UNIVERSIDAD DE JAÉN

CENTRO
DEPARTAMENTO

TESIS DOCTORAL

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

PRESENTADA POR:
MONICA GABRIELA ROSERO MUÑOZ

DIRIGIDA POR:
JOSE MANUEL RUIZ-RICO RUIZ

JAÉN, 25 de junio de 2019

ISBN

Contenido

Abreviaturas 6
Introducción 8
Capitulo I. Fundamentos de la acción de filiación. 13
1. Sinopsis de la evolución de la acción de filiación. 13
1.1 Luego del Código de Napoleón 18
Conclusiones 22
2. La acción de filiación en la garantía de derechos para proteger la vida familiar. 24
2.1 Colombia 27
2.2 España. 30
Conclusiones 31
3. La acción de filiación para la participación igualitaria de padre y madre en la crianza del hijo/a. 32
4. La dignidad humana como sustento y fin último de la acción de filiación. 42
5. La filiación como eje del derecho de familia. 48
5.1 Libre desarrollo de la personalidad 49
5. 2 Identidad 52
Conclusiones 58
5.3 La filiación como un derecho fundamental innominado. 58
Conclusiones 62
6. ¿Derecho a la verdad biológica o a la filiación vivida? 63
6.1 Derecho a la libre investigación de la paternidad. 65
6.2 La filiación vivida o sociológica 68
6.3 Ponderación 72
Conclusiones 77
Capitulo II Investigación de la paternidad. 79
1. Preámbulo de estudio de la Investigación de la Paternidad para Colombia 79
2. Preámbulo de estudio de la Investigación de la Paternidad España: 86
3. Procedimiento de la Acción de Investigación de paternidad o maternidad. 92
3.1 Colombia 92
3.2 España. 99
4. Legitimación y oportunidad de interposición de la acción. 106
Conclusiones 113
5. Efectos de la declaratoria de paternidad. 116
5.1 Efectos de la declaratoria de paternidad en Colombia 116
5.1.1 Derecho al amor y cuidado. 116
5.1.2 Patria potestad y potestad parental. 119
5.1.3 Derecho al cuidado. 121
5.1.4 Derechos a los alimentos 122
5.1.5 Efectos patrimoniales. 123
5.2 Efectos de la declaratoria de paternidad en España 130

5.2.1 Status filii y status familiae. 131
5.2.2 Patria potestad 132
5.2.3 Apellidos 134
5.2.4 La obligación de vela. 134
5.2.5 Derecho de alimentos. 134
5.2.6 ¿Cobro de los alimentos retroactivos? 136
Conclusiones. 141
Capitulo III. Impugnación de la paternidad. 144
1. Impugnación de la filiación que surge de la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant.* 153
2. Impugnación del reconocimiento voluntario. 155
2.1 Impugnación del reconocimiento voluntario en Colombia 155
2.2 Impugnación del reconocimiento voluntario en España. 161
3. Impugnación del reconocimiento de complacencia. 164
3.1 Impugnación del reconocimiento de complacencia en Colombia. 167
3.2 Impugnación del reconocimiento de complacencia en España. 169
Conclusiones 176
4. Legitimación para la impugnación de la paternidad 179
4.1 Legitimación en Colombia 179
4.2 La legitimación en España 183
Conclusiones. 189
5. Caducidad e interés actual para la impugnación de la paternidad. 190
5.1 Caducidad e interés actual para la impugnación de la paternidad en Colombia. 190
5.1.1 Términos de caducidad en Colombia. 194
5.2 Caducidad e interés actual para la impugnación de la paternidad en España 197
5.2.1 Términos de caducidad en España. 201
Conclusiones 205
6. Cosa juzgada, recurso de revisión y demandas posteriores a la ejecutoria de la sentencia que resuelve la acción de filiación. 207
7. Efectos de la prosperidad de la pretensión de impugnación de la paternidad. 215
7.1 Apellidos. 215
7.2 Relaciones familiares 215
7.3 Alimentos 217
7.4 ¿Devolución de los alimentos pagados? 217
Capitulo IV. Colaboración de las partes en el debate probatorio. 223
1. Colombia 223
2. España 225
3. Medios de prueba 226
3.1 Prueba de ADN 226
3.1.1 Colombia 226
3.1.2 España. 233
4. La libertad de investigar la paternidad y mínima entidad probatoria para admitir la demanda 233

5. Otras dificultades que enfrentan los agentes del Estado en el trámite de las acciones de filiación 238
5.1 El acceso a las acciones de filiación de niños y niñas en lugares rurales, apartados y de difícil acceso. 238
5.2 Cuando una de las partes está en el extranjero. 241
5.3 Renuencia para asistir a la práctica de la prueba de ADN 242
5.3.1 Renuencia para asistir a la práctica de la prueba de ADN en Colombia 242
5.3.2 Renuencia para asistir a la práctica de la prueba de ADN en España 256
Conclusiones. 264
Capitulo V. Diligencia reforzada de los Servidores/as Públicos/as en la Acción de Filiación 265
1. Agentes del Estado que intervienen en los procesos de filiación. 267
2. Juez/a director/a del proceso de filiación. 276
3. Aplicación de los principios constitucionales para trámite y decisión de la acción de filiación. 280
4. Tutela judicial efectiva en su aplicación a las acciones de filiación. 284
5. Herramientas del juez/a Director/a del Proceso de filiación. 286
5.1 Poderes de ordenación, instrucción y corrección. 293
5.1.1 Poderes de ordenación e instrucción. 294
5.1.2 Poderes correccionales. 301
5.2 Los métodos hermenéuticos como herramientas en la acción de filiación. 304
5.3 Superación de incidencias en las acciones de filiación con la dirección del juez/a de familia. 306
Conclusiones 314
6. Desafíos para las acciones filiación. 319
Conclusiones 329
Referencias Bibliográficas. 336

“Para mis sobrinos Sara y Gael
y para todos los niños y niñas
que hacen que la humanidad no olvide que
el poder de soñar vence toda adversidad”.

“Si los derechos fundamentales
sólo valían en el ámbito de la ley
hoy las leyes sólo valen en el ámbito
de los derechos fundamentales”
Kruger.

Abreviaturas

Art.	Artículo
CPG	Código General del Proceso Colombiano
CCC	Código Civil Colombiano
CCE	Código Civil Español
CPC	Código de Procedimiento Civil.
C. Pol.	Constitución Política Colombiana
CE	Constitución Española
C. de E.	Consejo de Estado
CC	Corte Constitucional Colombiana
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CEDAW	Convención Contra toda Forma de Discriminación contra la Mujer
CiDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CDN	Convención de Derechos del Niño
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CPE	Código Penal Español
DDHH	Derechos Humanos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
INML	Instituto Nacional de Medicina Legal
LEAJ	Ley Estatutaria de Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil Español
LGBTI	Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales.

LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria Española
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
NNA	Niño, Niña, Adolescente
Num.	Numeral
p.	Página
PIDES	Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales
PARD	Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
ss.	Siguientes
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Español de Derechos Humanos
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
TCE	Tribunal Constitucional Español
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

Introducción

Históricamente la ficción de lo que consideramos Estado ha variado notablemente, algunas veces para restringir las libertades, otras veces el Estado simplemente permite que los ciudadanos se autorregulen, sin ejercer ningún tipo de intromisión; o se ponen en marcha una serie de mixturas y construcciones inacabadas de formas de intervención del Estado, en el afán de diseñar un modelo óptimo de organización, ya que la humanidad reconoce que dependiendo de los poderes que se le confieren o no al Estado, se promueva el progreso individual, familiar y social, en procura de elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de felicidad.

En ese marco de estructura, se sabe que la institución familiar, es el núcleo de la sociedad y es anterior al Estado, de hecho, se ha concebido a la familia como un presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, en donde se satisfacen las necesidades físicas, materiales, biológicas, emocionales, culturales, recreativas, productivas y espirituales de sus miembros.

Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 11, 17 y 19), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos7, 10 y 11) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 17, 23 y 24) se reconoce la importancia de la familia en la estructura social y el deber de protección a la misma, en tanto ha sido considerada siempre como la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre y la mujer.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Colombia en 1991, establece que la familia, es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños/as, por lo cual debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro del Estado.

Colombia adoptó la forma de estado denominada Social de Derecho, que va de la mano con los compromisos internacionales que ha asumido el país con la familia, entre otros, con la

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto acogió un régimen constitucional para amparar a la familia, promover el efectivo respeto a la integridad física, psíquica y emocional entre sus miembros, erradicar todo tipo de violencias y lograr la estabilidad necesaria para su desarrollo con dignidad e igualdad (art. 42 de la C.Pol.), propósitos de los cuales emana la especial necesidad de garantizar un ambiente armónico y de libre expresión del cariño.

Ese acogimiento, genera para el Estado el deber prioritario de prestar a la familia su mayor atención en aras de preservar la estructura familiar, no solo porque en la sociedad se refleja las conductas aprendidas en el hogar, sino también porque al interior del hogar se pueden desconocer derechos que atentan contra la dignidad de una persona y que el Estado debe corregir (art. 1 C.Pol).

Considero que si la supervivencia y unión de la familia depende en gran medida de la estable y armónica convivencia en el seno de institución básica de la sociedad, de no existir esa sana avenencia, corresponde al Estado conceder la más amplia protección y asistencia posible a la familia, para que se puedan superar los riesgos o vulneraciones de derechos de los miembros de la familia; de allí que sea deber del Estado servir al bienestar de la familia y velar por su dignidad, integración, estabilidad y conservación.

Así las cosas, creo que el amparo del Estado a la familia implica de una parte asegurar la conformación de la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla, y de otra, implica realizar una serie de acciones dirigidas a propiciar y mejorar la calidad de vida de sus integrantes, así como su protección cuando se atente contra los derechos de alguno de los miembros.

Sobre estos cimientos, creo que deberíamos enmarcar la acción de filiación ya que a través de ese mecanismo el Estado aseguraría a la familia la integración de sus miembros, no solo a partir de la determinación de quién debe considerarse como madre o padre de una persona, ya sea niño, niña, adolescente o un mayor de edad, sino también del efectivo disfrute de la relación de parentesco entre padre, madre e hijos/as.

