corte Constitucional expresó que *“El cuidado personal, la derivación del sustento en la medida de las propias capacidades económicas, la educación, el apoyo y el amor, son algunas de las obligaciones de los padres cuyo rango constitucional permite su inmediata exigibilidad en casos de grave incumplimiento que vulnere o amenace los derechos fundamentales del menor.”*

La familia, la sociedad y el Estado tienen las obligaciones de asistencia y protección de los niños, en aras de proteger su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

La Corte Constitucional al respecto proclamó que *“El mandato de protección a los menores no es tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno*

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T -378 de 1995. MP José Gregorio Hernández Galindo

inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor.”¹⁸

Sobre el interés superior del menor la Corte Constitucional ha dicho que se caracteriza por ser: “(1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”¹⁹

1.2.1 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA FILIACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La Corte Constitucional por medio de pronunciamientos tanto de constitucionalidad como de tutela²⁰ ha entendido la necesidad de establecer la filiación real, como un verdadero derecho fundamental de rango constitucional.²¹

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004. Op. cit. p.39

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T- 408 de 1995.

²⁰ Se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional: C- 109 de 1995, T- 329 de 1996, C-004 de 1998, T- 488 de 1999, T- 183 de 2001, C-243 de 2001, T-979 de 2001 y T 1227 de 2001.

El primer pronunciamiento de la Corte Constitucional y tal vez el más importante sobre la materia se puede ver en la Sentencia C- 109 de 1995, en la cual se resolvió la petición de declarar inconstitucional el Artículo 3 de la ley 75 de 1968, porque restringía en opinión del accionante el derecho del hijo a reclamar su verdadera filiación.

Señaló la Corte Constitucional en esta sentencia que 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.”*

El Artículo 14 de la Constitución Política consagra que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y como la Corte Constitucional consideró que la filiación es un atributo de la personalidad jurídica, automáticamente elevó este precepto a rango constitucional tutelable.

La Honorable Corte Constitucional concluye con respecto a la filiación real en la misma sentencia antes citada que *“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. Las personas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero “derecho a reclamar su verdadera filiación”, como acertadamente lo*

²¹ Sobre la jurisprudencia constitucional relativa a la filiación puede consultarse el trabajo de grado de Ibáñez, María Fernanda y Jiménez Fandiño, Sara. “La filiación en la Jurisprudencia Constitucional” Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2003

denominó, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, si una persona sabe que es hijo extramatrimonial de otra, sería contrario a la Constitución que se le obligara jurídicamente a identificarse como hijo legítimo de un tercero.”

La Corte Constitucional también ha señalado que todas las personas, lo que significa que no se limita solo a los niños, tiene derecho no solamente de llevar los apellidos de sus padres, sino a obtener certeza sobre su filiación, con el fin de demandar su condición de hijo y que así mismo se cumplan las obligaciones de sus procreantes.²²

En 1996 con la sentencia T-329 la Corte indicó que el interés en establecer la propia filiación es inherente a la persona y la definición que se haga de ella por las vías legales otorga certeza, indispensable para que se consoliden en cabeza del hijo y de los padres los derechos y deberes de contenido moral y patrimonial que el ordenamiento jurídico ha establecido.

En la sentencia T- 488 de 1999 la Corte Constitucional reafirmó que la filiación se constituye en un atributo de la personalidad jurídica, en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas, y agregó que la determinación de la misma es la base para el ejercicio de otros derechos que tienen la misma jerarquía normativa constitucional, como sucede con el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y la dignidad.

²² Corte Constitucional, Sentencia T- 109 de 1995. MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. En la misma sentencia la Corte asemejó el derecho a la filiación real con la dignidad humana pues de éste se deriva la posibilidad de ser reconocido como sujeto único ante la sociedad.

En un pronunciamiento más reciente, la Corte Constitucional volvió a reiterar que *“El hecho que el menor tenga certeza de quien es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica.”*²³

1.3. FILIACIÓN EN LAS LEYES COLOMBIANAS

1.3.1 Código Civil

La manera de establecer la certeza sobre el origen de una persona es la filiación, que no es más que el vínculo jurídico que une al procreante con sus procreados o al adoptante con sus hijos adoptivosⁱ. Por lo que la filiación, la maternidad y la paternidad resultan ser lo mismo visto desde diferentes puntos; bien sea desde la perspectiva del hijo, de la madre o del padre.

El sistema jurídico Colombiano está articulado en este campo en el Código Civil, las leyes que lo modifican y complementan, lo mismo que las acciones relativas al estado civil.²⁴

Para estudiar en la actualidad la filiación en el ordenamiento jurídico domestico, hay que hacer alusión obligatoria a la ley 1060 de 2006 y a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que ha determinado el alcance y la interpretación de diferentes conceptos jurídicos en la materia.

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-979 de 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T -488 de 1999, MP Dra. Marta Victoria SÁCHICA Méndez

“Dentro de las principales motivaciones que tuvo el legislador para proponer, debatir y aprobar la Ley 1060 de 2006 que modifica el Código Civil, se encontraba el de ajustar la normatividad con los avances jurisprudenciales sobre la igualdad en los efectos y derechos y deberes del matrimonio y las uniones maritales de hecho en cuanto a la filiación.”²⁵

La Ley 1060 de 2006 “Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad” reformó los artículos 213, 214, 216, 217, 218, 219, 222, 223, 224, 248 y 337 del Código Civil. De igual forma derogó expresamente los artículos 215 y 336 del Código Civil, los artículos 5 y 6 de la Ley 95 de 1890 y el artículo 30 de la Ley 75 de 1968, así como todos aquellos que le fuesen contrarios.

Las razones que motivaron la redacción de la actual ley 1060 de 2006 se encuentran consignadas en los proyectos de ley 297 de 2005 del Senado y 134 de 2004 de la Cámara de Representantes, bajo iniciativa del Representante Omar Armando Baquero:

“2. Consideraciones del proyecto

Como mencionamos anteriormente el objeto del proyecto de ley es modificar el Código Civil, con la finalidad de iniciar una acción de impugnación de la paternidad; igualmente busca consagrar un término de caducidad de la acción, para efectos de generar la seguridad jurídica tan necesaria para efectos de la definición de la paternidad de las personas. Actualmente los descubrimientos científicos tecnológicos vienen aportando una valiosa información que ha producido cambios estructurales y jurídicos dentro de la sociedad a nivel mundial, una de ellas ha sido el aporte de la prueba genética de ADN, este

²⁵ Procuraduría General de la Nación, Concepto No. 4729. Año 2009.

*soporte médico científico ha generado importantes cambios jurídicos sustanciales, hasta el punto de modificar y actualizar los códigos civiles de diversos países, especialmente lo relacionado con el derecho de familia, de manera concreta en el tema que corresponde a la impugnación de la presunción paterna y materna.”*²⁶

Para lo cual, entre otras cosas se amplió el alcance del Art. 213 del código Civil, entendiéndose que el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres tiene por padres a los cónyuges y el hijo concebido durante la unión marital de hecho tiene por padres a los compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de la paternidad. Todo lo anterior, con el ánimo de darle igual protección a los vínculos que se forman por vínculos naturales o jurídicos *“por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*²⁷

Con esta nueva ley de filiación se intentó incorporar una definición de familia que elimine las distinciones entre la filiación derivada del matrimonio y la producida por la unión marital de hecho, volviéndola coherente con el Artículo 42 de la Constitución²⁸ y la jurisprudencia constitucional²⁹. De modo que en todo su articulado se introduce como sinónimo del matrimonio la expresión “o la unión marital de hecho”.

²⁶ Proyecto de ley en Senado número 297 de 2005 “Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad” Autor H. Representante Omar Armando Baquero Soler, ponente en Senado María Isabel Cruz Velazco. Publicado en la Gaceta número 691 de 2005.

²⁷ Constitución Política Colombiana de 1991. Op. cit. Artículo 42.

²⁸ El Artículo 42 de la Constitución Colombiana de 1991, es el que regula el concepto de familia, y la protección que el sistema le va a dar a la misma, consagrando la igualdad entre las diferentes formas de constituir una familia y los hijos, independientemente de su origen.

²⁹ Dentro de las numerosas providencias judiciales que señalan los derechos y obligaciones

De la misma manera el Artículo 2 de la ley 1060 de 2006³⁰ modificó el Art. 214 del Código Civil, instituyendo una presunción legal de paternidad, a los hijos que nacen después de 180 días siguientes al matrimonio o a la declaración de unión marital de sus padres, salvo que el cónyuge o compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es padre, o en el proceso de impugnación de paternidad mediante la prueba de ADN.

Dicho de paso, la Corte Constitucional en sentencia C-122 de 13 de febrero de 2008³¹ declaró exequible esta norma, en cuanto a que la prueba de ADN no se establece como una prueba tarifada, sino que simplemente hace parte del acervo probatorio que el juez tiene que entrar a analizar en el momento de dictar una sentencia de paternidad.

comunes en el matrimonio o en las uniones maritales de hecho se encuentran las Sentencias de la Corte Constitucional C-821 de 2005, C-075 de 2007, T-1502 de 2000, T-1098 de 2002, T-1103 de 2000, T-167 de 2002.

³⁰En el Artículo 2 de la ley 1060 de 2006 reza el siguiente tenor. “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos: 1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre. 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.”

³¹ El problema jurídico que se abordó en la citada sentencia fue ¿Es contrario al debido proceso y a la autonomía judicial que el legislador establezca que mediante prueba científica es posible desvirtuar la presunción de paternidad? A lo que el Honorable Tribunal Constitucional contestó 'La prueba científica que obra dentro de un proceso de impugnación de la paternidad constituye, sin duda alguna, un elemento fundamental para la decisión que le corresponde tomar al juez. Sin embargo, dado que la prueba de ADN no aporta un resultado irrefutable, el juez puede apreciar dicha prueba científica con otras pruebas que integran el acervo probatorio, con el fin de poder llegar a la decisión que le parezca la más ajustada a la normatividad y al expediente visto en su conjunto. Cabe resaltar que en la norma acusada no se exige que el juez se atenga únicamente a lo probado de manera científica. La remisión a la Ley 721 de 2001 ha de entenderse al texto de la misma, interpretado en los términos fijados por la Corte Constitucional en las sentencias respectivas, en especial en la sentencia C-476 de 2005.

El Artículo 4 de la antes citada norma sobre filiación, señala que la paternidad podrá ser impugnada por el cónyuge, el compañero permanente o por la madre. El plazo de caducidad de la acción se extendió a ciento cuarenta días, debido a que antes bajo la vigencia del Artículo 216 del Código Civil la acción solo la tenía el cónyuge mientras viviera y por sesenta días desde el momento del parto o del conocimiento del mismo.

Por su parte el hijo, según lo consagra el Artículo 5 de la ley 1060 de 2006, podrá impugnar la maternidad y la paternidad en cualquier tiempo, lo que quiere decir que la acción nunca caduca para el hijo, privilegiando el derecho de esa persona a conocer su realidad biológica por encima de la seguridad jurídica del sistema.

En este mismo sentido obra el Artículo 406 del Código Civil., que determina que *“Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre, del que pasa por hijo de otro, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”*.

La Corte Constitucional en la sentencia C-109 de 1995 declaró la constitucionalidad condicionada de la norma. Cuando se acumule la impugnación de la presunción de la paternidad con la reclamación de la paternidad el proceso se rige por el Artículo 406 del Código Civil y no por la caducidad de los ciento cuarenta días de la acción del Artículo 213 del mismo Código Civil.

Las razones por las que llegó la Corte a esta conclusión fundamentalmente fueron las siguientes:

“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.”³²

“Esta regulación viola el núcleo esencial del derecho del hijo a reclamar su verdadera filiación, puesto que la causal no cubre todas las hipótesis razonables en las cuales sería constitucionalmente legítimo que el hijo pudiera acudir a los tribunales a impugnar la presunción de paternidad. De otro lado, la Corte encuentra que esta regulación viola el principio de igualdad, puesto que establece privilegios irrazonables en favor del padre con respecto al hijo.”³³

La Corte concluye 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. Las personas tienen entonces, 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, si una persona sabe que es hijo extramatrimonial de otra, sería contrario a la Constitución que se le obligara jurídicamente a identificarse como hijo legítimo de un tercero”³⁴

Lo anterior, nos enseña entre otras cosas, que el máximo tribunal constitucional Colombiano, está refiriéndose a la *filiación real*, como ese derecho que tienen todas las personas a saber su origen verdadero, que va más allá de las formalidades que revisten las

³² Corte Constitucional. Sentencia C- 109 de 1994. Op. cit. Loc. cit.