En esa medida, propondré en este trabajo que la filiación también debería conllevar a que se garantice que el ser humano crezca con el amor del padre y de la madre y que en la interacción con sus seres queridos pueda desarrollar su personalidad e identidad; reconozco que ese propósito depende en gran medida de los sujetos involucrados en materia de filiación; sin embargo, estableceré en este trabajo que es deber del Estado propiciar la acción idónea y efectiva para que la familia que se conforma con la procreación, cuyo vínculo se declara en juicio, pueda disfrutar de la vida familiar.

Pese a que las obligaciones del Estado a favor de la familia son de vieja data, a la fecha en Colombia y España la acción de filiación es concebida solo para hacer los cambios pertinentes en el registro civil, en caso de acreditarse la compatibilidad genética, junto los derechos personales y patrimoniales que de allí se derivan, por lo cual indagaré si los agentes del Estado que intervienen en este trámite también tienen el deber de procurar la unidad familiar, identidad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad del hijo/a.

Como los derechos a la unidad familiar, identidad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad del hijo/a son generales y están dispersos en los sistemas jurídicos, mi propósito es hacer una interpretación holística de los mismos y determinar qué tanto pueden influir en la determinación de los deberes de los agentes del Estado que intervienen en el trámite y decisión de las acciones de filiación.

Considero que en Colombia la acción de filiación se ha quedado rezagada a la espera del resultado de la prueba de ADN, omitiendo las obligaciones del Estado de garantizar de manera efectiva a toda persona hacer parte de una familia, a crecer en su seno, al derecho al amor y cuidado de los familiares, por ello en este trabajo, la propuesta que desarrollo, más allá de pretender que el legislador haga un solo compendio normativo, es la concreción de esos fines en el procedimiento por parte de los agentes del Estado que intervienen en las acciones de filiación.

En este trabajo me dedicaré a las acciones de filiación, es decir a la acción investigar, reclamar o impugnar la maternidad o paternidad[1], adelantada ante un/a juez/a que le

[1] Según Quiroz (2014) es posible abordar la filiación desde lo sustancial, entendido como tal la conceptualización, naturaleza, requisitos, clases y fuentes, aclarando que “la filiación no se reduce a la procreación surgida de una relación sexual entre un hombre y una mujer, sino que se extiende a la asistencia

corresponderá definir si existe entre las partes el vínculo biológico; incorporaré un análisis que denote la importancia de definir el origen del hijo/a y el ser parte de una familia y los deberes que emergerían de los postulados constitucionales para los agentes del Estado que intervienen en la acción de filiación, entre ellos, los jueces/zas, comisarios/as de familia, defensores/as de familia, procuradores/as judiciales y personeros/as municipales, para la eficiencia y garantía del acceso a la administración de justicia, a partir de la teoría constitucional del derecho y del juez/a director/a del proceso.

Dentro de ese marco, me centraré en las acciones de filiación paterna, en atención a que es una realidad que en los estrados judiciales colombianos sobretodo se radican demandas de investigación e impugnación de la paternidad y no de maternidad; creo que ello se debe a que comúnmente en el registro civil se asientan los nombres de la mujer que dio a luz, siendo justamente el parto el evento que fácilmente define quién es la madre del que acaba de nacer, *mater semper certa est* -salvo las modernas formas de procrear-, pero no determina con la misma contundencia quién es el padre, en tanto esa situación la define la concepción.

Esta investigación está estructurada en torno a cinco capítulos, en el primero de ellos se asientan las bases del estudio, en los que se enmarcan los principios y derechos fundamentales inmersos en la acción de filiación que debe garantizar el Estado, además, estudiaré los aspectos relacionados con la importancia de crecer junto a la familia, formación de la identidad en general y con la relevancia de la filiación dentro de la misma, y se analizará la relevancia de la filiación como derecho innominado. Después, reflexionaré sobre la acción de investigación e impugnación de la paternidad y procederé a esbozar el papel del juez/a para que esa acción sea efectiva en el propósito de reconocer los derechos a la identidad y a la filiación misma, la colaboración armónica de las demás instituciones para ello y los nuevos desafíos que tienen los agentes del Estado en las acciones de filiación frente a las nuevas exigencias sociales.

En esa medida, para desarrollar el objetivo principal de determinar la intervención del Estado en las acciones de filiación, en un primer capítulo expondré la importancia de la definición de la filiación para los seres humanos; abordaré las repercusiones que tiene en la vida de una persona la definición de su ascendencia y de sus orígenes, los efectos legales desde el

científica, a la adopción y a la familia de crianza, como aquella que trasmite amor, afecto y cariño" (p. 112); y desde el punto de vista procesal se refiere al reconocimiento, investigación, impugnación y pruebas.

derecho privado, público y en relación con el grupo familiar, con terceros y con el mismo Estado, para lo cual presentaré gran contenido dogmático, desde el derecho constitucional y convencional sobre la acción de filiación y por qué la responsabilidad del Estado de garantizar un mecanismo judicial idóneo y eficaz para la definición del estado civil.

Además, proyectaré el ámbito de los deberes del padre y madre respecto de las necesidades del hijo/a, no solo desde la óptica de las relaciones jurídicas, sino de su interacción con sus seres cercanos, para aproximarme a la comprensión de filiación desde la esencia humana, en el campo biológico, físico, síquico, social, cultural y moral, pues creo que la sumatoria de estos factores responden a la manera cómo el ser humano interactúa con los otros.

Enfatizaré mi análisis desde el ámbito de responsabilidad del Estado de superar la discriminación que históricamente existió y que hasta fue consagrada en la Ley respecto de la conformación de familia de uniones distintas al matrimonio y de los/as hijos/as habidos fuera de esa institución, situación que considero que influye hasta la fecha en el régimen de la filiación y que se vio reflejado por las marcadas directrices de jerarquía y desigualdad entre los/as hijos/as, de la prohibición de investigación de la paternidad y la prevalencia de la voluntad del hombre en reconocer la paternidad, lo cual considero que trajo como consecuencia desfavorable en el tejido social, la conformación de generaciones a las que no se les garantizó el derecho a tener y crecer en una familia, al amor y cuidado de sus familiares.

Me apoyaré en los conceptos dados desde otras disciplinas, como la psicología, la sociología[2] y también observando los ordenamientos jurídicos de otras latitudes, especialmente el español, para plantear desde el derecho comparado, el contraste o similitud, entre el derecho colombiano y español y del tipo de protección que recibe en los distintos ordenamientos jurídicos.

Luego, analizaré los principios y reglas rectoras del Código General del Proceso para aterrizarlas en el proceso de filiación, v.gr., estudiaré las herramientas generales otorgadas

[2] Para Lafont (2012) el concepto de filiación va más allá de un asunto biológico, al establecer que es un sentimiento cultural que desplaza el sentido biológico, de allí que la filiación sobretodo debía corresponder a una relación social y cultural (p. 298).

en dicha codificación al juez/a como director/a del proceso y los deberes de los sujetos procesales, de los empleados/as públicos y de los particulares, con el propósito de planear la manera de cumplir con esas facultades-deberes en la investigación o impugnación de la paternidad. También indagaré sobre los avances de la filiación expuestos por las Corporaciones Judiciales de Colombia y España para describir nuevas estrategias de proteger y garantizar el propósito de la acción de filiación y me centraré en comparar si el ordenamiento jurídico colombiano y español está dado para legitimar la intervención del Estado en las acciones de filiación o si aún el escenario jurídico no está dispuesto para ello.

Capitulo I. Fundamentos de la acción de filiación.

1. Sinopsis de la evolución de la acción de filiación.

Sin pretender hacer un estudio histórico exhaustivo de las acciones de filiación, a continuación se señalan antecedentes relevantes sobre la manera en que dichas acciones han sido posicionadas en los ordenamientos jurídicos colombiano y español como mecanismo para hacer efectivos los derechos fundamentales de los miembros de la familia, concretamente de los hijos/as no matrimoniales, pues los hijos/as matrimoniales gozan de la presunción de tener como padre al cónyuge de la mujer que da a luz[3], mientras que para los hijos/as no matrimoniales se rastrea que entre 1789 a 1948 se vedó la investigación de la paternidad.

En esa medida, en este estudio se analizan tres momentos históricos en las acciones de filiación, en el primero concebido antes del Código de Napoleón, el segundo, con la revolución francesa y la expedición de dicho código y el tercero con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Como punto de partida tenemos que los ordenamientos jurídicos de Colombia y España han sido directamente influenciados por el derecho francés y concretamente el Código de Napoleón y como lo veremos a continuación, las concepciones en dicho código de la acción de filiación tendrían efectos directos en los ordenamientos que se estudian.

[3] "En la época que alumbró los Códigos, la imposibilidad de descubrir con certeza la verdadera paternidad y la voluntad legislativa de proteger el status de hijo matrimonial, condujo a dotar de extrema fortaleza a la presunción". (Barber, 2013, p. 49).

Se tiene noticias que en el primer momento, no había mayores trabas ni dificultades para la determinación de la filiación, por lo cual se tiene que de alguna manera se permitía la libre investigación de la paternidad[4].

Los expositores Planiol y Ripert explicaron en su libro «*Traité elementaire de Droit Civil»,* que "en el antiguo derecho, hasta la revolución, la investigación de la paternidad era libre (…) las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este género vinieron a ser, según la expresión de *Bigot du Preameneu*, el azote de la sociedad. Tronchet refiere que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba en cinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hombre era considerado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: *Virgini praegnati creditur*". (CSJ. Rad. 2002-594 mayo 21 de 2010).

Para Quesada (2012), "en el derecho francés de *Acien Régime* la acción de investigación de la paternidad fue ampliamente admitida. Se distinguían dos clases de acciones. Con una se pretendía obtener alimentos provisionales para cubrir los gastos de embarazo, del parto y de la manutención inicial del niño. Esta acción prosperaba con la simple indicación por la madre del hombre a quien atribuía la paternidad – *ex eo praegnantem ese-.* Con la otra perseguía conseguir alimentos definitivos. Esta era una verdadera acción de investigación de la paternidad, fundada en la prueba del vínculo biológico. No había condiciones especiales de admisibilidad de la acción, ni se temía más el error judicial en esta que en cualquier otra acción"[5] (p. 35).

Ahora bien, enfocándonos en Colombia, antes de la revolución francesa, "el hijo que no

[4] La Corte Suprema de Justicia Colombiana en providencia del 26 de abril del año 1940, reproducida en la sentencia de casación de mayo 21 de 2010 - 50001-31-10-002-2002-00495-01 MP. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA- recordó cómo en el derecho feudal europeo se reconoció "el principio de la libre investigación de la paternidad, como un postulado del derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y a conocer a sus progenitores".

[5] Quesada (2012) hace la aclaración de que "la facilidad para atribuir la paternidad en Francia en esa época tenía como contrapartida que los efectos derivados de la relación paterno-filial eran muy reducidas. No se reconocía derechos sucesorios a los hijos naturales (*batards ne succédent point*) (p. 35).

hubiera sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, podría pedir que su padre o madre lo reconociera y la demanda podía ser instaurada a nombre del impúber, por cualquier persona que probare haber cuidado de su crianza". (Torrado, 2018, p. 138).

De hecho, ante la renuencia del hombre llamado al reconocimiento paterno, el/a juez/a lo declaraba padre, en tanto "si el demandado no compareciere pudiendo, y si hubiera repetido una vez la citación, expresándose el objeto, si mirará como reconocida la paternidad". (Torrado, 2018, p. 138).

En España, también se encuentra que "la prohibición de la investigación de la paternidad, no <estaba> presente en el Derecho común, sino procedente de los ideólogos de la Revolución francesa, de donde pasa al Código de Napoleón y de ahí se extiende a toda Europa" (Barber, 2013, p. 22).

Así las cosas, para adentrarnos a la segunda momento, tenemos que antes de la expedición del Código de Napoleón, ni en Colombia ni en España estaba dispuesta la prohibición a la investigación de la paternidad. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos colombiano y español[6], estuvieron influenciados por la revolución francesa[7] y luego por el Código de Napoleón[8], el cual no permitía la libre investigación de la paternidad y se protegía a la familia, a partir de su conformación en el matrimonio[9], teniendo como argumentos para fijar tales disposiciones "la dificultad de la prueba del vínculo biológico… y el temor a los escándalos y chantajes" (Soler, 2002, p. 12). Además, "se trataba de premiar el matrimonio y censurar, sobre todo, las formas 'desorganizadas' de la familia, la moral y la sexualidad que se

[6] De hecho, Barber (2013), anota que "en los demás Códigos europeos decimonónicos, la finalidad evidente de la regulación sobre filiación venía dada por la protección a la familia legítima y la consiguiente negación de derechos patrimoniales y familiares a los hijos nacidos fuera del matrimonio" (p. 22).

[7] "El régimen de la libre investigación de la paternidad vino a ser abolido por la Revolución Francesa, en la ley del 12 de Brumario, año II, promulgada por la convención revolucionaria, así procedió a pesar de haber sentado principios rígidos de justicia social e igualdad jurídica y de haber abolido todas las prerrogativas del sistema feudal" (CSJ. Rad. 2002-594 mayo 21 de 2010).

[8] "Expirada en Francia la época revolucionaria, el Código de Napoleón de 1804 consagró el mismo criterio revolucionario, al prohibir en el artículo 340 la libre investigación de la paternidad ilegitima, con la única excepción del caso de rapto. Al decir de los principales redactores de tan famosa obra, el antiguo sistema deshonró la justicia y asoló la sociedad". (CSJ. Rad. 2002-594 mayo 21 de 2010).

[9] Tal como lo plantea Ales (2012), "el art. 340 del Código Civil <francés> de 1804, prohibía la investigación de la paternidad, con la sola excepción de los casos de rapto. Los códigos europeos siguieron las líneas generales del francés, aunque en algunos casos se permitió la investigación de la paternidad. A grandes rasgos, las legislaciones decimonónicas acogieron una de dos posturas: la prohibición absoluta de la investigación de la paternidad, o la prohibición de la investigación cuando concurran determinas circunstancias" (p.266).

confinaba a los límites del matrimonio. También se pretendía hacer más cautelosas a las mujeres frente a los seductores, ya que si tenían un hijo no podían pretender recibir ayuda" (Soler, 2002, p. 13).

Quesada (2012) coincide en que fueron varios los argumentos invocados para justificar la prohibición de investigar la paternidad en Francia, y destaca entre ellos, la dificultad de la prueba del vínculo biológico[10], el temor a los escándalos y chantajes que podía provocar la permisibilidad de investigar la paternidad; el propósito de prevenir escándalos, de evitar la interposición abusiva de acciones judiciales y las falsas imputaciones de paternidad[11]. (p. 95).

Considero paradójico que siendo esa época de revolución, en la que se pregonaba la ideología de la libertad, de dejar hacer y dejar pasar, fuera tan conservadora con la protección a la familia, al punto de solo resguardar a la familia conformada al interior de un matrimonio[12], lo cual aparejó como consecuencia que se negara a los hijos/as habidos fuera de esa institución la protección para la determinación de su filiación, esgrimiendo como justificación "la tranquilidad del hogar y evitar las demandas que tenían por objeto lesionar la honra o el honor del imputado" (Pizarro, 1999, p. 12).

Por lo anterior, estimo que se dispuso solo formalmente la filiación como una cuestión de orden público, controlada directamente por el Estado, como parte de los atributos de la personalidad, empero para evitar intromisiones injustificadas del Estado en la libertad, se dejó la filiación extramatrimonial a la auto-regulación, básicamente por considerar que ese asunto hacía parte de la esfera individual, al igual que otras problemáticas que afectaban

[10] Sobre este argumento, Quesada (2012) discute la dificultad con la prueba paterna "no equivale a la imposibilidad de esta, como lo demuestra el hecho de que en el Derecho histórico la investigación de la paternidad siempre fue admitida" (p. 35).

[11] Quesada (2012) replica que "para evitar falsas imputaciones de paternidad, el mejor camino será sancionarlas de manera especial, pero nunca impedir las verdades" (p. 37).

[12] Quesada (2012) explica que había una necesidad de proteger a la familia legítima, "en la medida en que se consideraba que los supuestos abusos y los tan temidos escándalos serían aún más desagradables cuando los hombres cuya paternidad se reclamará fueran casados… se trataba de premiar el matrimonio y de censurar las formas desorganizadas de la familia y la sexualidad. También se pretendía hacer más cautelosas a las mujeres frente a los seductores, ya que si tenían un hijo no podían pretender recibir ayuda del varón responsable de la concepción, lo que conduciría –se pretextaba- a una mayor moralidad pública" (p. 37).

directamente a la familia[13] y que estaban por fuera de la órbita de poder del Estado, en tanto "lo que ocurría dentro de los hogares era un asunto que solo interesaba a quienes vivían allí". (Orjuela, 2017, p. 30).

Aun mas, encuentro que exaltando la ideología de la libertad, se depositaba la confianza en el hombre que había engendrado[14], de hacer el reconocimiento libre y voluntario del hijo/a, pues se suponía que el honor y el empeño de su palabra, aseguraría la filiación de los hijos/as habidos fuera del matrimonio, con lo cual para ese entonces la figura del reconocimiento voluntario era el único modo de determinar la paternidad (Soler, 2002, p. 15) y, por tanto, "la prohibición de investigar la paternidad fue, (…) una consecuencia normal de ideal de libertad tal como esta era entendida en aquel período". (Quesada, 2012, p. 39).

Así las cosas, en Francia "en general, solo era posible establecer la paternidad mediante reconocimiento voluntario", ya que la investigación de la paternidad fue prohibida, salvo cuando se alegará que hubo el rapto[15] (Quesada, 2012, p. 36).

La influencia del Código de Napoleón en Colombia, conllevó a modificar las reglas que se tenían para la determinación de la filiación paterna (titulo 16 del Código Civil); con la expedición de la Ley 153 de 1887, cuyos artículos 54 a 59 y 66 a 79 crearon obstáculos y dificultades para la determinación de la filiación paterna, v.gr. "se derogó la norma que consagraba la presunción de paternidad del hijo de la mujer que viviera públicamente con su concubino". (Torrado, 2018, p. 138).

---

[13] "Más estas razones podían volverse en contra de quien las invocaba, pues precisamente la defensa de la familia matrimonial exige lo contrario a la prohibición de investigar la paternidad, esto es, que salgan a la luz pública las secretas relaciones extraconyugales y que se haga responder a los padres. De otra manera se favorece el adulterio, ya que no recibe ningún tipo de reprobación… no se explica por qué tampoco era posible investigar la paternidad cuando el padre estaba soltero… entrando también en consideración –como motivo para restringir la investigación de la paternidad- la mayor posibilidad de seducción de los hombres ricos y de más elevada posición social, que podían ver gravemente comprometida su reputación". (Quesada, 2012, p. 38).

[14] Según Quesada (2012) "fue, no obstante, la ideología de la época –la exaltación de la libertad, el *laisser faire, laisser passer* como expresión más característica de toda una era, y la confianza pues en la autonomía individual en todos los órdenes de la vida lo que provocó la predilección por el reconocimiento voluntario como modo de determinar la paternidad. Un hombre no debía ser obligado, de acuerdo con los cánones del pensamiento liberal, a reconocer a un hijo, pues supondría conculcar su derecho a la libertad". (Quesada, 2012, p. 39).

[15] . Según Torrado, "tal norma prohibitiva se mantuvo en Francia hasta 1912, en que se dictó la Ley 16 de noviembre de 1912, que autoriza la investigación de la paternidad en cinco casos, aunque manteniendo implícitamente la prohibición en principio". (Torrado, 2018, p. 139).

El este contexto, en España adoptó un sistema caracterizado “por establecer discriminaciones flagrantes a efectos de investigar la paternidad no sólo entre los hijos legítimos y los naturales —otorgando a los primeros una acción para reclamar la legitimidad (antiguo artículo 118 CC <E>), y a los segundos otra totalmente distinta, para reclamar el reconocimiento de la paternidad a su progenitor en unos casos tasados recogidos en el originario artículo 135 CC<E> — sino también, entre los ilegítimos naturales y los ilegítimos *estricto sensu* (aquellos en quienes no concurría la condición de naturales) de la forma más injusta, porque el código, en el antiguo artículo 143.2, sólo concedía a estos últimos el derecho a exigir de sus padres “los auxilios necesarios para la subsistencia” (Soler, 2002, p. 10).