³³ *Ibíd.* Loc. cit.

³⁴ *Ibíd.* Loc. cit.

normas jurídicas, los términos, las causales o las oportunidades legales para interponer cualquier tipo de acción de filiación.

Ley 1060 de 2006, en su Artículo 6° enfatiza el derecho de los menores a conocer su filiación real e identidad real cuando señala que siempre que fuere posible, se vinculará al proceso de reclamación o impugnación de la paternidad al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con objeto de declarar en la misma sentencia la paternidad y la maternidad.

Señala Quesada González³⁵ que este derecho debe elevarse a derecho de la personalidad, porque incluye los derechos a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, permitiendo el desarrollo de la persona desde dos aspectos: el material que determina la filiación y las obligaciones de los padres, y el espiritual porque potencia el libre desarrollo de la personalidad del procreado.

Por otra parte, también es importante hacer una breve referencia al estado civil, como atributo de la personalidad que permite identificar y diferenciar a las personas, además de ubicarlas jurídicamente en una familia y dentro de la sociedad “*se puede establecer si se trata de hombre o mujer, si es menor o mayor de edad y si está vivo o ha fallecido. Por el lado de la familia y la sociedad, se determina si es hijo legítimo o extramatrimonial y si está casado o es soltero.*”³⁶

³⁵ C. Quesada González. “El Derecho Constitucional a Conocer el Propio Origen Biológico”, Madrid: Anuario de Derecho Civil. 1994. p. 246

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T- 277 de 2002. M.P doctor Rodrigo Escobar Gil

La filiación constituye el primer estado civil, que determina de quién provengo, de quién soy hijo, e incluso quién tiene la obligación de darme un nombre y hasta una nacionalidad.

Consagra el Artículo 3 del Decreto 1260 de 1970 “Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas” que *“Toda persona tiene derecho a su individualidad, y por consiguiente, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende, el nombre, los apellidos, y en su caso, el seudónimo.”*

El nombre que le corresponde a una persona por ley, es aquel que corresponda a su realidad biológica es decir el apellido de su madre y de su padre de sangre; o jurídica, en el caso de que se trate de un hijo adoptado.

Después de esta breve mención sobre la filiación, vale la pena hacer un recorrido por la normativa civil sobre la materia.

En Colombia la filiación puede ser matrimonial, extramatrimonial³⁷ o adoptiva. La filiación es matrimonial cuando los padres del hijo están casados entre sí. Si el hijo fue concebido durante el matrimonio de sus padres la filiación legítima o matrimonial es la propiamente dicha, si por el contrario este no fue concebido durante el matrimonio de sus padres pero

³⁷ Anteriormente, el Código Civil señalaba las clases de filiación como legítima o ilegítima, pero estas expresiones fueron declaradas inconstitucionales por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-105 de 10 de marzo de 1994, lo que no significa que hayan desaparecido del ordenamiento jurídico, simplemente se transformaron en matrimonial y extramatrimonial por considerar el término original discriminatorio y peyorativo.

nació dentro de éste, la ley lo entiende también legítimo.³⁸ Si el caso es que sus padres luego contrajeron matrimonio, el hijo se podrá legitimar si se llenan ciertos requisitos.

Como nos enseña Marco Gerardo Monroy Cabra *“la procreación sumada al matrimonio da por resultado la filiación legítima, lo cual indica que existen dos requisitos: a) nacimiento después de la conclusión del matrimonio. b) Concepción anterior o durante el matrimonio.”*³⁹.

En la otra mano encontramos a la filiación extramatrimonial, que se presenta básicamente cuando entre los procreantes no existe el vínculo jurídico del matrimonio. El hijo extramatrimonial puede volverse hijo matrimonial mediante la institución del derecho civil de la legitimación.

Finalmente, tenemos la filiación adoptiva, que es aquella que se establece entre el padre y la madre adoptante y sus hijos adoptivos, mediante la adopción.⁴⁰

³⁸ El Código Civil Colombiano cuenta con dos títulos especiales que establece todas las reglas sobre la materia: Título X y Título XI

³⁹ Monroy Cabra, Marco Gerardo *“Derecho de familia y de la Infancia y la Adolescencia”*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. Décima Primera Edición, 2008 .p. 47

⁴⁰ En la actualidad la adopción está regulada por la ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y de la Adolescencia en los Artículos 61 al 78 y del 124 al 128.

1.3.2 Código de la Infancia y la Adolescencia

La ley 1098 de 2006 o también llamado Código de la Infancia y de la Adolescencia, tuvo como objetivo reemplazar el Código del Menor de 1989 para hacer concordar el derecho positivo colombiano de la niñez con la Constitución Política de 1991 y los instrumentos internacionales que regulan la materia.

En este nuevo cuerpo normativo la responsabilidad de garantizar los derechos de la niñez en nuestro país es tripartita: del estado, la familia y la sociedad.

Estas tres entidades, tienen la obligación de proteger de manera integral a los niños, niñas y adolescentes, entendiendo que los infantes y los adolescentes son sujetos de derechos y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, como bien lo consagra el Artículo 44 de la Carta Política y los Artículos 8 y 9 de la ley 1098 de 2006.

La protección integral está orientada por los principios de la prevalencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la corresponsabilidad, la exigibilidad de los derechos, la perspectiva de género, la participación, las normas de orden público y la responsabilidad parental.⁴¹

La protección integral quedó plasmada de la siguiente manera en el Artículo 7 de la ley 1098 de 2006 *“Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la*

⁴¹ Así lo señalan Linares Castillo, Beatriz y Quijano, Pedro. En “Nueva Ley para la Infancia y la Adolescencia en Colombia”, que se puede consultar en <http://www.unicef.org.co/Ley/Presentacion/ABC.pdf>

prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.”

Dentro de los derechos que establece la ley 1098 se encuentra el derecho a la filiación, o en otras palabras el derecho que asiste a todos los niños, niñas y adolescentes a conocer quiénes son sus padres biológicos y su procedencia.

El Artículo 22 de la ley 1098 de 2006 indica que *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.”*

Sumado a esto, el Artículo 23 del mismo cuerpo normativo señala que *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.*

Más adelante el Artículo 24 reafirma el derecho a tener una familia y a la custodia y cuidado personal con el derecho de alimentos de los niños y niñas así: *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica*

del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción, y en general todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.

El legislador del Código de la Infancia y la Adolescencia también estableció en el Artículo 14 la responsabilidad parental, que es la obligación compartida y solidaria entre el padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos, lo que también está plasmado como ya lo vimos en la Constitución Política y en el Código Civil, donde se reguló lo atinente a las obligaciones de los padres para con sus hijos, las cuales son la crianza y la educación.

La responsabilidad parental es además la obligación inherente de padre y madre a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación.

Este artículo no pretende modificar el concepto de patria potestad establecido en el Código Civil desde 1887. Lo que busca es modernizar y actualizar el concepto de responsabilidad de padres y madres en la formación y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y además que padres y madres comprendan que sus hijos e hijas menores de 18 años no

son de su propiedad, sino que la tarea es la de orientar, guiar, cuidar, respetar sus libertades y no la de imponer ni ejercer potestad. ⁴²

1.4 LA IDENTIDAD

De antemano, es importante destacar que este tema se puede abordar desde el punto de vista sociológico netamente o desde el punto de vista jurídico. En este acápite nos concentraremos en desentrañar el núcleo esencial del mismo del punto de vista jurídico, sin desconocer la necesidad de hacer referencia en algunas ocasiones a conceptos metajurídicos.

La identidad también se puede estudiar desde la perspectiva del sujeto individual o de la colectividad,⁴³ aquí nos vamos a concentrar en la primera, debido al enfoque del estudio.

El derecho a la identidad es un derecho de cada persona a saber quién es y se concreta en el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una familia. El derecho a la identidad inicia con el nacimiento, momento en el cual se debe realizar la inscripción de esta nueva persona lo más pronto posible.

⁴² Código de la Infancia y de la Adolescencia. Versión comentada. Canadian International Development Agency. Alianza por la Niñez Colombiana y Unicef.

⁴³ libro Juventud e Identidad. III Congreso Internacional. Tomo II. En <http://www.conadi.jus.gov.ar>, visitado el 15 de agosto a las 11:40 p.m.

El derecho a la identidad se puede estudiar desde tres perspectivas, según lo señala Yuri Emilio Buaiz Valera⁴⁴, así:

- Individual: derecho a conocerse y ser conocido por un nombre.
- Socio- familiar: derecho a pertenecer a una familia, y a ser conocido en la sociedad por un nombre.
- Nacional: Derecho a establecer lazos con un país determinado, lo que incluye la identidad histórica y cultural y el reconocimiento como nacional de determinado Estado.

El derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico colombiano no es una invención del Artículo 25 de la ley 1098 de 2006 “Código de la Infancia y de la Adolescencia”, que consagra que “los niños, las niñas y adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que lo constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conforme a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil...”, como se pudo ver en el recuento de algunos de las cartas internacionales de derechos humanos más importantes, el derecho a la identidad, como derecho de todas las personas a gozar de personalidad jurídica, un nombre y un apellido fue destacado desde La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 e incluido también en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos/Pacto de San José de Costa Rica. Tratados Internacionales de Derechos Humanos

⁴⁴ El autor escribió un documento patrocinado por UNICEF que se denomina “Derecho a la Identidad: La experiencia en Venezuela”

que están incorporados en nuestro ordenamiento jurídico a través de la figura del bloque de constitucionalidad.

El derecho a la identidad está establecido desde nuestra Constitución Política en el Artículo 44 el cual señala que “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella...”

La Corte Constitucional en la sentencia 477 de 23 de octubre de 1995⁴⁵ definió este derecho de manera amplia, como elemento identificador de las personas, que enmarca otros derechos y principios como el de la dignidad humana, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.

“El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.”

⁴⁵ Esta sentencia de la Corte Constitucional, que tuvo como magistrado ponente al doctor Alejandro Martínez Caballero, es importante porque fue la primera vez en que la Corte sentó precedente acerca del contenido del derecho fundamental a la identidad personal.

Señala también la Corte en la misma sentencia, que en el caso de los menores, estos derechos deben interpretarse de manera armónica con el Artículo 44 Constitucional, que contempla el interés superior del menor. La Honorable Corte con respecto a este tema señaló:

“El interés superior del menor, en cuanto otorga un tratamiento especial de obligatorio acatamiento por todos, comporta una naturaleza que la lleva a ser determinada "Como una instrumentación jurídica con bases científicas y, por lo tanto flexible y adaptable a su desarrollo, así como idónea para la organización de un tratamiento digno y protector del menor. Lo que a su vez, permite distinguirla de la tradicional naturaleza jurídica formal de la institución del menor, la cual por lo tanto generaba desajustes con la realidad y, por consiguiente retroceso y perjuicio a los menores de edad , y consecuentemente a los mayores de edad del mañana.”

CAPÍTULO II

2. Desentrañar la naturaleza del deber jurídico de reconocer a los hijos, qué efectos y alcances tiene en el ordenamiento jurídico colombiano.

Habiendo estudiado en el primer capítulo de esta monografía el marco normativo de la filiación y de la identidad, ahora es necesario aterrizar estos conceptos, para establecer si se puede endilgar un deber jurídico en nuestro ordenamiento positivo de los padres de reconocer a sus descendientes.

2.1. EL RECONOCIMIENTO PATERNO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN COLOMBIA.

Para comenzar, es importante recalcar que el reconocimiento paterno de los procreados extramatrimonialmente en Colombia, se da cuando la ley expresamente no presume la paternidad del compañero permanente, esto es según el Artículo 213 del Código Civil en el caso de los hijos concebidos durante la unión marital de hecho de sus padres.

Según el Artículo 2° de la ley 45 de 1936, modificada por el Artículo 1° de la ley 75 de 1968, el reconocimiento del hijo natural- léase hoy extramatrimonial- puede hacerse por medio de:

- *El acta de nacimiento*, situación en la cual, según mandato legal la persona encargada de efectuar la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial, preguntará al declarante por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante señale, con expresión de algún hecho probatorio y manifestación de no faltar a la verdad.