Al respecto, Quesada (2012) precisa que “esta visión tan estrecha e incluso inhumana que de la filiación tenía nuestro Código civil no era autóctona, sino de importancia extranjera, como lo demuestra el que en nuestro Derecho histórico existía una gran libertad para investigar la paternidad natural sin restricciones de medios probatorios, con la que acabó el Código <español> debido a la influencia que recibió del *Code civil* de Napoleón. (p. 35).

La influencia francesa de discriminación a los hijos habidos fuera del matrimonio y de la preferencia del reconocimiento voluntario para determinar la filiación, adoptadas en el Código de Napoleón de 1804, perduró en España, hasta la reforma de 13 de mayo de 1981, es decir que durante esa época, el progenitor “quedaba exento de toda responsabilidad y nada se le podía reclamar ni exigir (ni siquiera cuando el hijo quedaba totalmente desamparado)” (Quesada, 2012, p. 43).

Eso reafirma que en España también se protegía solo a la filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio, al punto que se concebía esa “sólida protección de la filiación legítima como vertebradora de la sociedad (…) tal decisión no se funda tanto en la protección del interés del hijo legítimo <sino>… en la estabilidad social … de la familia legítima” (Barber, 2013, p. 23).

1.1 Luego del Código de Napoleón

Tratando de comprender las razones por las cuales con la revolución francesa y luego con el

Código de Napoleón se adoptó la prohibición de la investigación de la paternidad, más allá de las dificultades probatorias, resalto que en aquella época aún no se había reconocido las distintas formas de conformar familia, ni la protección especial a los niños, niñas, adolescentes y a las mujeres; por ello, considero que el haberse avanzado muy poco en esos propósitos, conllevó que en ese tiempo haya sido fácil dar el salto de prohibir la investigación de la paternidad, para privilegiar al progenitor, por encima de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y de la mujer que lo engendró, pues de un lado se desconocía los derechos de los menores de edad a la identidad, personalidad jurídica y a conocer a la familia, al dejar en manos del padre la determinación de la paternidad; y de otro, socialmente se imponía a la mujer la responsabilidad exclusiva en la crianza de su hijo/a; ya que "en el ámbito familiar era clara la sumisión de la mujer y de los hijos al poder decisorio del marido y padre… todavía no se había formado… un sentimiento de protección a la infancia y de defensa de los derechos de los niños y niñas (Quesada, 2012, p. 40).

Ahora, si el sistema rígido y legalista de prohibición de la investigación de la paternidad del siglo XIX se sustentó en dificultad probatoria de conocer la verdad biológica; con posterioridad hubo avances de la ciencia para posibilitar ese conocimiento, por lo cual se pensó en favorecer a los hijos/as en conocer su filiación paterna, pero para ello se encontraron grandes dificultades ontológicas (Barber, 2013, p. 37), lo cual me lleva a concluir que efectivamente la prohibición de la investigación de paternidad no era solamente por las dificultades probatorias, sino por el propósito de privilegiar del interés del progenitor sobre los intereses del hijo/a.

Por ello para superar el postulados ontológicos dados por el Código de Napoleón de protección a la familia a partir de su conformación en el matrimonio y las limitaciones a la acción de filiación[16], tanto para el ordenamiento jurídico colombiano como español, evidencio como antecedente la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su

[16] "En principio… <se> intenta lograr una consonancia entre la determinación jurídica de la filiación y la biológica. Es decir, se intenta que la filiación que dententa el niño corresponda a aquella que genéticamente se encuentra escrita en su cuerpo" (Pizarro, 1999, p. 12), "El sistema de verdad formal ha sido hasta no hace mucho, el vigente en los derechos de todos aquellos países latinos que recibieron la influencia del code napoleónico de 1804…o siempre ocurrió así, como es conocido. Precisamente, la plasmación en el texto constitucional de dicho principio ha sido una forma de reaccionar contra la injusta regulación anterior existente en el código en materia de filiación" (Soler, 20002, p. 9).

artículo 2 y 7 dispuso la igualdad de derechos y libertades y que en su artículo 25 equiparó los derechos de los hijos/as habidos en el matrimonio y fuera de él, al establecer que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

También aportó el Study of Discrimination against Person Born out of Wedlock, de Naciones Unidas de 1967, a cargo de Vieno Voitto Saario, conocido como Estudio SAARIO, en el que se reconoció que la discriminación de las personas nacidas fuera del matrimonio se presenta cuando, entre otras, la filiación se supedita a la voluntad del progenitor, sin conceder los mecanismos legales para definir ese derecho (Ales, 2012, p. 51).

Para Europa, Según Ales (2012, p. 61) en la Resolución del 15 de mayo de 1970 del Consejo de Ministros de Europa, se hicieron recomendaciones a los estados europeos sobre la problemática de la protección social de las madres solteras y sus hijos/as; al respecto se señaló que los gobiernos debían posibilitar la determinación de la paternidad y la no discriminación de las madres solteras y los hijos/as nacidos en lazos no matrimoniales. Luego, en la Convención Europea sobre el Estatuto Jurídico de los Hijos Nacidos Fuera del Matrimonio de 1975, se establecieron dos principios en lo atinente a la filiación, el primero relacionado con la verdad biológica al momento de establecer la filiación y la igualdad entre los hijos/as en los efectos de la filiación, sea matrimonial o no matrimonial, que hace que los hijos/as no matrimoniales adquieran *status filii* y *status familie*.

En España, en los debates constitucionales en la formulación de la Constitución de 1978 y para incluir en su texto el principio de libre investigación de la paternidad, se dijo en los debates “¿en qué medida podría cumplirse el precepto constitucional que impone a los padres iguales deberes respecto de todos los hijos, y dice de estos que serían iguales, con independencia de su filiación, si el padre sigue siendo un eterno ignorado, si se carga sobre la madre la exclusiva responsabilidad de lo engendrado en sus entrañas? lo que aquí vengo a proponer es un complejo necesario, instrumental pero necesario, para que el precepto constitucional que impone a los padres iguales deberes respecto de los hijos habidos fuera del matrimonio, pueda tener cabal cumplimiento” (Quesada, 2012, p. 44). Luego de los debates, se consagró en el art. 39 CE el principio de libre investigación de la paternidad, de

la cual nos referiremos en próximos capítulos.

Aunque antes de la consagración del principio de libre investigación de la paternidad en la constitución española, encontramos que la ley de Registro Civil de 1957 “mejoró la situación de los hijos no matrimoniales al facilitar la determinación de su filiación y propició una doctrina… favorable a la interpretación restrictiva de los preceptos del Código civil… De modo que antes de la aprobación de la Constitución de 1978 ya se había suscitado en España la necesidad de modificar el régimen decimonónico de filiación” (Barber, 2013, p. 22).

Luego de la consagración del principio de libre investigación de la paternidad en la constitución española, “el legislador de 1981 optó por acoger de la manera más plena posible el principio de equiparación entre los hijos, atribuyéndoles con independencia de su origen un *status familae* que la incorpora de forma total a la familia de su progenitor” (Barber, 2013, p. 48). En la actualidad, la Ley 3/1981[17] fue modificada en el año 2015, a lo cual nos referiremos con posterioridad.

Pasando a Colombia, se denota que también se fue adoptando postulados dogmáticos a favor de los hijos/as habidos fuera del matrimonio y con ellos mecanismos eficaces y reales para que en los estrados judiciales se resuelva la filiación en términos de igualdad. Encontramos como antecedente histórico la Ley 45 de 1936 que significó un gran paso en materia de investigación de paternidad, según Torrado (2018), por los siguientes motivos “(i) porque se eliminó la odiosa clasificación de los hijos extramatrimoniales; (ii) porque autorizó la investigación de la paternidad, en los casos y bajo los supuestos taxativamente previstos en ella (Art. 4); y, (iii) porque, mediante el artículo 30, derogó expresamente los numerales 3, 4 y 5, del artículo 58 de la Ley 153 de1887, y dejó vigentes, únicamente, como causas a probar en la impugnación, la primera y segunda de las que se señalan para impugnar la legitimación en el artículo 248 del Código Civil” (p. 141).

[17] “El legislador de 1981… se aparta ostensible y significativamente de los antecedentes históricos de la figura, que ha conocido lo largo de los siglos clasificaciones y denominaciones expresivas de situaciones jurídicas diferenciadas, siempre discriminatorias en beneficio de la filiación legítima… la equiparación de efectos entre todos los hijos impide la pervivencia de tales clasificaciones y justifica la mencionada aproximación negativa del legislador al concepto de filiación no matrimonial. Así, es aquella en la que los progenitores no se hallan casados entre sí ni en el momento del nacimiento, ni en el de la concepción, ni lo contraen después de aquél” (Barber, 2013, p. 163).

Hoy tenemos en Colombia la Constitución Colombiana de 1991, que protege a la familia, independientemente del origen[18], con lo cual se protege la diversidad en la conformación de la familia y se concibe un nuevo concepto de esa institución para los hijos/as, referente a que los hijo/as habidos en el matrimonio, o fuera de él, adoptados, o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen igual derechos y deberes y que la familia existirá donde quiera que exista un previo vínculo de filiación con el hijo/o y que el grupo así constituido ha de estimarse como familia para todos los efectos, incluido, el de protección.

En atención a la igualdad de los hijos/as que se pregona en el art. 42 de la C.Pol., la sentencia C-145/2010 de la Corte Constitucional, interpretó ese postulado diciendo que es un imperativo de impacto definitivo "dirigido a garantizar que los hijos no sean sometidos a tratos discriminatorios por razón de su origen familiar, es decir, por su condición de hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, siendo rechazada por la jurisprudencia constitucional cualquier forma de discriminación entre ellos, esto es, cualquier diferencia de trato que se base únicamente en que los unos sean hijos nacidos dentro de un matrimonio y los otros no".

En dicha sentencia, la Corte condensa su precedente sobre la igualdad de los/as hijos/as, que aplicada al ejercicio de la acción de filiación supone el deber de otorgar iguales garantías de reclamación de la filiación, con mecanismo, términos y condiciones de legitimidad similares, evitando discriminaciones injustificadas y el tratamiento afirmativo que debe darse al rasgo de origen permanente de las personas, en tanto en el pasado ese criterio estuvo sometido a discriminación, por lo cual se trata de una categoría sospechosa sobre la cual hay que aplicar acciones afirmativas para superar esos patrones socioculturales anteriores.