A tenor seguido, la ley determina el procedimiento para que el presunto padre si no es el declarante en acta del nacimiento acuda al proceso y acepte o rechace el carácter de padre que se le asigna.

Si el presunto padre niega tal título, el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores, para que éste inicie la investigación de la paternidad, lo mismo sucederá si dentro de los 30 días siguientes a la elaboración del acta de nacimiento no se puede notificar al supuesto padre, o que el declarante no haya atribuido la paternidad a ninguna persona.

Por último, la ley determina que mientras el señalamiento de paternidad no sea aceptado por el notificado o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a un fallo de la autoridad competente, no se expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse.

- *Escritura pública*. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de mayo de 1953 expresó que no es necesario que el motivo principal o la esencia del instrumento público sea el reconocimiento, solo basta para su validez la intención del padre de

hacer el reconocimiento del hijo extramatrimonial, expresado en forma cierta en la escritura pública.⁴⁶

- *Testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento.*

En este caso el problema que la doctrina siempre ha señalado es el del testamento cerrado definido en nuestro Código Civil en el inciso 3° del Artículo 1064, debido a que el conocimiento del clausulado se da únicamente después de la muerte del causante, motivo por el cual, éste podrá retirar el documento entregado en sobre cerrado y modificar cualquiera de sus estipulaciones.⁴⁷

- *La manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene.* Reconocimiento que deberá ser espontáneo, expreso y directo, ante cualquier juez de la República sin importar su jurisdicción o competencia⁴⁸ y sin ser trascendente si el reconocimiento es el objeto principal o no del acto que lo contiene.⁴⁹

Asimismo, la ley determina que *“el hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal o el defensor de familia o el ministerio público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar*

⁴⁶ Sentencia citada por Monroy Cabra. Op. cit. p. 88

⁴⁷ Ver Medina, Juan Enrique. “Derecho Civil Derecho de Familia”. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008. p. 424

⁴⁸ *Ibíd*, p. 424. Para el doctor Medina esta manifestación legal incluiría, incluso a los jueces de paz o un árbitro en un tribunal de arbitramento.

⁴⁹ Monroy Cabra, Marco Gerardo. Op. cit., p. 89

bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previo trámite incidental, declaración que será impugnabile conforme al artículo 5o. de esta misma ley.”⁵⁰

- Señala el autor Jorge Enrique Medina⁵¹, que el reconocimiento paterno se puede hacer en la diligencia de conciliación extrajudicial, por autorización del Artículo 31 de la ley 640 de 2001, acta de conciliación que debe ser aprobada por el defensor de familia en cumplimiento del Artículo 82 numeral 9° del Código de la Infancia y de la Adolescencia.

2.1.1. CARACTERÍSTICAS DEL RECONOCIMIENTO PATERNO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN COLOMBIA

El reconocimiento de la paternidad extramatrimonial es formal, irrevocable, unilateral, puro y simple y con efectos erga omnes.

- *Es formal* porque se debe hacer de cualquiera de las maneras establecidas en la ley 45 de 1936.
- *Es irrevocable* debido a que de esa manera lo establece el Artículo 2° de la ley 45 de 1936, modificado por el Artículo 1° de la ley 75 de 1968. Lo cual es

⁵⁰ Ley 45 de 1935. Artículo 1 numeral 4 modificado por la Ley 75 de 1968 que a su vez fue modificado por el Decreto 2272 de 1989, art. 10.

⁵¹ Medina, Juan Enrique. Op. cit. p. 88

absolutamente coherente al ver el ordenamiento jurídico como plenitud. El legislador quiso darle seguridad jurídica al estado civil primigenio de una persona. Si este estado civil no corresponde a la realidad biológica, el mismo legislador estableció una serie de acciones de reclamación y de impugnación de la paternidad como remedio para tal situación indeseada.

- *Es unilateral* porque debe hacerlo o aceptarlo, la persona del sexo masculino capaz de reconocer a sus hijos. Según el Código Civil Colombiano, los menores adultos y los disipadores pueden hacer reconocimientos paternos sin que estén viciados de nulidad relativa.
- *Es puro y simple*, debido a que el reconocimiento paterno no se puede limitar a un plazo o condición, ya que es constitutivo de estado civil.
- *Tiene efectos erga omnes* en cuanto señala al resto de la colectividad que una persona fue procreada por determinado sujeto y no otro, y los efectos del estatus de padre e hijo no solo se extienden a las partes, sino a toda la sociedad en general.

2.2. ¿ES VOLUNTARIO EL ACTO DE RECONOCIMIENTO PATERNO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN COLOMBIA?

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo voluntario en sus tres acepciones es aquello que “*nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extraña a*

aquella,”... “se hace por espontánea voluntad y no por obligación o deber.”... “obra por capricho.”

Como bien se pudo observar en el primer capítulo de esta monografía, existe una serie de instrumentos de orden supralegal como la Convención de los Derechos del Niños, un sustento Constitucional como lo es el Artículo 44 de la Constitución Política y de carácter legal como es el Código Civil y el Código de la Infancia y la Adolescencia de 2006, que exhortan la necesidad de que una persona conozca su filiación real como derecho fundamental y punto de partida necesario para el reconocimiento de su personería jurídica y el desarrollo efectivo de otros derechos y de la misma dignidad humana, por lo que es obvio que el acto de reconocimiento de la paternidad del hijo extramatrimonial no puede ser un capricho de alguien o dejado a entera liberalidad del padre, sino que es más bien un deber de carácter jurídico que obliga al progenitor a reconocer a sus hijos, como derecho correlativo de la descendencia a ser reconocida y a tener una identidad y una filiación real.

El reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial constituye un deber jurídico, carácter que deviene de la acción que se le confiere al hijo para ser emplazado en ese estado. Además el hecho ilícito del no reconocimiento voluntario, no requiere de norma expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho omitido, siendo suficiente que el ordenamiento jurídico interpretado en su integridad desapruere dicha actitud del renuente.⁵²

⁵² Marcheschi, Cecilia y Marenoni, Patricia A. “Responsabilidad ante la Falta de Reconocimiento Paterno.” CVII Congreso Internacional de Derecho de Daños y Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los Nuevos Derechos. Ponencia No. 26. Buenos Aires. 2002.

Señala el doctor Jorge Santos Ballesteros que el carácter voluntario del acto de reconocimiento se da por el hecho de que el agente debe hacerlo libre de presiones o coacciones extrañas, acorde con el respeto debido a la persona humana. *“Sin embargo, la conducta del presunto padre o madre, en el sentido de negarse, sin causa justificada, a practicarse voluntariamente los exámenes científicos correspondientes, antes de la formulación de la demanda, con el lleno de los requisitos exigidos para el efecto, no puede ser desdeñada o desconocida por el ordenamiento, pues representa con el avance de la ciencia hoy en día, un acto de franca rebeldía y falta de solidaridad social, censurable en todo sentido, que puede ser origen de daños, especialmente de carácter moral, en el evento en que la paternidad quede acreditada en un juicio posterior, y que de ninguna forma pueden dejar de repararse pues van en detrimento de derechos de la personalidad del hijo.”*⁵³

Señala Nelly Minyersky que la voluntariedad del acto de reconocimiento se refiere a los elementos del acto volitivo, *“esto es discernimiento, intención y voluntad, y que no está dentro del ámbito del querer o no sin límite legal alguno el procrear y no reconocer.”*⁵⁴

Por su parte Graciela Medina indica que *“el hijo tiene derecho a conocer su realidad biológica, y tener una filiación, lo cual requiere del reconocimiento del progenitor”*⁵⁵

⁵³ Santos Ballesteros, Jorge. “Trascendencia de la Responsabilidad Civil en las Relaciones Paterno Filiales”. III Jornadas Internacionales de Derecho Privado “Estado Actual y Perspectivas del Derecho de Familia”. Pontificia Universidad Javeriana. 2011, Artículo *en edición*. p. 24.

⁵⁴ Minyersky, Nelly. “Responsabilidad por el No Reconocimiento del Hijo Extramatrimonial. Factores de Atribución” en la Responsabilidad, libro en homenaje al Dr. Isidro H. Goldenberg. p. 549

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil señaló en sentencia de 2005⁵⁶ que no se puede dejar la determinación de la relación de filiación de un niño y su presunto padre a la voluntad de este último, porque esto significaría abandonar el concepto de que la filiación es un asunto de interés común que involucra derechos y garantías fundamentales como conocer la verdadera filiación y el derecho a probar, e instituciones de orden público, como el estado civil.

2.3. DERECHO A PROBAR EN JUICIOS DE FILIACIÓN-*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 7901 del 28 de junio de 2005.*

La Corte Suprema de Justicia en la Sentencia inmediatamente antes mencionada del año 2005⁵⁷, resolvió el recurso de casación en un proceso de reclamación de paternidad en el cual al presunto padre se le concedió la objeción de conciencia para no practicarse la prueba genética en el proceso, en contra de los derechos del niño reclamante.

Señaló la Corte Suprema de Justicia en esta oportunidad, que el Juez tiene la obligación, según mandato de la ley 721 de 2001 de decretar y practicar los exámenes médicos destinados a establecer la relación genética entre el hijo y su presunto padre o madre.

⁵⁵ Medina Graciela. “Daño Extrapatrimonial en el Derecho de Familia y el Proyecto del Código Civil Unificado en 1998.” p. 90

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 7901 del 28 de junio de 2005. Op. Cit.

⁵⁷ *Ibíd.*

En palabras de la Corte Suprema de Justicia *“El recaudo de esa probanza no puede abandonarse a la voluntad caprichosa y antojadiza de uno de los litigantes, o al mayor o menor grado de cooperación que quiera prestar con esa finalidad, pues si se permitiera que la recolección de dicho medio probatorio dependiera de él, se impediría el cabal ejercicio del derecho a probar de su contraria y quedaría librada la suerte del pleito al manejo que dicho litigante quiera darle a la prueba. Por eso, entonces, no pueden los jueces tolerar tan grave comportamiento, frente al cual se impone el cumplimiento activo de los deberes que la ley establece y el ejercicio dinámico de los poderes que ella misma les reconoce para hacer efectiva la garantía constitucional al debido proceso, con el fin de impedir que, a partir de aquella conducta impeditiva de la parte, se materialice una irregularidad procesal que vicie la actuación.”*

También señala la Corte Suprema de Justicia que *“no puede ser considerada únicamente como una carga (onus probandi), sino también, según el caso, como un prototípico y autónomo derecho (derecho a probar), por lo demás fundamental, susceptible de acerada tutela y cabal respeto, so pena de que se adopten los correctivos que, in casu, resulten pertinentes, siempre con el propósito de no permitir impunemente que el precitado derecho sea eclipsado y, de paso, lo sean también otros derechos esenciales, de suyo fundantes, como el de acceder a la administración de justicia y a un debido proceso.”*

Por lo que la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia de 2005 elaboró un importante precedente judicial al determinar que como la prueba genética de ADN es de obligatoria

práctica,⁵⁸ el Juez debe asegurarse por todos los medios legales de la práctica de la misma, preservando siempre la garantía constitucional a un debido proceso, el derecho de defensa y el respeto a la dignidad humana del demandado.

Así la Honorable Corte expresó de manera ejemplificadora más no taxativa los siguientes caminos que podrá seguir el Juez para llegar a la práctica efectiva de la prueba:

- Imposición de multas sucesivas hasta que el renuente decida de manera voluntaria la realización de la prueba de los marcadores genéticos.
- Arresto a la persona en los términos y condiciones previstos en el numeral 1° del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, hasta que colabore en la práctica de la prueba.
- Inspección judicial sobre la persona del demandado, como expresamente lo autoriza el Artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de practicar los exámenes respectivos.
- Inspección al lugar de habitación o de trabajo de la persona para obtener material biológico del cual se pueda extraer el ADN.
- Igualmente, el Juez podrá disponer que la prueba se practique con los parientes del demandado por paternidad. Si los consanguíneos del presunto padre se negaren, el Juez podrá adoptar cualquiera de las medidas nombradas anteriormente.