Conclusiones

Luego del breve recorrido por la historia de la acción de filiación, personalmente considero que el Estado debe proyectarse a garantizar que el mecanismo para la investigación judicial de la paternidad no sea solo una formalidad, sino que materialmente sea posible que a través

[18] "Partimos, pues, de la consideración de que fue el sistema y la filosofía jurídica imperante en sede de filiación en el código, lo que sobre todo motivó la inclusión en la constitución del principio de libre investigación de la paternidad, que supuso la derogación de unas normas obsoletas, anacrónicas y desfasadas con respecto al tiempo en que debían ser aplicadas" (Soler, 2002, p. 10).

de ese mecanismo se restablezca el derecho del hijo/a a la identidad y a conocer a su familia, pues de lo plasmado en las constituciones colombiana y española, se infiere que el Estado ya no es indiferente ni tolerante a la discriminación en contra de los hijos/as no matrimoniales, ni tampoco privilegia a los hijos/as habidos en el matrimonio, sino que se proyecta a proporcionar a todos los seres humanos, con independencia de su origen, el derecho a la identidad y personalidad jurídica, prescribiendo para todos/as igual respeto y orientando todos los esfuerzos para hacer una realidad el derecho a conocer a la familia y disfrutar de su amor.

Como vemos, la evolución de la acción de filiación denota el acercamiento del ordenamiento jurídico a las necesidades de la persona, en el marco de igualdad con los demás y el surgimiento de un enfoque humano en el trato que debe profesar el Estado, cuestión que debe observarse a profundidad para superar el estereotipo de discriminación a los hijos/as habidos fuera del matrimonio, cuestión que no solo se logra concediendo el apellido del padre y fijando la cuota alimentaria, sino que exige la concientización de los agentes del Estado de asumir otras responsabilidades relacionadas con el bienestar integral del hijo/a, de la inclusión familiar, el cuidado y el amor.

Actualmente el ordenamiento jurídico colombiano está dispuesto para ello, pero solo sería posible si los agentes del Estado que intervienen en el proceso se enfoquen en ese propósito constitucional, pues la discriminación a los hijos/as –habidos fuera del matrimonio- ha pasados por escenarios de diferenciación[19], que deben ser superados a partir de los mayores esfuerzos estatales.

[19] Para ahondar en el tema de las diferencias, como eje central del marco teórico, por la importancia de su aporte y necesaria referencia en este trabajo, me remito a Luigi Ferrajoli, quien en su libro "Derechos y Garantías, la Ley del más Débil" (2008) establece cuatro modelos de configuración jurídica de las diferencias, que se han dado a la largo de la historia, dependiendo del modelo de Estado que adquiera cada comunidad. La primera es la "indiferencia jurídica de las diferencias": propia del anarquismo, en donde se ignoraban las diferencias; la defensa de los derechos se ejercía por fuerzas privadas. Luego encontramos la "diferenciación jurídica de las diferencias", esbozada dentro de las teorías pre-modernas, que trazaban "status discriminatorios, como fuente de exclusión y de sujeción". El tercer modelo se denomina "homologación jurídica de las diferencias <en donde> las diferencias, resultan ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. En este escenario, el Estado cuenta con un ordenamiento jurídico que establece la igualdad formal, es decir se limita a establecer que todos somos iguales ante la ley. El cuarto modelo corresponde a la "valoración jurídica de las diferencias", donde el Estado ya no es indiferente o tolerante de las discriminaciones, ni tampoco privilegia las diferencias "sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas

Lo anterior por cuanto, considero que es función del Estado garantizar la acción de filiación, mediante mecanismos idóneos que proporcionen a todos los hijos/as la potestad de acudir a los estrados judiciales para que se defina los vínculos filiales, sea cual fuere el origen familiar, como garantía de la igualdad que proscribe las anteriores formas de discriminación de los hijos/as habidos fuera del matrimonio, a quienes difícilmente se les definía su filiación y si se hacía, se limitaban los derechos patrimoniales y se anulaban las garantías de la construcción de un nuevo núcleo familiar.

También concluyo que la historia nos muestra los riegos de dejar la determinación de la filiación extramatrimonial en manos del presunto padre[20] y que no es posible justificar la pasividad del Estado, bajo el pretexto de evitar intromisiones injustificadas del Estado en la familia, en tanto, entiendo que los asuntos de la familia, cuando afectan derechos fundamentales, como lo es la determinación de la filiación, rebasa la esfera individual, e ingresa en la órbita de deber de intervención del Estado, para reivindicar esos derechos.

2. La acción de filiación en la garantía de derechos para proteger la vida familiar.

Para lograr el propósito de definir los atributos de la personalidad del que acaba de nacer, dirigimos la mirada hacia los padres del/a infante, de quienes tomemos la información de su personalidad jurídica, para anotarlos en el registro civil y derivar de manera autónoma e individual la titularidad de derechos y obligaciones del hijo/a. Para esa labor es forzoso contar con el padre y la madre, para quienes como progenitores surgen las mismas obligaciones y derechos respecto de su hijo/a, tales como la patria potestad, custodia, cuidado, crianza, alimentos, educación, corrección, etc. En esa medida, considero que necesitamos del padre y de la madre para asegurar el verdadero reconocimiento de su estado civil, identidad y personería jurídica del que acaba de nacer[21].

---

igual respeto y tratamiento… la igualdad resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad".

[20] "La introducción de la investigación de la paternidad impide ya que quede a la mera voluntad del progenitor la determinación de la filiación, a consecuencia de la inspiración del sistema en el principio de verdad biológica, en cuya virtud la filiación se puede imponer al progenitor" (Barber, 2013, p. 44).

[21] La filiación permite que las personas obtengan su nombre, ya que fuera del denominado "nombre de pila", permite que al individuo le sean reconocidos sus apellidos, los cuales definen su filiación. En otras palabras, el nombre es de especial importancia, ya que demuestra la relación del hijo con sus progenitores, de quienes toma sus apellidos (CC. T191/1995 de 27 abril).

Por el contrario, si solo contamos con la madre inscrita como tal en el registro civil, pero no con el padre, pienso que habrá un hijo/a a quien no se le garantizaron sus atributos de la personalidad[22] y por consecuencia, no se le protegieron sus derechos a conocer a su padre, disfrutar de su amor -y el de sus parientes paternos-, del cuidado, alimentos, corrección y heredar, con las correlativas obligaciones. Al respecto, Quiroz (2014) precisa que a quien no se le ha definido su filiación se le "vulneran sus derechos fundamentales como la capacidad de goce, el patrimonio, el nombre, la nacionalidad, el domicilio"; además se afecta su derecho a la personalidad jurídica[23] pues limita su facultad natural de relacionarse con sus parientes, en tanto la titularidad de derechos y obligaciones, las aspiraciones de su vida y sus atributos solo se proyectarían a partir de los miembros de la familia materna[24].

Con ello no quiero restar valor a la forma de familia en la que hay un madre cabeza de familia[25] a cuyos hijos/as no se les ha definido el vínculo biológico paterno[26]; por el contrario, pretendo equiparar la balanza para que en la filiación por naturaleza el progenitor cumpla

[22] Para Ales (2012) "el deber del Estado radica en precisar el estado civil de las personas y proveerles de los medios adecuados para ajustarlo a los hechos en los que se funda. Este deber emana de los derechos consagrados en la misma CE y en los diversos Instrumentos Internacionales a los que ha adherido España. Muy especialmente, el deber de velar por la correcta determinación del estado civil de los menores posee basamento en la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 4 y 7. La primera y más elemental vía para asegurar el cumplimiento de esta obligación consiste en arbitrar los medios necesarios para inscribir en el Registro público los nacimientos y la filiación de las personas de acuerdo al parte médico que acredita los hechos del nacimiento y demás instrumentos" (p. 353).

[23] La Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, señala que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

[24] Sobre este aspecto, Ales (2012) señala que "la filiación es una relación de la naturaleza y la ley civil que no solo une al hijo con los padres, sino que es un estado jurídico que relaciona al hijo con los parientes (p. 39), además de que la filiación está íntimamente ligada a la estructura sociológica de la familia (p.42).

[25] La Constitución desde sus artículos 5º, 13º y 42º protege la institución familiar como pilar de la sociedad, sin distinciones sobre la forma en que se haya constituido, como expresión del pluralismo. Al respecto la Subcomisión preparatoria en el Informe final 0405 "Propuestas de las Comisiones Preparatorias", de enero de 1991 pp. 370,371, determinó la protección a la familia que el Estado y la sociedad deben brindarle como institución básica y fundamental de la sociedad, protección que "se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia". Así también en sentencia C-577 de 2011 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se señaló que "merece por sí misma la protección del Estado, con independencia de la forma en que se haya constituido". Por otro lado, en la sentencia C-572 de 2009, la Corte Constitucional estableció que "de suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia".

[26] Según Quiroz (2013) una de las fuentes de la filiación es la biológica, dentro la cual encontramos la procreación natural -entendida como el producto de relaciones sexuales- y la asistencia científica o procreación artificial producto de la asistencia científica (p. 119). En este acápite nos referimos a la natural.

con su parte[27], que la mujer no cargue la responsabilidad que biológica y jurídicamente corresponde a dos progenitores[28], además busco que el hijo/a pueda conocer y compartir con sus parientes, recibir en igual medida el amor y apoyo de padre y madre y que surjan derechos y obligaciones respecto de ambos para fortalecer la institución de la familia[29].

Nos ayuda a explicar lo dicho la sentencia del 13 de junio de 1979, del TEDH, en la que se precisa que "el reconocimiento del derecho a la vida familiar significa que el Estado no debe interferir en ésta, pero también que debe realizar acciones para protegerlo, y cuando establece el régimen aplicable a ciertas relaciones familiares, tales como las que unen a una madre soltera con su hijo, debe hacerlo de manera que se permita… la integración del niño en su familia <paterna> desde el momento de su nacimiento. Es al Estado a quien corresponde decidir de qué forma garantizarlo".

Así las cosas, propender para que el hijo/a conozca a su padre y reciba su protección y cuidado, como derecho, no está en contravía con el derecho a decidir el tipo de familia que se quiere formar, pues independientemente de la manera que se ha decidido conformar la familia, el/a hijo/a tiene el derecho a la vida familiar, a disfrutar de la compañía de su madre y padre, ya sea que convivan juntos o no, o que conformen otras relaciones sentimentales y/o tengan más hijo/as con otras personas.

Lo anterior por cuanto, el derecho a la vida familiar es la vinculación del hijo/a con los parientes más cercanos (Gómez 2007p. 56) y corresponde al Estado propiciar que el parentesco se desarrolle tanto desde la esfera de la maternidad como la paternidad, entendiendo que la multiplicidad de funciones que ejerce la familia hacia el hijo/a y el apoyo que le puedan conferir en su crecimiento y el logro de sus aspiraciones, se reflejan en la construcción de la sociedad. De allí la importancia de garantizarles a los/as hijo/as los

[27] Ales (2012) precisa que "históricamente, la vida privada y el honor de la mujer han sido valorados de manera distinta a la del hombre, con más fuerza y con más posibilidades de rechazo social y sufrimiento para la madre que para el padre no matrimonial" (p. 272).

[28] En la Sentencia No. T-278/94 se expresó que "el hombre debe reconocer y aceptar el resultado de una decisión que también ha sido suya (…) Es necesario, entonces, que ambos, hombre y mujer asuman juntos, ante sí mismos y ante los demás, la responsabilidad de la nueva vida suscitada por ellos" (CC. T278/1994 de 15 de junio).

[29] Para Ales (2012), "la importancia de la categoría de la filiación reside en los vínculos que unen al hijo con los parientes maternos y paternos y el no definir uno de dichos vínculos implica que el hijo tal solo se relaciona con el progenitor que lo reconoce" (p. 53).

entornos protectores de todos sus parientes, para que como nuevos ciudadanos desarrollen sus proyectos de vida en la conformación de una sociedad más justa y en paz.

En esa medida, aun sin que haya convivencia entre padre y madre, considero que el Estado tiene la obligación de propiciar que el hijo/a disfrute de la vida familiar; aclarando, tal como lo anota Ales (2012), que ese propósito no responde "a la histórica preocupación por promover la familia fundada en el matrimonio sino a una valoración moral diferente: proteger la verdad sociológica, la familia en la que, de facto, se encuentra inserto un niño". (p. 266).

Para sustentar la tesis de la necesidad de la intervención del Estado en las controversias de filiación, me apoyo en que la filiación va más allá de la definición del estado civil de una persona, al irrigarse un fuerte contenido ético y sociológico, contexto en el que se destaca el rol predominante que ocupan la función y el deber de los operadores/as jurídicos/as, quienes guía ese procedimiento.

Para Ales (2012) la influencia de las normas constitucionales en la acción de filiación, "explica la intervención de órganos estatales" (p. 37), por lo cual, para fundamentar mi tesis, a continuación, haré mención a postulados de los ordenamientos constitucionales colombiano y español, que aplicados en el tema, dan cuenta de la necesidad de la intervención efectiva del Estado en las acciones de filiación y en los apartes subsiguientes, me dedicaré en especificó a la regulación de los derechos constitucionales que correspondería restablecer dentro de la acción de filiación.

2.1 Colombia

Encuentro que en mi país, con las modificaciones hechas al Código Civil Colombiano de 1887, la ratificación de la Declaración Universal de Derechos Humanos[30], del Pacto

[30] En la Declaración Universal de Derechos Humanos, se estableció en el artículo 1 la igualdad entre todos los hombres y mujeres sin distinción, entre otros, por razón de su nacimiento: luego en su artículo segundo prohíbe la discriminación o trato diferencial por razones basadas en el nacimiento u origen: igual anotación se hizo en el artículo 7 en donde establece que la Ley tampoco podrá hacer tal discriminación y en el artículo 8 que asegura la tutela judicial para la protección real al derecho a la igualdad. Por último, el artículo 25.2 protege a las madres y sus hijos sea o no concebidos en el matrimonio.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos[31], la Convención Americana sobre Derechos Humanos[32], la implementación de la Constitución de 1991 y de la adopción de la Convención de Derechos del Niño[33], se dispuso que junto con el nacimiento del ser humano surgen ciertos atributos como expresión de su individualidad, para que desde el seno de su familia, conociendo su entorno y procedencia, pueda definir su proyecto de vida como manifestación de la dignidad. Según Montoya y Montoya (2014) estos atributos son el nombre, nacionalidad, patrimonio, domicilio y estado civil[34]; los cuales deben definirse desde el nacimiento con el propósito de conferir a esa criatura la calidad de sujeto de derechos y para que comience su proceso de formación como ser social, adquiriendo un conjunto de creencias, pensamientos y actitudes que lo determinan e identifican como tal.

Esta obligación del Estado, tiene como fundamento, entre otros, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[35], que señala que el Estado debe conceder a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente por su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los/as hijos/as a su cargo.

Encontramos que los art. 5, 13 y 42 de la Constitución Política son herramientas jurídicas que le imponen al Estado el deber de proteger la familia y garantizar a todos los miembros el disfrute de la vida familiar, el primero de ellos, art. 5, establece que "Estado… ampara la familia como institución básica de la sociedad", por su parte el art. 13 señala que "todas las personas (…) recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por origen familiar"; y el art. 42 de la misma Carta dispone que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad (…) el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia (…) los

[31] El art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone el deber del registro inmediatamente después del nacimiento. Al respecto, para Ales, el primer derecho que asiste al/a hijo/a es que su filiación quede establecida o determinada oficialmente, "este es el primer paso necesario para hacer efectivos todos los demás derechos" (p. 43).

[32] Ver los artículos 3°, 17° y 18.

[33] Adoptada por Colombia por la Ley 12 de 1991.

[34] En la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, se consagra el derecho al reconocimiento del estado civil de las personas desde el momento de su nacimiento. Particularmente, se destaca que en el primero de estos convenios, en su artículo 7 se señala que "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

[35] Aprobado por Colombia con la Ley 74 de 1968.

hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes".

Al respecto, la Corte Constitucional establece que "la familia como institución, debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental" (CC. T572/2009, del 26 de agosto).

Ahora bien, cabe preguntarnos el por qué y para qué la protección a la vida familiar desde la acción de filiación, para comprender la conexión que viene dada desde el concepto normativo expuesto de filiación, respecto de la situaciones afectivas, sicológicas y sociales de los hijos/as[36].

Para acercarnos a una respuesta probable, me centro en las necesidades del ser humano como ser social, quien desde su nacimiento forja su personalidad a partir de las vivencias con los demás; el desarrollo de su personalidad se enmarca a partir de la interacción con los demás, dinámica que desde los primeros años de vida se produce en el contexto familiar, en tanto que durante el crecimiento del ser humano en primera medida converge la familia como grupo de personas unidas por lazos de afecto y que influyen en el desarrollo de las capacidades y el proyecto de vida del hijo/a. De allí que sea necesario garantizar que a ese grupo de personas se integren todos los llamados al cuidado y crianza del hijo/a, para proporcionarle con su red de apoyo el afecto y la satisfacción de sus necesidades para crecer con bienestar.

Por ello, debe conferirse la acción de investigación de la paternidad, como el mecanismo por el cual el Estado interviene para favorecer a aquel ser humano que no tiene su filiación paterna definida, con miras a que tenga la misma oportunidad que tienen otros de conocer su padre, de que se le garanticen sus derechos al amor, apoyo, solidaridad, afecto, alimentos y sucesión; para que tenga las mismas oportunidades en el ámbito familiar, sin ninguna discriminación por el origen. Creo que solo así, para aquellas personas, el Estado cumpliría con el deber constitucional de proteger de manera integral a la familia.

[36] El ordenamiento jurídico puede indicar los deberes de trato personal y amor con el hijo/a, pero si no hay voluntad de los involucrados, esos lazos afectivos y espirituales no se desarrollaran. Desde esa óptica es vital el acompañamiento del ICBF, entidad que ofrece programas, orientación y servicios interdisciplinarios para unir a la familia.

Doy por sentado que el mero hecho del nacimiento debe suponer la existencia de vida familiar[37], independiente si existe convivencia o no entre los progenitores[38], por lo cual estimo que para que el Estado respete y proteja la vida familiar, debe garantizar la acción de filiación como un medio para el desarrollo de esos lazos familiares.

2.2 España.

En la Constitución española encontramos que se establece el principio de protección de la familia en el art. 39.1 en el cual se señala que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". Para Quesada (2012) este precepto se relaciona con los art. 9.2 CE que establece que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" y el art. 10.1 EC que proclama "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social" (p. 29).

Quesada (2012) justifica esa interacción normativa, argumentando que "el art. 39.1 CE se ha de relacionar con el art. 9.2 CE por ser la familia el grupo en el que la persona primero y más habitualmente se integra, y con el art. 10.1 CE, porque conocer y, en su caso, determinar la filiación afecta a la dignidad de la persona, a derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad" (p. 29).

Aún más, en la Constitución Española se consagró en el art. 39.2 el principio de libre investigación de la paternidad, al señalar que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", con lo cual supone "1. que los hijos pueden hacer efectivo su derecho inviolable, que le es inherente, a saber quiénes son sus progenitores; 2. hacer realidad la igualdad de los hijos/as, al dar la oportunidad a los extramatrimoniales (como la tienen los matrimoniales, por regla general, ya desde que nacen) de poder obligar a sus padres a que les presten la

[37] "Si en la vida de un niño no está presente la figura del padre lo normal es que ya a temprana edad pregunte a su madre por él. Previsible es, además, que la curiosidad de ese hijo sobre sus orígenes aumente con el paso del tiempo y pueda llegar a convertirse en obsesiva". (Quesada, 2012, p. 94)

[38] El art. 2 Ley 294 de 1996 dispone que "integran la familia… b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar".

adecuada asistencia, siendo ambos progenitores igualmente responsables; 3. tutelar la dignidad del hijo/a como persona y potenciar, con los efectos que derivan de la declaración judicial de filiación, el libre desarrollo de su personalidad, desde un doble punto de vista: material y espiritual (Quesada, 2012, p. 30).