⁵⁸ Reiterando lo establecido en la ley 721 de 2001 Artículo 1 que exige que 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%.

Concluye la Corte Suprema de Justicia, que si en definitiva no se decreta o no se práctica la prueba por falta de colaboración u obstrucción de una de las partes en el proceso, escoltada de una actitud pasiva del juzgador, se constituye una nulidad procesal en los términos del numeral 6° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

2.4 ¿ES EL RECONOCIMIENTO PATERNO UN DEBER JURÍDICO EN COLOMBIA?

Como bien se ha esbozado a lo largo de toda la monografía jurídica, y como se va a reiterar rápidamente en este título, se cree firmemente que el reconocimiento paterno es un deber jurídico concreto, en oposición a los deberes morales, sociales o religiosos que se fundamentan en otra clase de normas.

Una persona tiene un deber jurídico en tanto exista una norma de derecho que así lo determine.⁵⁹

El reconocimiento de un hijo no es un acto de mera liberalidad del padre que a simple capricho lo puede hacer o no, las normas del ordenamiento jurídico que imponen el deber de reconocer a los hijos son las mismas que a su vez le otorgan a ese hijo el derecho fundamental a ser reconocido y los derechos a ser criado y educado por sus padres de manera conjunta y solidaria.

⁵⁹ Recasens Siches, Luis “Introducción al Estudios del Derecho” México: Cuarta Edición. Edición Porrúa S.A, 1977, p. 128

Recapitulando, podríamos decir que las normas jurídicas que en Colombia fundamentan el deber jurídico de reconocer a los hijos extramatrimoniales son las siguientes:

A. Supraconstitucionales:

- Artículos 6, 15 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Niño Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.
- Artículos 7, 8 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Artículo 8 de la Resolución 41/85. Asamblea General Naciones Unidas, 3 de diciembre de 1986.
- Artículos 3 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica del 21 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978.

- Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

B. Constitucionales

- El preámbulo y los Artículos 1, 5, 14, 42 y 44.

C. Legales

- Código Civil: Artículos 213 a 253.
- Código de la Infancia y de la Adolescencia: Artículos 8, 9, 14, 22, 24 y 25.
- Decreto 1260 de 1970 Artículos 1, 2 y 3.
- Ley 45 de 1936 modificada por la Ley 75 de 1968 y el Decreto 2272 de 1989.

CAPÍTULO III

3. ¿Es posible atribuir responsabilidad civil por el no reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial en el ordenamiento jurídico colombiano?

Empezaremos el abordaje de este último capítulo por las cuestiones más generales, para luego ir adentrándonos en los asuntos más específicos. Primero, haremos una breve reseña de la relación que existe entre el derecho de familia y de la responsabilidad civil, para luego aplicar estos elementos al caso que nos atañe en concreto que es la imputación de responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano al padre que no reconoció voluntariamente a su hijo extramatrimonial.

3.1 ¿RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA?

La tendencia moderna de la responsabilidad civil o derecho de daños como es llamado por varios doctrinarios, es la extensión en su aplicabilidad⁶⁰ con respecto a lo que

⁶⁰ La extensión en la aplicación de la responsabilidad civil según Macia, Andrea en “Responsabilidad Médica por los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales. Valencia: Tirant Monografías, 2005. p. 36 se ve reflejada en un incremento tanto cualitativo como cuantitativo. Cualitativo por el número de demandas de responsabilidad que se presentan antes lo jueces, que ocupan, según la autora, uno de los primeros puestos en índice de conflictividad, y cualitativo por la clase de daños que en la actualidad se reconocen, abriendo la puerta a la identificación de nuevos tipos de daños patrimoniales y morales.

tradicionalmente se había considerado como detonante de daños indemnizables, esto en buena medida debido a los avances tecnológicos y científicos.⁶¹

Para Carlos Pizarro Wilson la expansión de la responsabilidad civil en la sociedad contemporánea se debe a un cambio cultural, *“en el cual las víctimas de los daños, cada vez son menos conformistas con los daños que se les han ocasionado”*⁶²

Lo anterior ha permitido que el derecho de la responsabilidad civil se aplique a ramas del derecho que tradicionalmente habían estado alejadas del mismo.⁶³

Este fenómeno por supuesto no es ajeno al derecho de familia. Las normas que regulan las relaciones familiares son de orden público e imperativo⁶⁴, puesto que en aquéllas se encuentra en juego de manera directa el interés familiar como núcleo esencial de la sociedad, por esto su violación es capaz de producir daños morales y en el patrimonio que deben ser compensados.⁶⁵

⁶¹ Considera Kemelmajer de Carlucci, Aida. en “Funciones y fines de la responsabilidad”, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Responsabilidad Civil. Tomo III, Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 1287. Que el derecho de daños, vive una crisis de crecimiento y de identidad. De crecimiento en cuanto amplió sus ámbitos de aplicación, y de identidad porque parece perderse en la multiplicidad de sus nuevas funciones.

⁶² Pizarro Wilson, Carlos. “Responsabilidad Civil por No Reconocimiento Voluntario del Hijo de Filiación Extramatrimonial” en el libro Daños en el Derecho de Familia. Navarra: Derecho Patrimonial. Editorial Aranzadi S.A, 2006, p. 101.

⁶³ Señala Macía, Andrea Op. cit. p. 35 “que se aprecia una tendencia moderna a acudir a la responsabilidad para la reparación de daños de cualquier clase, una suerte de lotería con la que puede obtenerse la satisfacción de la víctima de cualquier infortunio.”

⁶⁴ Corte Constitucional Sentencia C – 237 de 1997.MP doctor Carlos Gaviria Díaz

⁶⁵ Brebbia, Roberto H. “Derecho de Familia” Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 1990, p. 356

Vale la pena traer a colación la sistematización por grupos de casos que hacen los autores Miquel Martin-Casal y Jordi Ribot⁶⁶ en la cual se expone un universo completo de situaciones en las cuales es posible atribuir daños compensables en el derecho de familia.

Estos casos nombrados por los autores son divididos en dos grandes grupos: Los daños compensables en las relaciones entre los cónyuges y los daños compensables en la relación de los padres con sus hijos.

En el primer grupo de casos fueron incluidos por los autores las siguientes situaciones que podrían generar daños indemnizables:

- Homicidio y lesiones personales intencionales contra el otro cónyuge, incluyendo asalto sexual y abuso sexual.
- Conductas contra los derechos de la personalidad del otro cónyuge, como la revisión de su e-mail sin contar con su previa autorización.
- Situaciones relativas a la vida sexual de la pareja.
- Daños originados por la falta de apoyo hacía el otro cónyuge.
- Daños causados por la terminación unilateral del matrimonio.
- Rompimiento de la promesa formal de matrimonio.

Con respecto a los daños derivados de las relaciones de los padres con sus hijos, los autores señalan los siguientes:

⁶⁶ Martin-Casal, Miquel, Ribor, Jordi. “Damages in Family Matters in Spain: Exploring Uncharted New Land or Backsliding” en *International Survey of Family Law*. Bristol, 2010, p. 5 a 7. A pesar de que los autores hacen esta sistematización por grupos de casos, ellos no están de acuerdo en que la responsabilidad civil sea atribuida en el derecho de familia.

- Homicidio o lesiones personales intencionales contra el hijo.
- Transmisión de infecciones o enfermedades a los hijos, que los padres sabían que estaban sufriendo, incluyendo en este grupo la falta de controles prenatales o la negligencia de los padres antes del matrimonio.
- Daños causados en el ejercicio de los derechos y deberes parentales, como el derecho de corrección.
- Falta de reconocimiento voluntario del hijo, o hacer creer al hijo que su padre o madre biológica era otra persona.

Por su parte Jorge Santos Ballesteros⁶⁷, divide los casos que se pueden presentar en las relaciones de los padres con sus hijos, en los consagrados legalmente y en los que no han corrido la misma suerte.

Los Comportamientos antijurídicos expresamente contemplados por la ley en opinión de Santos Ballesteros son los siguientes:

- Responsabilidad de los padres por la mala administración de los bienes del hijo, derivada del Artículo 32 del decreto 2820 de 1974, que modificó el artículo 298 del Código Civil y el Artículo 33 del Decreto 2820 de 1974.
- Responsabilidad de los padres por la administración fraudulenta de los bienes de sus hijos, derivada del Artículo 8º del Decreto 2820 de 1974, que modificó el artículo 172 del Código Civil.

⁶⁷ Santos Ballesteros, Op cit. p. 17 a 30

- Perjuicios derivados de la ilegitimidad del hijo, derivado del Artículo 224 del Código Civil.
- Responsabilidad extracontractual de los padres por el hecho de sus hijos menores, en el Artículo 2347 del Código Civil.

Algunos casos indemnizables pero sin consagración legal en Colombia, según Santos Ballesteros, serían los siguientes:

- Incumplimiento de la obligación alimentaria.
- Incumplimiento de los deberes de crianza, educación y establecimiento de los hijos.
- Abandono del hijo por el padre o la madre.
- Filiación extramatrimonial no reconocida voluntariamente.

Carlos Pizarro Wilson⁶⁸ expone como situaciones frecuentes que podían desencadenar daños compensables en el derecho de familia las siguientes:

- El divorcio o la nulidad matrimonial.
- El rompimiento del contrato de promesa matrimonial
- Negativa del padre a reconocer en forma espontánea al hijo de filiación extramatrimonial.

No obstante, una parte de la doctrina señala que las normas de responsabilidad civil no son aplicables a los asuntos de familia, ya que el derecho de familia como rama autónoma del

⁶⁸ Pizarro, Wilson. Op cit. p. 102

derecho, protege y define las materias que le competen, y de la misma manera señala como deben ser ejercitados los roles de cónyuge y padre.⁶⁹

Así mismo, esta parte de la doctrina defiende la plenitud del derecho de familia, y que las situaciones que no regula el mismo, no deben ser entendidas como vacíos que deben ser completados por normas de responsabilidad civil.

Argumentos que no se comparten por la simple idea de que las ramas del derecho dejaron de ser compartimientos estancos e impermeables. Todo lo contrario, en la actualidad se ve reflejada la colaboración y permeabilidad de todas estas ramas. Adicionalmente, se considera que es imposible que el legislador se encargue de regular de manera exhaustiva y taxativa todas las situaciones posibles, como es obvio el mundo se mueve más rápido que el derecho y de ahí precisamente deviene el poder normativo de lo fáctico.

Sin embargo, tampoco se cree que la extensión de los daños en el derecho de familia se haga de manera ilimitada e irrestringida, debido a que esto puede ser más perjudicial que benéfico, en el sentido de que malestares al interior de la familia o el dolor de una frustración familiar pueden desencadenar un litigio innecesario, por esto serán los jueces los encargados de delimitar sus alcances y extensión.⁷⁰

⁶⁹ Martin-Casal, Miquel. Ribor, Jordi. Op. cit. p. 351

⁷⁰ Véase Berbere Delgado, Carlos. “Derecho de Familia y Responsabilidad Principales Supuestos e Interacciones Mutuas”. Artículo que puede consultarse en http://www.afamse.org.ar/DERECHO_DE_FAMILIA_Y_RESPONSABILIDAD_CIVIL.pdf. p. 32.

3.2. RESPONSABILIDAD CIVIL PATERNA POR EL NO RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL, ABORDAJE DESDE EL DERECHO COLOMBIANO.

3.2.1. ¿Hecho Ilícito o incumplimiento de un deber jurídico?

A pesar de que en Colombia no exista una norma dentro del ordenamiento jurídico que responsabilice de manera expresa a los padres por el no reconocimiento voluntario o espontáneo del hijo extramatrimonial, como sí la existe en el derecho francés en el Artículo 340-5 del Código Civil⁷¹ o en el Código de Familia de Costa Rica en el Artículo 96,⁷² consideramos que sí es posible deducirla del ordenamiento jurídico apreciado en su plenitud.

El reconocimiento de un hijo, como lo señalamos en el segundo capítulo de esta monografía, no es discrecional, todo lo contrario es un deber jurídico propiamente dicho, constituyendo su omisión el incumplimiento de una obligación derivada de la ley.

⁷¹ Código Civil Francés. Artículo 340-5 “Cuando se admita la acción, el Tribunal podrá, a solicitud de la madre, condenar al padre a reembolsarla todos o parte de los gastos de maternidad y de manutención durante los tres meses que hayan precedido y los tres meses que hayan seguido al nacimiento, sin perjuicio de los daños y perjuicios que pudiera reclamar en aplicación de los artículos 1382 y 1383.”

⁷² Código de Familia de Costa Rica. Artículo 96 “Cuando el Tribunal acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre o reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses que han seguido al nacimiento.”

La conducta antijurídica que nace de la omisión del reconocimiento espontáneo o voluntario filial en contraposición al derecho del menor a conocer su ascendencia biológica⁷³ debe compensarse.

Los daños que se produzcan a una persona por la violación del derecho a la identidad y a la filiación real, lo mismo que a tener un nombre, una nacionalidad y una familia generan un hecho ilícito que debe ser resarcido, siempre y cuando el progenitor biológico haya conocido del embarazo o el parto de la mujer y niegue su paternidad o la práctica de la prueba de ADN.⁷⁴

Señala Nestor Solari que *“La conducta omisiva del progenitor debe ser catalogada de antijurídica, pues existe un deber legal de los padres en reconocer a sus hijos. Ello, en tanto haya tenido conocimiento del hijo que se le atribuye y su probable paternidad”*⁷⁵

En el ordenamiento jurídico argentino a pesar de que no existe norma expresa, se reconoce de manera contundente la posibilidad de resarcimiento ante tal hipótesis. El 9 de mayo de 1988 en el Juzgado 9° de Instancia en lo Civil y Comercial de San Isidro⁷⁶ se dictó la

⁷³ Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Responsabilidad Civil por Falta de Reconocimiento de la Paternidad Extramatrimonial" en Derecho de Daños. Buenos Aires: Trigo Represas Félix A.-Stiglitz R. S., p. 66

⁷⁴ Incluso la jurisprudencia Argentina ha reconocido el daño sufrido por el hijo cuando su padre lo reconoció de manera tardía. Este es el caso de la sentencia del 13 de septiembre de 2007 de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala IIª, que condenó a un padre a resarcir el daño moral a un hijo que había reconocido espontáneamente 23 años después de su nacimiento, ya que el demandado no demostró razones serias que justificaran la ausencia del reconocimiento.

⁷⁵ Citado por Berbere Delgado, Carlos. Op. cit. p. 26

⁷⁶ Sentencia del Juzgado 9° de Instancia en lo Civil y Comercial de San Isidro, Argentina del 9 de marzo de 1988. Juez doctora Delma Beatriz Cabrera.

primera sentencia que condenó por los daños morales causados por un padre que de manera culposa no quiso reconocer a su hija por 13 años.

El Juzgador en esta oportunidad concedió la indemnización por el daño moral que se creó en esta niña por ser hija de madre soltera, lo cual conllevaba una minusvalía social en la clase media, y por el sentimiento de inferioridad, desprotección espiritual e inseguridad de las personas que no tienen padre. La sentencia también advirtió que la falta de reconocimiento paterno es una conducta antijurídica, debido a que la ley otorga una acción de reclamación de la filiación a la víctima.

Todo lo anterior, con base en el Artículo 1109 del Código Civil Argentino que dice que quien ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio.

La conducta temeraria y de mala fe de un presunto padre que se niega sin justa causa a practicarse las pruebas biológicas que determinan la paternidad antes de la formulación de la demanda o en el proceso de reclamación de la filiación son actos de *“franca rebeldía y falta de solidaridad social, censurable en todo sentido, que puede ser origen de daños, especialmente de carácter moral, en el evento en que la paternidad quede acreditada en un juicio posterior, y que de ninguna forma pueden dejar de repararse pues van en detrimento de derechos de la personalidad del hijo.”*⁷⁷

⁷⁷ Santos Ballesteros, Jorge. Op. cit. p. 24

La conducta del padre en el proceso de filiación debe ser evidentemente atentatoria y dilatoria del proceso, porque hay que recordar que el derecho de defensa en juicio es un derecho constitucional del demandado, en el cual puede ejercer todos los recursos procesales y sustanciales que la ley contempla, siempre que lo haga de buena fe.⁷⁸

Para concluir este punto, basta comentar que no es *per se* el no reconocimiento espontáneo del hijo extramatrimonial el hecho material que genera responsabilidad civil, sino que es imperioso que concurren los restantes presupuestos: atribución subjetiva al padre, el daño del hijo y la relación de causalidad.⁷⁹

En el 2008 la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II en la Argentina, negó la indemnización por daños del padre al hijo, debido a la actitud del padre en el proceso de filiación, quien contestó la demanda, se presentó voluntariamente a la práctica de la prueba de ADN y se allanó al resultado positivo de la misma.

Dijo la Cámara que en el caso en analice no se había configurado la omisión antijurídica que consiste en no reconocer al hijo biológico, pues dicha *“negativa que para tener la entidad requerida debe ser resistida por el demandado sin causa justificante configurando un hecho ilícito que vulnere los derechos del niño: al nombre, a conocer su identidad filiatoria y sobre todo a la personalidad”*

⁷⁸ Berbere Delgado, Carlos. Op. cit. p. 27

⁷⁹ Medina, Graciela "Responsabilidad Civil por la Falta o Nulidad del Reconocimiento del Hijo. Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente", Buenos Aires, J.A.1998-III-1172.

Ahora bien, en la responsabilidad por el no reconocimiento voluntario del padre ¿estaríamos hablando de responsabilidad civil contractual o responsabilidad civil extracontractual? Se podría contestar esta pregunta desde la concepción más tradicionalista, diciendo que la responsabilidad se origina del incumplimiento de un deber legal y no de un contrato, por lo que sin duda alguna se deberían aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual consagradas en nuestro Código Civil en el título XXXVI libro IV, Artículos 2341 a 2360.

Todos los doctrinarios argentinos a pesar de que señalan que la responsabilidad civil por el no reconocimiento paterno surge del incumplimiento del deber legal de reconocer a los hijos, parecen ser de la opinión de que el régimen de responsabilidad civil aplicable es el extracontractual al no existir un contrato. Idea particularmente reprochable al observar que aceptan que hay una obligación previa y concreta entre padre e hijo, que surge de la ley.

No todas las obligaciones de reparar contractualmente nacen de los contratos, las obligaciones también pueden surgir de la ley y de los cuasicontratos.

Por otra parte, se podría decir que si el padre al incumplir el deber jurídico previo, singular y concreto existente con su hijo de reconocerlo genera daños, estos se regularían por las normas de responsabilidad contractual establecidas en el Título XII libro IV Artículos 1602 a 1617 del Código Civil, ya que la obligación de reconocer a un hijo no nace de la voluntad de las partes sino de la ley.

Lo cierto es que en el derecho de familia se ha discutido bastante este tema debido a que obviamente no se habla de un contrato en sentido técnico jurídico, pero si hay un deber jurídico concreto y preexistente⁸⁰ que haría pensar que lo más adecuado sería aplicar las normas de la responsabilidad civil contractual.

No obstante, en casos ambiguos como el de las relaciones familiares, en la presentación de una demanda ante los jueces de la república no se puede llegar a extremos irreconciliables en la aplicación de las normas de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, por lo que se deberán aplicar los postulados de “Iura novit curia” -El tribunal conoce el derecho- y “Da mihi factum, dabo tibi ius” -Dame el hecho y te daré el derecho-.⁸¹

3.2.2. La culpa como factor de atribución

Todos los autores consultados de manera unánime aseveran que la culpa es el factor de atribución en la responsabilidad del padre por el no reconocimiento espontáneo de su progenitura extramatrimonial.

En las relaciones familiares para poder aceptar el rompimiento de la armonía de las mismas, se exige de manera categórica que el juicio de reproche por la conducta antijurídica sea subjetivo.

⁸⁰ En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia del 11 de mayo de 1970 p. 125 y Santos Ballesteros, Jorge. “Instituciones de Responsabilidad Civil”. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, 2004. p. 190

⁸¹ Santos Ballesteros, Jorge. “Trascendencia de la Responsabilidad Civil en las Relaciones Paterno-Filiales” Op. cit. p. 17

Se incurriría en error, si se atribuyera en un juicio de responsabilidad cualquier factor objetivo al padre por el no reconocimiento de sus hijos, debido a que en el ordenamiento jurídico colombiano la regla general es la responsabilidad subjetiva y la excepción es la responsabilidad objetiva que fue creada por el legislador en circunstancias que por su naturaleza son potencialmente dañinas, lo que no ocurre en el derecho de familia, en el cual las actividades y relaciones generan un beneficio para sus participantes.⁸²

Sería arbitrario desde todo punto de vista, castigar a un padre que no ha reconocido de manera voluntaria a su hijo porque no tenía la menor idea que podía tener la condición de tal, o que no ha actuado de manera contumaz en el proceso de filiación, si no todo lo contrario, ha colaborado con el demandante y con el Juez a esclarecer la filiación biológica de su hijo.

Para determinar si se puede hacer una atribución subjetiva al padre, hay que mirar si por parte del mismo hubo una intención real y evidente de causar daño, mediante la exteriorización de actuaciones engañosas, desleales o contrarias a la buena fe, extraprocesal o procesalmente.

3.2.3 Causales de exoneración

Como se acabó de indicar, es un requisito indispensable imputar de manera subjetiva la responsabilidad del padre, por lo que si el padre actuó sin culpa y puede probarlo, habría

⁸² Sobre la materia véase Berbere Delgado, Carlos. Op cit. p. 9. En el mismo sentido Medina, Graciela. “Daños Extrapatrimoniales en el Derecho de Familia y el Proyecto de Código Unificado de 1998” Op. cit. p.79

causales objetivas que podrían ser alegadas y tendrían la virtualidad de exonerar su responsabilidad o al menos disminuir la cuantía de la indemnización de perjuicios.

Como regla general se podría decir que se atribuirá responsabilidad a la persona que habiendo sido declarada procreante, no pudo justificar un error excusable que obsta a la culpabilidad.⁸³

La doctrina internacional ha identificado como causales de exoneración la falta de culpa, la culpa de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito.⁸⁴

Señala la doctrina, que el padre podría alegar en un proceso de responsabilidad, su creencia fundada en un concepto médico previo de no poder procrear.

Según Carlos María Cobo y Graciela Medina el desconocimiento del embarazo por parte del padre también eliminaría la culpa del padre.

Serían causales de caso fortuito, todas aquellas que le haya impedido reconocer al hijo en razón de la distancia, por ejemplo que el padre se encuentre en un conflicto bélico o en un lugar tan apartado geográficamente que le haya sido imposible otorgar un poder o constituir un mandato.

⁸³ En este sentido se pronuncia Zannoni Eduardo. Op. cit. loc. cit

⁸⁴ Medina. Graciela “Responsabilidad por Falta de Reconocimiento de Hijo”. Op. cit. p. 124.

La culpa de un tercero la explica la doctrina en la hipótesis de que un menor haya tenido un hijo extramatrimonial y su padre no haya permitido el reconocimiento.⁸⁵ Esta hipótesis sólo se daría en el caso de los menores de edad que no están habilitados por la ley civil para realizar reconocimientos.

Adicionalmente, identificamos como causales de exoneración de responsabilidad, la duda probada de no ser necesariamente el padre, porque la mujer al momento de la concepción sostuvo relaciones sexuales con otros hombres.

El padre podría alegar el ocultamiento del parto por parte de la madre, o la creencia fundada por la madre o sus familiares de que el bebe nació sin vida.

El padre también podría eximirse, señalando que no pudo reconocer al niño como suyo por el matrimonio vigente de la madre o la unión marital de hecho de la misma, porque recordemos que según el Artículo 213 del Código Civil *“el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.”* Lo que automáticamente nos sugeriría pensar que el presunto padre deberá mostrar su diligencia iniciando una acción de impugnación de la paternidad.

⁸⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída “Responsabilidad Civil por Falta de Reconocimiento de la Paternidad Extramatrimonial”. Op. cit. p. 645

El padre se podrá exonerar de responsabilidad si invoca el reconocimiento por parte de un tercero con el cual la madre tuvo relaciones sexuales concomitantemente a la concepción del hijo.