Se tiene que desde 1977[39], la acción de filiación ya se había dispuesto como una medida de integración del hijo/a a la familia (Ales, 2012, p. 62), sin embargo, considero que a la fecha aún no se garantiza la efectividad de la acción para ese propósito, pues solo se ha limitado a cuestiones estrictamente relacionadas al atributo de la personalidad de tener el apellido de madre y padre y a los consecuentes derechos patrimoniales, sin detenerse a concretar la manera en que la filiación también se ocupará de la integración material de un nuevo miembro a la familia, de la real garantía del derecho a vivir en familia y a formar su personalidad desde las vivencias de unión y solidaridad con el grupo de parientes.

Lo anterior por cuanto "posibilitar la investigación de la paternidad contribuye a lograr la protección integral que los poderes públicos asegurar a los hijos" (Quesada, 2012, p. 31) y como ya lo anoté, para que se garantice la protección integral no solo debemos referirnos a la inscripción en el registro civil de los nombres del padre, sino que debemos ir más allá, para procurar una debida integración del hijo/a a ese entorno familiar, por lo cual "a los poderes públicos compete promover, ante todo, la libertad e igualdad de la persona, y también, con el fin de procurar el libre desarrollo de su personalidad, la libertad e igualdad de los grupos en que se integra. (Quesada, 2012, p. 29).

Conclusiones

Se reconoce que las experiencias que tiene una persona durante su crecimiento, dependen en gran medida de las relaciones que surjan en el seno de una familia[40], las cuales se reflejarán después en la convivencia en su entorno social, y en este sentido, tal como lo expresa Gómez (2007) "la experiencia que el individuo tiene del mundo exterior y de cómo es

[39] En la Conferencia Europea sobre Derecho de Familia.

[40] Bajo ese directriz Gómez (2007) establece que "los estudios científicos psicológicos coinciden hoy en afirmar que la posibilidad de acceder a la información que vincula a cada persona con su familia de origen es importante para la construcción de su propia identidad, para el desarrollo de su personalidad e incluso, en algunos casos, para su salud mental" (p. 355).

visto por los demás —especialmente por las personas cercanas…condicionará fuertemente la concepción que tenga de sí mismo y la formación de su identidad”[41] (p. 30).

Tanto para el ordenamiento jurídico colombiano como español, creo que hace falta que la acción de filiación garantice de manera real el crecimiento dentro de una red social familiar, como una realidad que se prolonga durante toda la vida del individuo, posibilitando que el *status* de hijo/a le otorgue un lugar dentro de la familia, posición de pertenencia a un linaje que le permita conocer sus propias raíces y construir su propia historia, con el propósito de recibir y dar afecto y apoyo en la conformación de la personalidad de cada uno de sus miembros.

3. La acción de filiación para la participación igualitaria de padre y madre en la crianza del hijo/a.

Para iniciar el estudio de este este capítulo, debo hacer mención a los derechos sexuales y reproductivos y para ello aludiré los primeros escenarios que permitieron, más allá de las preocupaciones de los mandatarios mundiales por lo estrictamente demográfico, considerar esas facultades como derechos, y dar paso a la consagración de los mismos en los mandatos constitucionales y de tratados internacionales sobre derechos humanos.

Como punto de partida, tenemos que para Orjuela (2017, p. 129) los principales antecedentes para el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos son:

[41] Para Gómez (2007) “el número de personas que deciden iniciar una búsqueda activa de la información que tiene que ver con sus orígenes biológicos, tanto la genética como la que se refiere al modo en el que se desarrollaron los primeros años o meses o días de su vida, es cada vez mayor. El incremento en estas cifras se debe, por una parte, a la mayor motivación que existe entre las personas que carecen de estos datos, y, por otra, al aumento que han experimentado en los últimos años los casos de adopción (especialmente la internacional) y los de niños nacidos tras la aplicación de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante. Estos supuestos se han unido a los ya numerosos casos «tradicionales» de búsqueda de los orígenes (los de hijos de madres solteras e hijos extramatrimoniales que viven como hijos legales de los maridos de sus madres o las esposas de sus padres biológicos) aumentando así de forma significativa las personas que se deciden a buscar sus raíces (back to the roots como se denomina en el ámbito anglosajón)” (p. 355).

- La Resolución XXI de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada durante su 21 periodo de sesiones en 1996, en el que se estableció que “el tamaño de la familia debe ser la libre opción de la familia”.

- La Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968 en donde se dispuso que “los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

- Las Conferencias Mundiales de la Población de Bucarest de 1974 y de México de 1984, en donde se trató el derecho a la planificación familiar.

- La Organización Mundial de la Salud de 1975 que se aleja del discurso de la preocupación por el control poblacional para elevar la categoría de derechos sexuales y reproductivos.

- La Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo del Cairo de 1994.

- La Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing de 1995.

Con los aportes hechos en dichos eventos, se ha consolidado una nueva categoría de derechos denominada derechos sexuales y reproductivos, basados en los derechos a la vida, dignidad, libertad, autodeterminación, intimidad, salud, información y educación.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que “los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación” (CC. T732/2009, de 15 de octubre).

En este acápite nos referiremos a los derechos reproductivos y a la correlativa responsabilidad que trae consigo el ejercicio de esos derechos, por tratarse de derechos cuyo ejercicio depende de la autodeterminación reproductiva[42] y del acceso a servicios de salud reproductiva, que incluye, entre otros, la educación e información sobre toda la gama

[42] Para la Corte Constitucional “en virtud de la autodeterminación reproductiva se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia” (CC. T732/2009, de 15 de octubre).

de métodos anticonceptivos, su acceso, escogencia y uso, tal como lo dispone el artículos 10 y 12 de la CEDAW y en el artículo 24 de la CDN.

Las relaciones afectivas entre la pareja, generalmente, es el primer elemento para el surgimiento de una nueva vida, proceso que está dispuesto para la procreación y la conservación de la especie humana[43]. El artículo 42 de la Constitución Política, consagra la responsabilidad personal no solo en la conformación de matrimonio o de la unión marital del hecho, sino de las consecuencias del ejercicio de los derechos sexuales[44] y de la decisión sobre el número de hijos/as que se quiera tener[45].

Para ello, si dentro del ejercicio de los derechos sexuales, está la intención de concebir un ser, encontramos el derecho a la procreación, como aquel en el que de manera libre y consciente se decide conformar un hijo/a. El profesor Laffont (2012) define la procreación por naturaleza como el "acto carnal de generación, sea considerada un acto de la persona y de la pareja y por lo tanto, individual y compartido, personalísimo, sicofísico (prioritariamente afectivo) íntimo, secreto y expresivo de honor y dignidad de sus autores" (p. 179).

No hay que olvidar que hace parte de los derechos reproductivos "la posibilidad de las personas de tomar decisiones libres y sin discriminación sobre la procreación y la fecundidad, al derecho a disponer de información y medio para la toma de dichas decisiones,

---

[43] Los derechos a la sexualidad, van más allá de la conformación de un matrimonio, o a la procreación, pues es inherente al ser humano y está asociado a la libertad, educación, al libre desarrollo de la personalidad, la atracción, el deseo, la satisfacción y responsabilidad. Para Soler (2002) "del derecho a procrear se habla como un derecho derivado de diversos derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida y a la integridad física y a la libertad. De aquí algunos derivan un derecho a procrear no ligado con la familia, sino como un derecho de la persona y que encuentra su justificación en el derecho a la libre regulación de la vida privada, en función de la adecuación de la personalidad, por lo que el interés de tener hijos no se sustrae a la tutela asegurada por el ordenamiento jurídico a la personalidad" (p. 64). Para esta sección nos dedicaremos a los derechos reproductivos, como parte de los derechos sexuales que si tienen como propósito engendrar un nuevo ser.

[44] El derecho a la reproducción existe al apoyarse en el llamado derecho fundamental a conformar familia, establecido en la Declaración de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En España, según Soler (2002) "la constitución 'no reconoce… un derecho expreso a tener hijos', sino que normalmente se habla del derecho a formar una familia o del derecho a la protección de la familia (artículo 39.1 CE). Por tanto la noción o concepto de familia lleva implícito el derecho a fundarla mediante la reproducción" (p. 65). En Colombia, si se establece el derecho a tener hijos, en el artículo 42 de la Constitución, así: "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos".

[45] La Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su art. 16, ordinal e, también consagra esa potestad.

al derecho a acceder a servicios de salud reproductiva que garanticen una maternidad segura, la prevención de embarazos no deseados…" (Orjuela, 2017, 138)[46].

Por otro lado, sobre el momento idóneo para el ejercicio de los derechos reproductivos, la Ley aun recoge la creencia de antaño dispuesta en el Código de Napoleón referente a la capacidad sexual orgánica para conformar familia, es decir a la etapa de la pubertad como momento del cambio que da aviso del inicio de la capacidad biológica para la reproducción, teniendo que con esa mera transición de la niñez a la adultez, lo que sigue es la procreación. Bajo este supuesto, encontramos que la regulación del Código Civil[47] y el Código de Penal Colombiano[48], confieren el ejercicio libre de los derechos sexuales, reproductivos y el de contraer nupcias -con autorización- a partir de los catorce años.

En la actualidad se quiere replantear esa concepción, al considerar que dicha capacidad biológica es insuficiente para el ejercicio de los derechos reproductivos, pues se cree que la madurez mental, sicológica y síquica de una persona de catorce años aún está en formación y que todavía requiere de la experiencia, vivencias, educación, estabilización psicológica, social y económica para conformar familia[49], etapa del ser humano, que Pedro Lafont denomina "capacidad sexual integral" (2012, p. 176).

---

[46] Para Orjuela (2017, p. 138) los derechos reproductivos incluyen "el derecho a decidir libremente el número de hijos y el intervalo entre ellos, y de disponer de la información, educación y medios para lograrlo. El derecho de hombres y mujeres de decidir de manera libre y responsable la posibilidad de ser padres o madres. El derecho a decidir libremente el tipo de familia que se quiere formar. El derecho a acceder a métodos anticonceptivos seguros, aceptables y eficientes. El derecho de las mujeres a no sufrir discriminación, o tratos desiguales por razón de su embarazo o maternidad, en el estudio, trabajo o dentro de la familia. El derecho a tener acceso a los servicios de salud y atención médica que garanticen una maternidad segura, libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y se brinde las máximas posibilidades de tener hijos sanos. El derecho de contar con servicios de educación e información para garantizar la autonomía reproductiva. El derecho a tener acceso al progreso científico, para contar con servicios accesibles que satisfagan las necesidades dentro de los mejores estándares de calidad".