Las anteriores causas deben estar acompañadas de una actuación de colaboración y de solidaridad social en el proceso de filiación. No se exoneraría al progenitor, si en el juicio de reclamación de la filiación hubiera actuado de manera torticera para dilatar el proceso de cualquier manera o para evadir la práctica de la prueba de ADN.

3.2.4 El daño

Como el objeto principal de la responsabilidad civil en Colombia es reparar el daño⁸⁶ causado a la víctima, poniéndola en la situación en la que estaría si el daño no se hubiera presentado,⁸⁷ consideramos que es completamente viable que se repare el daño tanto material como moral⁸⁸ sufrido por el hijo, víctima del no reconocimiento espontáneo de su padre.

⁸⁶ Indica Urdoqui Castilla, Gustavo en “Las Funciones del Derecho de Daños en Cara al Siglo XXI” en Realidades y Tendencias Derecho en el Siglo XXI. Tomo IV, Vol. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2010. p. 23 que “La reparación del daño causado a la víctima es la función más importante del derecho de daños. Se busca no solamente reparar el daño, sino proteger al más débil de la relación; la debilidad está marcada no solamente por un aspecto económico, sino por una situación de indefensión en que se encuentra la víctima frente a las fuentes modernas de daños tecnológicos (nucleares, ecológicos, ambientales, biotecnológicos, etc.)”.

⁸⁷ Solarte, Arturo. “la Reparación In Natura del Daño”. En revista Universitas 109 de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 205

⁸⁸ Considera Urdoqui Castilla, Gustavo. Op. cit. p. 21 que “El derecho de daños gira en torno a dos tipos de daños principales: patrimonial y personal. En cada uno de ellos la suma de dinero resarcitoria cumple una función distinta, pues en un caso se debe enfrentar una afectación económica, y en el otro, una afectación a la persona de la víctima. El dinero que se entrega en cada caso cumple funciones diferentes, pues mientras en el daño patrimonial existe una relación real con el valor del bien afectado, en el daño personal ello no ocurre, porque no es posible ya que los bienes

Lo que se repara básicamente es la falta de emplazamiento del hijo en el estado de familia que le correspondería por medio de un reconocimiento voluntario, no el amor que el padre no le dio durante todos los años en los cuales duró la incertidumbre, debido a que el aspecto espiritual de las relaciones de familia es ajeno al derecho.⁸⁹

Consecuencia que parece obvia y razonable, porque a nadie se le puede obligar a dar cariño o amor. Muchos padres reconocen a sus hijos y cumplen con sus obligaciones parentales sin ofrecer cariño a sus hijos y hasta ahí se puede limitar el accionar jurídico.⁹⁰

La Cámara Nacional Civil, Sala F de la de la República Argentina en sentencia de 1989, indicó que *“no se trata, en cambio, de resarcimiento por las carencias afectivas que pudo hallar, en estos años, frente a su progenitor, ya que ellos pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, sobre el cual el derecho no actúa salvo que trasciendan en determinadas conductas”*⁹¹

personales no tengan valor en el mercado. Aquí el dinero no tiene una función resarcitoria, sino satisfactoria, pues no se pueden encontrar equivalencias.”

⁸⁹ Zannoni, Eduardo A. “Responsabilidad Civil por la Falta o Nulidad del Reconocimiento del Hijo” LL 1990-A-1. En el mismo sentido se pronuncia Medina, Graciela en “Daños en el Derecho de Familia” Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. p. 123.

⁹⁰ Sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-339 de 1994 dijo que: “todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. Entonces, si un padre o una madre incumple con su obligación constitucional (Art. 44 de dar amor), no sólo está incurriendo en actitud injusta, sino que no está desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la actitud debida conforme a derecho.” Por lo que no sería descabellado pensar – sin estar de acuerdo con esta idea-, que alguien reclame la indemnización por la falta de amor de un menor, apoyándose en el Art. 44 constitucional y este pronunciamiento.

⁹¹ Cámara Nacional Civil. Sala F. Sentencia del 19 de octubre de 1989 (L.L. 1990 A-1). El doctor Eduardo Zannoni al comentar este fallo concluyó que: “Reconocer a un hijo implica un deber jurídico sin que al derecho le interese el amor que el progenitor reconociente siente por él. Si cumple el deber jurídico y lo hace por la sola sumisión al deber, sin amor, cumple con él y nada puede (en lo jurídico, obviamente) reprochársele.”

En Colombia no hay indemnización si no hay daño⁹², el cual se debe caracterizar por ser personal, cierto, directo y debe subsistir al momento de la reclamación.

La Corte Suprema de Justicia en 1993 expresó que el resarcimiento del daño en Colombia no puede ser fuente de enriquecimiento ilícito ni sanción contra el civilmente responsable.⁹³

Señala Ley 446 de 1998 Art. 16 que “*dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*”

3.2.4.1. Daño Moral

En la jurisprudencia Argentina se aceptó primigeniamente solo el daño moral por la indeterminación del vínculo, daño que se presume de no poder usar el apellido del padre, no ser considerado en la sociedad como hijo del mismo y haber estado privado de la figura paterna, y que por su misma naturaleza los doctrinarios argentinos afirman no requiere de prueba.

⁹² Afirma Urdoqui Castillo, Gustavo. Op. cit. p. 25, que las “normas sobre la responsabilidad civil no pueden llegar más allá de alcance económico del daño efectivamente producido, y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy responsable que haya sido la conducta del acusado o demandado.”

⁹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de agosto de 1993. M.P. Carlos Esteban Jaramillo S. Expediente No. 3750.

Los jueces Argentinos han delineado unas pautas para tasar el daño: como la edad de la persona, el plazo transcurrido en la negativa paterna, la actitud de colaboración o no del padre en el proceso, el hecho de ser reconocido ante amigos y en el colegio como hijo de madre soltera, la demora materna en iniciar la acción de filiación, el daño psicológico y la situación social de las partes, incluyendo el sello de la ilegitimidad, desventaja frente a los compañeros del colegio, desamparo producido por la carencia de una figura paterna, lesión de los sentimientos de un menor que se siente rechazado por su padre; daño moral futuro cierto y la situación económica del padre y de la madre⁹⁴.

La sala primera de la Cámara de Apelación de San Isidro en la Argentina en el año 1994 negó la indemnización del daño moral de una niña que tenía apenas seis meses cuando su madre interpuso la demanda, argumentando que no era posible que el no reconocimiento paterno en tan corto plazo haya tenido consecuencias desfavorables para su vida.

En 1995 la Cámara de Apelaciones de Junín revocó un fallo de primera instancia que había negado la indemnización de perjuicios por daño moral por falta de legitimación para actuar a un niño de cinco años, señalando que el daño moral futuro y cierto se presume del no reconocimiento paterno.⁹⁵

⁹⁴ Sentencia de la Suprema Corte Judicial, Poder Judicial Mendoza. Op. cit. p. 363

⁹⁵ Álvarez Osvaldo, Onofre, “Posesión de Estado en los Juicios de Filiación Extramatrimonial”. Citado por Zambrizzi, Eduardo A. “Daños en el Derecho de Familia” Buenos Aires; Editorial La ley. 2001. p. 183

Por su parte Eduardo Zannoni asegura que “la indemnización del daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que el que ha sufrido afrenta, y que la sufre el menor de escasa edad, y el demente, en igual medida que un mayor de edad, o un cuerdo.”

Pizarro Wilson aclara que “la falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter lógicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizar, más no hacen a su esencia”⁹⁶

La Corte Suprema de Justicia en Colombia ha reconocido daño moral a niños de poca edad. En 1971 con ponencia del magistrado Ramiro Araujo, se condenó al pago del daño moral futuro cierto a una niña de 10 meses por la muerte de su padre.⁹⁷ De ahí que es factible pensar que un Juez Colombiano pueda reconocer este rubro a una persona que no haya sido reconocida espontáneamente por su padre sin importa su edad, ya que tarde o temprano va a tener la conciencia de los hechos sucedidos y el dolor de los mismos, más aun si su madre tuvo que incoar una acción judicial de reclamación de la filiación paterna.

En Colombia tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado ha aceptado la reparación del daño moral, sin embargo no se encuentra ningún caso

⁹⁶ Citados por Cobo Carlos María “Responsabilidad Civil por Falta de Reconocimiento Espontaneo de Hijo Extramatrimonial” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) consultado en <http://www.acader.unc.edu.ar> que a su vez fue citado por Medina, Graciela, Op. cit. pág. 131

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 30 de agosto de 1971. M.P. doctor Ramiro Araujo.

que se pueda usar como analogía, por lo que el Juez Colombiano al fallar deberá tomar los principios generales establecidos.

El primer precedente jurisprudencial se ubica en 1924 con el famoso caso Villaveces, en el cual un señor demanda al municipio de Bogotá por haber exhumado los restos mortales de su señora esposa sin su autorización y haberlos trasladado a una fosa común.

La Corte Suprema de Justicia manifestó que la extensión del daño inferido a otra persona por malicia o negligencia no puede limitarse al daño patrimonial, sino que también debe extenderse al daño moral causado por la ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente.⁹⁸ Lo que se indemniza es el precio del dolor - *pretium doloris*-.

En 1991 la Corte Suprema de Justicia definió el daño moral, como el ocasionado en la personalidad, derecho a la vida, cuerpo, salud, etc., de sí mismo o de un familiar.⁹⁹

En 1999 en sentencia del magistrado ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles, la misma Corte Suprema de Justicia señaló que el daño moral toca sentimientos íntimos de la persona como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece.¹⁰⁰

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de Julio de 1922. M.P. doctor Tancredo Nannetti.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de septiembre de 1991. G.J.T. CCXII, No. 2451, p. 78-88.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de mayo de 1999 MP doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Expediente 4978.

3.2.4.2 Daño Material

Lo primero que hay que reseñar, es que no es homogénea la postura adoptada por la doctrina con respecto al daño material que debería ser reconocido por los jueces. Una parte de la misma, señala que el daño material que debe resarcirse es aquel producido por la carencia material de no contar con el apoyo económico de un padre, mientras que la otra tendencia asegura que el daño material indemnizable, es el consistente en la pérdida de la oportunidad de unas mejores circunstancias para su vida, como mejor educación y recreación.

Anotan Cecilia Marcheschi y Patricia A. Marenoni¹⁰¹ que corresponde indemnizar el daño material en la medida en que se logre probar que la ausencia de reconocimiento ocasionó carencias materiales al reclamante, como por ejemplo en el caso en que la madre es una persona de escasos recursos y el padre biológico cuenta con un nivel económico que le hubiera permitido al hijo el acceso a una mejor educación o nivel de vida.

En la misma línea de pensamiento Graciela Medina manifiesta que el daño material: “...está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre.”¹⁰², que pueden o no producirse dependiendo de la situación socio-económicas de los padres.

Por otra parte María Josefa Méndez de Acosta advierte que “*El daño material es indemnizable si se invocan concretamente los perjuicio (SIC) de la especie sufridos por el*

¹⁰¹ Marcheschi, Cecilia y Marenoni, Patricia A. Op. cit. p. 5 y 6

¹⁰² Medina, Graciela. “Responsabilidad Civil por Falta o Nulidad del Reconocimiento del Hijo. Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente” Op.cit. p. 171.

hijo como consecuencia de no haber sido reconocido y se presenta como un daño cierto actual o futuro, probándose lo debidamente”¹⁰³.

Carlos María Cobo por su parte subraya que *“el daño material se produce cuando un padre que no reconoció a su hijo en forma espontánea, no hizo efectivo los alimentos provisorios fijados por el juez; ello le habría permitido a ese menor una mejor asistencia, educación y desarrollo en todos los aspectos y no sufrir privaciones materiales durante todo el tiempo en que careció del emplazamiento familiar.”¹⁰⁴*

Carlos Pizarro Wilson opina que el daño material padecido por el hijo es la pérdida de la posibilidad de haber tenido una situación más holgada o con menos restricciones materiales a la que hubiera podido tener con la contribución a la manutención de su padre.¹⁰⁵

Aida Kemelmajer reseña que no tiene ningún sentido exigirle al reclamante que pruebe que sufrió de privaciones por carecer de aporte alimentario, pues es de público y notorio conocimiento que con mayores ingresos se tienen mayores posibilidades.¹⁰⁶

Así mismo, ésta reconocida autora Argentina proclama que es absurdo estimar que la concesión de daños materiales sólo es procedente cuando se acreditan situaciones de sufrimiento extremo como la desnutrición, la mendicidad o el analfabetismo. “Si desde el nacimiento la madre cubrió las necesidades del menor, esto no significa que el menor no

¹⁰³ Méndez Costa, María Josefa. “Visión Jurisprudencial de la Filiación”. Buenos Aires: Editorial Rubinzal, 1997, p. 176

¹⁰⁴ Corbo Carlos María. Op. Cit. p 8 y 9

¹⁰⁵ Pizarro Wilson. Op. Cit. p. 110

¹⁰⁶ Kemelmajer, Aida. “El Nuevo Derecho de Familia” Op. cit. p. 370

sufrió daños y menos aún que no hiciera falta que el padre cumpliera con la obligación alimentaria impuesta por la ley.”¹⁰⁷

En Sentencia de la Suprema Corte Judicial, Poder Judicial Mendoza del 28 de mayo de 2004 en la que se estudió el caso de un niño, hijo de una empleada de comercio, que nació en un hospital público y asistió a una escuela pública, teniendo un padre odontólogo de buena condición económica, con varias propiedades.

Por lo que el daño material en este caso, se configuró como una pérdida de chance, de haber tenido una vida con menos restricciones económicas, porque a pesar de que su madre le dio todo de manera ceñida, esta persona pudo haber sido socia de algún club, aprender otro idioma, incluso un instrumento musical, actividades que desarrollan niños hijos de profesionales.

En Colombia, el daño material la ley lo contempla en los Artículos 1613 y 1614 del Código Civil, diciendo que la indemnización de perjuicios debe incluir el daño emergente y el lucro cesante, salvo en los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

El daño emergente según el Artículo 1614 es el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y el lucro cesante es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 371

La pérdida de oportunidad o “*pérdida de una chance*” está precisamente incorporada al lucro cesante. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo ha aceptado esta teoría en responsabilidad médica, cuando se pruebe bien sea la posibilidad cierta y concreta de ganancias que resulta truncada por el incumplimiento de la obligación o la posibilidad de evitar una pérdida.

Otra posibilidad poco aceptada por la doctrina, es que a título de daño material ,se condene al responsable al pago de alimentos retroactivos desde el nacimiento del reclamante, debido a que si no hay emplazamiento en el estado de familia es imposible el cobro de la obligación alimentaria.¹⁰⁸

En Colombia esta posibilidad sería de poca aceptación judicial, debido a que los alimentos que los padres le deben a los hijos no se constituyen como una sanción, sino más bien obedecen a la necesidad del alimentante, la capacidad de alimentario y el vínculo jurídico que los une y que debe ser acreditado según el Art 411 del Código Civil.

3.2.5 Nexo Causal

¹⁰⁸ En este sentido puede revisarse la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la 1ª Nominación de Santiago del Estero. Con nota de Néstor E. Solari. En la cual la madre reclamó el daño material de su hijo a título de las cuotas alimentarias que dejó de recibir. El Comentarista de la sentencia Néstor Solari señala que no se puede solicitar alimentos ya que estos se derivan de la patria potestad y del emplazamiento en la situación de hijo que antes del reconocimiento desde luego no se ha dado.

Para que haya una condena en responsabilidad civil se exige que exista una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño, la responsabilidad por el no reconocimiento paterno no es una excepción.

Se debe poder acreditar en el proceso por medio de cualquiera de las teorías causales que el daño material y moral padecidos tienen como causa la conducta omisiva del padre que no reconocido de manera voluntaria a su hijo extramatrimonial o que en el proceso de filiación realizó todo tipo de maniobras desleales para eludir la práctica de los exámenes biológicos necesarios para comprobar el vínculo. Hay que partir del supuesto de que si el padre hubiera cumplido con su deber legal eso hubiera bastando para evitar el daño producido.

3.2.6 Legitimación por activa

La persona legitimada para promover la acción de responsabilidad civil por el no reconocimiento paterno, es aquella que haya sufrido daños que se puedan imputar de manera subjetiva al demandado y tengan una relación directa de causalidad.

En primer lugar pareciera ser que esa persona desde luego es el hijo, que la podrá interponer directamente si es capaz, de lo contrario deberá ser su representante legal que en la mayoría de los casos será su madre.

El Artículo 306 del Código Civil señala que “La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres.”

Nada obsta según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para que la madre representando a su hijo de escasa edad pueda reclamar daños morales.

La madre directamente podría ser también legitimada por activa para reclamar a su nombre daños y perjuicios. Por ejemplo en el caso en que ella tuvo que hacerse cargo de los gastos del embarazo, parto, educación y crianza y esto le generó un daño, debido a que según la Constitución Política esta obligación se genera de manera solidaria y compartida entre los dos padres.

En el caso del reclamo de daño moral por parte de la madre, la doctrina se divide. Eduardo Sambrizzi es de la opinión de que la madre no estaría legitimada a una indemnización derivada de este rubro, debido a que según el Artículo 1078 del Código Civil de la República Argentina¹⁰⁹, el resarcimiento se limita al damnificado directo, es decir el hijo.¹¹⁰

Del otro lado se encuentra Graciela Medina que respalda la reclamación de la madre por daño moral, debido a que ella también sufrió por haber tenido que hacer frente sola en el nacimiento y la crianza del hijo.

¹⁰⁹ Código Civil de la República Argentina. Artículo 1078. “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

¹¹⁰ Sambrizzi, Eduardo A. Op. cit. p. 191 y 192

En Colombia, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado ha reconocido el daño moral de las víctimas indirectas o perjudicados por contragolpe, en el caso de la muerte de un familiar cercano, daño que se presume de la prueba de parentesco.

Por último, vale la pena preguntarse si podría existir otra persona legitimada por activa para interponer una acción de responsabilidad, a lo que se considera que sí es factible, principalmente por el detrimento patrimonial sufrido en la asunción de una obligación que por ley no le correspondía, por ejemplo en la situación de que los abuelos o los tíos hayan asumido la crianza y la educación del hijo no reconocido. Lo importante será acreditar el interés para demandar, el daño y el nexo causal.

3.2.7. Actitud de la madre

Parte de la doctrina considera que la actitud de la madre de no interponer la acción de reclamación de la filiación contra el padre reticente, o interponerla varios años después del nacimiento del hijo es un hecho ilícito que genera daños.

En este sentido se pronuncian Cecilia Marchesi y Patricia A. Marenoni, al señalar que si la madre obstaculiza el reconocimiento del hijo, ya sea por inacción, accionar negligente por demorar innecesariamente el juicio, o por ocultar datos tendientes a identificar la persona del progenitor biológico, el daño se configura y se constituye en la forma más grave de

discriminación, lo que significa también la violación del deber jurídico de no dañar a nadie, pues con ellos se priva al niño de su condición legal.¹¹¹

Nelly Minyersky también considera que de la actitud pasiva de la madre se puede imputar responsabilidad civil, ya que esto se configura como un obstáculo hacia la identidad entre la realidad biológica y jurídica del hijo, y que la madre no podrá alegar su derecho a la intimidad para exonerarse de la misma.¹¹²

Otra hipótesis que se plantea, es que la indemnización de perjuicios a la que se condena al padre pueda ser reducida por la inacción materna, debido a que la madre pudo ahorrarle sufrimientos a su hijo no reconocido mediante su actividad judicial.

Carlos Pizarro Wilson es de esta corriente, al advertir que la cuantía de la indemnización de perjuicios puede ser reducida debido a que la actitud materna también ayudó al daño. Más aun, señala el autor que el hijo debería demandar al padre por el no reconocimiento y a la madre por la tardanza, porque ambas acciones contribuyeron al daño.¹¹³

Si esto es así y siguiendo la misma lógica, ¿sería posible reducir la indemnización de perjuicios del hijo, si emancipado no interpuso la acción judicial rápidamente sin mediar una causa que lo justifique?

Graciela Medina discurre de la idea de los autores antes citados, al afirmar que no se puede disminuir el monto indemnizatorio del hijo por falta de ejercicio de la acción de la madre,

¹¹¹ Marchesi, Cecilia y Marenoni Patricia A. Op. cit. p. 6 a 8

¹¹² Minyersky, Nelly. Op. cit. p. 561

¹¹³ Pizarro Wilson, Carlos. Op. cit. p.115

debido a que el daño se causa por la falta de reconocimiento del padre, no por la inacción judicial de la madre, además que la madre no se encuentra legitimada por sí para iniciar una acción de determinación de la paternidad sino que la ejerce en representación del hijo.¹¹⁴

Por su Parte Eduardo Zambrizzi es de la opinión de que la actitud pasiva de la madre de no iniciar la acción de reclamación de la paternidad no deriva ninguna consecuencia ni para ella ni para el hijo, por cuanto la madre solo está ejerciendo de manera legítima su derecho a la intimidad.¹¹⁵

En sentencia de segunda instancia de la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, sala II de 18 de diciembre de 2007, el Tribunal Argentino mantuvo que a fines de condenar al pago de indemnización por daño moral, no es relevante la demora de la madre al iniciar la acción de filiación, porque lo que se busca es reparar el sufrimiento del hijo.

En Colombia, según el Artículo 13 de la ley 75 de 1968 la acción de reclamación de la filiación paterna la puede interponer la persona que ejerza sobre el menor la patria potestad o la guardia, la persona natural o jurídica que haya tenido o tenga el cuidado de su crianza o educación, el defensor de menores y el Ministerio Público.

Desde luego el hijo cuando alcanza la mayoría de edad podrá iniciar un juicio para reclamar el reconocimiento de su padre, ya que él es el legítimo contradictor según el Artículo 403 del Código Civil. Acción que es imprescriptible.

A pesar de que en Colombia la madre puede interponer la acción de filiación paterna en representación de su hijo, se considera que esto no obsta para que el hijo tenga que sufrir

¹¹⁴ Medina, Graciela. Op. cit. p. 8

¹¹⁵ Zambrizzi, Eduardo. Op. cit. p. 187

las repercusiones negativas por la pasividad de su madre, debido a que el hecho ilícito que genera daños es el incumplimiento del deber jurídico del reconocimiento y no la inacción de su madre.

Es cierto que la madre pudo minimizar el daño moral de su hijo interponiendo la acción, lo que no es cierto, es que por este hecho se pueda castigar al hijo.

De la misma manera, la ley señala que el Defensor de Familia o el Ministerio Público podrán promover la acción, sería grotesco pensar que si éstos no lo hacen, se debería premiar al padre reduciéndole la condena, a costa de los intereses del menor.

Es posible que la madre no haya interpuesto la acción por razones plausibles como su falta de educación, las reiteradas promesas del padre de hacer el reconocimiento voluntario o incluso por amenazas perpetuadas por el mismo progenitor, lo que no debería afectar en nada el *quantum* de la indemnización debida.

No es estimable pensar en Colombia, que la madre pueda alegar que no inició la acción de reclamación de la paternidad por su derecho a la intimidad, poniéndolo por encima al derecho fundamental del hijo a la filiación real y a la identidad, debido a que según el Artículo 44 constitucional los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

CONCLUSIONES

A pesar de que en el ordenamiento jurídico Colombiano no exista una norma expresa en la que se sancione desde la órbita de la responsabilidad civil a los padres por el no reconocimiento voluntario de sus hijos, de la interpretación armónica y coherente del sistema de derecho de los hijos y de los deberes de los padres para con los mismos, se puede derivar la misma.

A pesar de que algunos autores señalan que en el derecho de familia no hay campo de acción para el derecho de daños por las ideas de la armonía, inmunidad y unidad familiar, se está en desacuerdo con esta opinión, debido a que por el mismo carácter imperativo y de orden público de las normas del derecho familiar, la persona que cause un daño que se pueda imputar de manera subjetiva y tenga un nexo causal, debe ser responsable del pago de una compensación.

Esta responsabilidad civil por el no reconocimiento paterno es de carácter contractual, porque se incumple el deber jurídico de reconocer a los hijos, que es un deber concreto y preexistente que se deriva de la ley. Sin embargo, el juez no deberá ser tan riguroso en la aplicación de las normas, sino que deberá buscar la indemnización integral de la víctima, rigiéndose por los principios de reparación integral, equidad y criterios técnicos actuariales consagrados en la ley.

El factor de imputación al padre siempre deberá ser el subjetivo, siguiendo los lineamientos de la doctrina internacional que ha tocado el tema y del Código Civil. En el ordenamiento jurídico colombiano la regla general es la responsabilidad subjetiva y la excepción es la responsabilidad objetiva que fue creada por el legislador en circunstancias que por su naturaleza son potencialmente dañinas, lo que no ocurre en el derecho de familia, en el cual las actividades y relaciones generan un beneficio para sus participantes.

Sería arbitrario desde todo punto de vista, castigar a un padre que no ha reconocido de manera voluntaria a su hijo, porque no tenía la menor idea que podía tener la condición de tal, o que no ha actuado de manera contumaz en el proceso de filiación, si no todo lo contrario, ha colaborado con el demandante y con el Juez a esclarecer la filiación biológica de su hijo.

El padre responderá por el daño moral causado a sus hijos, que podríamos decir se presume por el no reconocimiento, el daño moral futuro se podrá indemnizar siempre que sea cierto.

El daño material se configurará como una pérdida de chance de haber tenido una vida con menos restricciones económicas, a pesar de que la madre le haya dado todo de manera ceñida, por lo que tendrá que ser analizado cada caso en particular para evaluar la situación económica de cada uno de los padres.

Para tasar el daño, el Juez deberá tener en cuenta diferentes criterios orientadores como la edad de la persona, el plazo transcurrido en la negativa paterna, la actitud de colaboración o no del padre en el proceso, el hecho de ser reconocido ante amigos y en el colegio como

hijo de madre soltera, la demora materna en iniciar la acción de filiación, el daño psicológico y la situación social de las partes, incluyendo el sello de la ilegitimidad, desventaja frente a los compañeros del colegio, desamparo producido por la carencia de una figura paterna y las lesión a los sentimientos de un menor que se siente rechazado por su padre.

La persona legitimada para promover una acción de responsabilidad civil por el no reconocimiento paterno, es aquella que haya sufrido daños que se puedan imputar de manera subjetiva al demandado y tengan una relación directa de causalidad, que bien podrá ser el hijo, la madre o aquellas terceras personas que se vean afectadas, las cuales tendrán que probar el interés para demandar.

La cuantía de la indemnización no se deberá reducir por la inacción de la madre al interponer la acción de reclamación de la filiación en representación de sus hijos menores, porque aceptar lo contrario sería premiar al padre irresponsable. Sin embargo, sí se podría negar o reducir la indemnización que la madre pueda pedir a título personal, analizando siempre las situaciones que en concreto motivaron a la madre a la toma de esta decisión.

REFERENCIAS

A. BIBLIOGRÁFICAS

1. Berbere Delgado, Carlos. “Derecho de Familia y Responsabilidad Principales Supuestos e Interacciones Mutuas”
2. Brebbia, Roberto H. “Derecho de Familia” Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 1990.
3. Bidart Campos, Germán, “Paternidad Extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional”, E.D. 128-332
4. C. Quesada González. “El Derecho Constitucional a Conocer el Propio Origen Biológico”, Anuario de Derecho Civil. 1994.
5. Castillo Rugeles, Jorge Antonio “Derecho de familia” Editorial Leyer. Año 2005.
6. Cobo Carlos María “Responsabilidad Civil por Falta de Reconocimiento Espontáneo de Hijo Extramatrimonial” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República de la Argentina) consultado en <http://www.acader.unc.edu.ar>
7. Echeverri de Ferrufino, Ligia. “Aspectos de Familia en la Constitución Política de 1991”. En Hojas Universitarias. Universidad Central de Colombia. Bogotá

8. Ibáñez, María Fernanda y Jiménez Fandiño, Sara. “La filiación en la Jurisprudencia Constitucional”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Año 2003
9. Kemelmajer de Carlucci, Aida. “El nuevo derecho de Familia” visión doctrinaria y jurisprudencial. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Internacional N° 21. Bogotá. Año 2010.
10. Kemelmajer de Carlucci, Aída "Responsabilidad Civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial" en Derecho de Daños. Buenos Aires: Trigo Represas Félix A.-Stiglitz R. S.
11. Kemelmajer de Carlucci, Aida. en “Funciones y fines de la responsabilidad”, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Responsabilidad Civil. Tomo III, Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009
12. Linares Castillo, Beatriz y Quijano, Pedro. Artículo “Nueva Ley para la Infancia y la Adolescencia en Colombia”, se puede consultar en <http://www.unicef.org.co/Ley/Presentacion/ABC.pdf>
13. López Mesa, Marcelo J. “Elementos de la responsabilidad civil examen contemporáneo”. Pontificia Universidad Javeriana. Año 2009.
14. Macia, Andrea “Responsabilidad Médica por los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales.” Valencia: Tirant Monografía. Año 2005.

15. Martin-Casal, Miquel, Ribor, Jordi. "Damages in Family Matters in Spain: Exploring Uncharted New Land or Backsliding" en International Survey of Family Law. Bristol, 2010
16. Medina, Graciela "Responsabilidad Civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo. Reseña jurisprudencial a los diez años de dictado el primer precedente", J.A.1998-III-1172, punto IV
17. Medina, Graciela "Prueba del daño por la falta de reconocimiento del hijo", en Revista de Derecho de Daños N 4, "La prueba del daño-I"
18. Medina, Graciela en "Daños en el Derecho de Familia" Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2001
19. Medina, Juan Enrique. "Derecho Civil Derecho de Familia". Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008
20. Méndez Costa, María Josefa, "Sobre la Negativa a Someterse a la Pericia Hematológica y sobre la Responsabilidad Civil del Progenitor Extramatrimonial no Reconociente", L.L., T.1989-E-
21. Méndez Costa, María Josefa. "Visión Jurisprudencial de la Filiación". Buenos Aires: Editorial Rubinzal, 1997
22. Minyersky Nelly, "Responsabilidad por el No Reconocimiento del Hijo Extramatrimonial y Factores de Atribución", "La Responsabilidad", Editorial. Abeledo Perrot. libro en homenaje al Dr. Isidro H. Goldenberg.

23. Monroy Cabra, Marco Gerardo “Derecho de Familia y de Menores”. Librería Ediciones del Profesional. Colombia. Año 2007
24. Pizarro Wilson, Carlos. “Responsabilidad Civil por No Reconocimiento Voluntario del Hijo de Filiación Extramatrimonial” en el libro Daños en el Derecho de Familia. Navarra: Derecho Patrimonial. Editorial Aranzadi S.A., 2006
25. Recasens Siches, Luis “Introducción al Estudios del Derecho” México: Cuarta Edición. Edición Porrúa S.A, 1977
26. Santos Ballesteros, Jorge. “Instituciones de Responsabilidad Civil” Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Año 2006
27. Santos Ballesteros, Jorge. “Instituciones de Responsabilidad Civil” Tomo II. Pontificia Universidad Javeriana. Año 2006
28. Santos Ballesteros, Jorge. “Trascendencia de la Responsabilidad Civil en las Relaciones Paterno Filiales”. III Jornadas Internacionales de Derecho Privado “Estado Actual y Perspectivas del Derecho de Familia”. Pontificia Universidad Javeriana. 2011, Artículo *en edición*
29. Solarte, Arturo. “la Reparación *In Natura* del Daño”. En revista Universitas No. 109 de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Año 2005
30. Suárez Franco, Roberto. “Derecho de familia”. Régimen de personas. Tomo I Editorial Temis, Novena Edición. Año 2006.

31. Urdoqui Castilla, Gustavo. “Las Funciones del Derecho de Daños en Cara al Siglo XXI” en Realidades y Tendencias Derecho en el Siglo XXI. Tomo IV, Vol. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2010.
32. Uribe Escobar, Mario. “La familia en la Constitución de 1991 y su Desarrollo Legal”. Editorial Jurídica Dike. Primera Edición. Año 2000
33. Velásquez Turbay. Camilo. “Derecho Constitucional”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Año 2002
34. Villamil Portilla, Edgardo “Protección Familiar Visión Constitucional”. Ediciones Doctrina y Ley. Año 1999
35. Zannoni, Eduardo A. “Responsabilidad Civil por la Falta o Nulidad del Reconocimiento del Hijo” LL 1990–A–1.

B. LEGISLATIVAS

36. Código Civil Colombiano. Legis Editores S.A. Año 2010
37. Código de Procedimiento Civil Colombiano. Legis Editores S.A. Año 2010
38. Código Civil Francés
39. Código Civil de la República Argentina
40. Código de la Familia de Costa Rica

- 41.** Constitución Política Colombiana de 1991. Legis Editores S.A. Año 2010
- 42.** Convención América sobre Derechos Humanos, Suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre derechos Humanos San José, Costa Rica. 1969
- 43.** Convención sobre los Derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990
- 44.** Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.
- 45.** Decreto 1260 de 1970 “Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas”
- 46.** ley 45 de 1936 “sobre Reformas Civiles”
- 47.** Ley 75 de 1968 "Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".
- 48.** Ley 721 de 2001 “Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.”
- 49.** Ley 1098 de 2006 de la República de Colombia “Código de la Infancia y la adolescencia”
- 50.** Ley 1060 de 2006 de la República de Colombia “Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad”.

- 51.** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. Año 1966
- 52.** Procuraduría General de la Nación, concepto 4729. Por el cual se apoya la constitucionalidad del Artículo 217 del Código Civil. Año 2009
- 53.** Proyecto de ley en Cámara de Representantes número 134 de 2004 “Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad” Autor H. Representante Omar Armando Baquero Soler, ponentes en Cámara de Representantes: José Luis Arcila, Gina Maria Parody, Clara Isabel Pinillos, Adalberto Jaimes y Roberto Camacho.
- 54.** Proyecto de ley en Senado número 297 de 2005 “Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad” Autor H. Representante Omar Armando Baquero Soler, ponente en senado María Isabel Cruz Velasco.

C. JURISPRUDENCIALES

- 55.** Corte Constitucional. sentencia T-339 de 1994. MP Vladimiro Naranjo Mesa
- 56.** Corte Constitucional. Sentencias T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero
- 57.** Corte Constitucional. Sentencias T-293 de 1998. MP Carmen Isaza de Gómez.
- 58.** Corte Constitucional. Sentencia C-109 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero.

59. Corte Constitucional. Sentencia T-979 de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño.
60. Corte Constitucional. Sentencia T-488 de 1999. MP Marta Victoria Sáchica Méndez.
61. Corte Constitucional. Sentencia T- 277 de 2002. MP Rodrigo Escobar Gil.
62. Corte Constitucional. Sentencia C- 821 de 2005. MP Rodrigo Escobar Gil.
63. Corte Constitucional. Sentencia C- 075 de 2007. MP Rodrigo Escobar Gil.
64. Corte Constitucional. Sentencia T- 1103 de 2000. MP Álvaro Tafur Galvis.
65. Corte Constitucional. Sentencia T-556 de 1998. MP José Gregorio Hernandez.
66. Corte Suprema de Justicia. Expediente 7901 de 2005. MP Carlos Ignacio Jaramillo
67. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Expediente 239 del 12 de diciembre de 2001.
68. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto No. C-0500131100062004-00205-01 de 18 de junio de 2008. MP Jaime Arrubla Paucar.
69. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto No. 11001-0203-000-2007-01200-00 del 19 de diciembre de 2008. MP Arturo Solarte Rodríguez.
70. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 3750. Sentencia de 9 de agosto de 1993. M.P. Carlos Esteban Jaramillo S.
71. Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 30 de agosto de 1971. M.P. Ramiro Araujo.

- 72.** Sentencia del Juzgado 9° de Instancia en lo Civil y Comercial de San Isidro, Argentina del 9 de marzo de 1988. Juez Delma Beatriz Cabrera.
- 73.** Sentencia de Cámara Nacional Civil, Sala F de la de la República Argentina. 1989
- 74.** Sentencia de la Cámara de Apelación de San Isidro, Sala I. 1994
- 75.** Sentencia de la Suprema Corte Judicial, Poder Judicial Mendoza del 28 de mayo de 2004
- 76.** Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la 1ª Nominación de Santiago del Estero. 2004. Con nota de Néstor E. Solari
- 77.** Sentencia de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala IIª del 13 de septiembre de 2007
- 78.** Sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, sala II de 18 de diciembre de 2007
-