[47] El artículo 140 del Código Civil Colombiano, establece que el matrimonio es nulo y sin efecto cuando se ha contraído por persona menor de catorce años (CC. Sentencia C-507 de 2004). Según el artículo 116 del mismo código las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente y luego se dispone que las personas que entre los catorce y dieciocho años deseen contraer matrimonio, requieren de autorización ya sea de sus representantes legales, guardadores o del juez/a. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16 establece que "los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

[48] Artículo 208 y 209 del Código Penal establecen como delito el acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años respectivamente.

[49] En el informe de consulta técnica del 29 y 30 de agosto de 2016 del Fondo de Población de las Naciones Unidas y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, establece como una recomendación a los Estados "limitar el matrimonio antes de los 18 años a) Acciones en el plano normativo: promulgar leyes que prohíban el

Dentro de este panorama, el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos. Por su parte la Constitución Colombiana establece en su artículo 42 que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos/as, y agrega que "deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos". En este contexto normativo se infiere que del derecho a tener hijos/as, basado en la libertad y dignidad, emana la consecuente obligación para los progenitores de cuidado y formación de los hijos/as, conocida como principio de la responsabilidad por la procreación.

Este principio enseña que para la filiación por naturaleza ha de tenerse por padre o madre del recién nacido a la persona que, libre y voluntariamente, eligió que el niño/a fuese concebido (Ales, 2012, p. 27), por lo cual todo aquél que haya engendrado un hijo/a, en principio, debe hacerse cargo de su existencia y necesidades, en tanto "toda criatura tiene derecho a que las personas que la han engendrado se responsabilicen por sus bienestar y cumplan con los deberes que impone la patria potestad, siempre que esto sea conducente a alcanzar el mejor bien del niño". (Ales, 2012, p. 259).

Al respecto Soler (2002) reseña que "el derecho a tener hijos 'tiene su fundamento … en el reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico… y de la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad (…) fundamentos del orden político y de paz social (…) esenciales del sistema constitucional democrático" (p. 63), de cuyo contenido se deriva la consecuente responsabilidad de padre y madre de orientación, cuidado, acompañamiento, corrección y crianza a los hijos/as durante el proceso de formación, para que logren el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

Esta responsabilidad se enmarca en el deber de obrar diligentemente en el auxilio al hijo/a que es comúnmente conocida como responsabilidad parental, como parte autónoma de la patria potestad que recae en el padre y la madre, que es dual y compartida, en el sentido que

---

matrimonio precoz. b) Acciones en el plano individual, familiar y comunitario: informar y facultar o empoderar a las niñas, mantener a las niñas en la escuela, cuestionar las normas culturales que respaldan el matrimonio precoz" (p. 18).

entre padre y madre deben distribuirse todas las tareas que comprenden la crianza de un ser humano.

Conforme al artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 los padres en forma permanente y solidaria asumirán el desarrollo integral de hijo/a; de lo cual se deduce la responsabilidad parental desde la concepción, que abarca la protección a la vida, a la salud, a la integridad, a la intimidad, al crecimiento en el seno de una familia, conocimiento filial y obligaciones económicas. Al respecto, para el profesor Lafont “el deber que se le impone a los padres de dispensar cuidados en la formación <del hijo/a>… comprende la realización de todas las actividades necesarias desde el punto de vista físico y síquico”. (p. 206).

Quiero detenerme en este punto, para denotar que luego de la concepción y durante la gestación, el hombre que engendró no vive el embarazo exactamente como la mujer gestante, debido a que es la mujer la que aguarda en su cuerpo la formación del hijo/a, cuestión biológica que ha trascendido al campo social y cultural y que debe analizarse con cautela, en tanto el periodo de gravidez en la mujer ha generado la asignación a ella del rol de cuidado del hijo/a, considerando que aun después del nacimiento, el hijo/a esta atado especialmente a la madre y por ello lo concerniente al cuidado y crianza le compete a la mujer; estereotipo que debe identificarse si se quiere alcanzar la igualdad material entre hombres y mujeres.

Para explicar ese fenómeno Jaramillo (2000) expresa que la gestación en el cuerpo de la mujer “es un hecho biológico que ha determinado ciertas prácticas culturales, como la de que sean las mujeres las encargadas principales del cuidado y crianza de sus hijos” (p. 2) a mas que “el rol social asignado a la mujer como esposa y madre de los hijos… ha inspirado un estricto código de comportamiento marital y social que incide sobre su libertad sexual, en contraste con la del hombre. La virginidad y la sexualidad han tenido tradicionalmente diferente valor y significación social según el sexo, dando lugar a diversa sanción social y moral de los comportamientos del hombre y de la mujer, en perjuicio de la libre autodeterminación de la segunda”. (CC. T098/1994 de 7 de marzo).

Al respecto, para la Corte Constitucional, las mujeres han sido históricamente las principales responsables del cuidado y la crianza de los/as hijos/as, a más de que “en sus cuerpos <es> en donde tiene lugar la gestación… a lo que se añade el hecho de que han sido

históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas" (CC. T732/2009 de 15 de octubre).

Entonces, estoy convencida que la creencia generalizada de que la mujer debe tener mayores responsabilidades respecto del cuidado y protección de los/as hijos/as ha sido impuesta culturalmente y va en contra de la igualdad de derechos y deberes del padre y de la madre y por eso se convierte en una categoría injustificada y de discriminación en contra de la mujer.

Para eliminar esa forma de discriminación contra la mujer, los artículos 5 y 16 de la CEDAW obligan a Colombia[50] y a España[51] a tomar todas las medidas apropiadas para modificar ese patrón sociocultural de conducta de hombres y mujeres, garantizando el cumplimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos/as, asegurando los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil.

La CEDAW deja entrever que la madre no es la única vinculada al hijo/a, por ser quien lo aguarda en su vientre, sino también el padre, con lo cual se involucra al progenitor desde la concepción, para que ejerza un rol dinámico de paternidad, de protección integral de afecto, asistencia y cuidado.

Concretamente para la responsabilidad del padre, encontramos que le corresponde al progenitor dar efectividad a la relación paterno-filial, que implica de un lado, la definición de la filiación "con la consecuencias relativas al afecto, las sensaciones, a las emociones, al trato y relación social" (Lafont 2012, p. 336). Con ello se busca generar un beneficio reciproco entre padre e hijo/a y de manera primordial garantizar al hijo/a la vida, salud, educación, libertad y derecho a crecer en familia.

Ello implica para Colombia, según Lafont (2012) que "el padre debe asumir todas aquellas cargas y deberes que resultan necesarios para el desarrollo de la paternidad, tal como sucede con el mantenimiento o restablecimiento de las condiciones mentales, sicológicas, físicas, sociales y morales para la efectividad de la paternidad (…) las que se requieran no

[50] Ratificación del Protocolo (2007).
[51] Ratificación del Protocolo (2001).

solo de la filiación (v.gr. afectividad, comprensión, disposición de aprendizaje, etc.) sino las acciones y comportamientos pertinentes (v.gr. el cuidado y la atención)“ (p. 337).

Para España, ese derecho lo tienen los “hijos menores e incapaces <de> reclamar el deber que tienen sus padres de velar moral y materialmente por ellos, lo establece la Constitución española en el art. 39.3 y lo recoge el art. 110 del C.c.es. En estas disposiciones normativas se proclaman la protección integral de los hijos y el deber de los padres de prestarles asistencia en todos los aspectos de la vida, tanto físicos como morales y espirituales” (Gallo, 2015, p. 177).

Como vemos, la relación entre padre e hijo/a no es solamente de compartir apellidos, ni tampoco del surgimiento de las obligaciones económicas; por el contrario, todos los seres humanos sabemos que va más allá de lo meramente material y traspasa a los escenarios afectivos y espirituales, de hecho por ser tan obvio, algunos pensarían que no hay razones para detenernos en estos aspectos; pero no comparto esa idea, porque tanto padre y madre, deben brindar las mejores condiciones mentales, sicológicas, y morales a sus hijos/as y es probable que si el padre ni siquiera quiere reconocer al hijo/a como suyo, mucho menos estaría dispuesto a amarlo y a permitirle que encuentre refugio, consejo y apoyo en él.

Sustento dicha afirmación, en la sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez[52], en la que la Corte Suprema de Justicia señaló que son ineludibles las implicaciones de la figura paterna en el desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes; la forma de “paternar” del padre influye de manera notable en la evolución psicológica, física, sexual, moral, cognoscitiva y en el ser social de los hijos/as desde la gestación, “de modo que la presencia activa participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo/a el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho el cuidado y el amor para su desarrollo armónico e integral”.

Aquí es donde pienso que debe intervenir el Estado, con una acción de filiación integral, que no solo resuelva lo atinente a las correcciones en el registro civil y alimentos, sino que brinde

[52] Rad. 25000-22-13-000-218-00310-01.

a la familia las herramientas para el fortalecimiento familiar; por tanto, estimo que debe al menos colocarse a disposición del grupo familiar, los agentes del Estado con la idoneidad y profesionalismo para orientar a la familia, sobre la importancia del generar apego[53] y cuidado mutuo hacia el hijo/a. Entonces lo que parece obvio, no está contemplado como una etapa de la acción de filiación, en tanto, el ordenamiento jurídico colombiano y español continúan limitados en la corrección de registro civil, alimentos, custodia y visitas.

Por ello lo que propongo es que se fijé en la acción de filiación una etapa posterior a la definición formal de la filiación, que consista en el acompañamiento al grupo familiar por agentes del Estado que contribuyan a co-crear lazos de unión y paz familiar; y reconozco que puede ser que en muchos casos resulte francamente complejo ese propósito, pues la voluntad y participación de cada integrante es muy importante, y en muchos casos encontraremos que aun agotando todas las estrategias que consideradas por las ciencias sociales, persista el rechazo a reconocerse como familia, pero no por esa posibilidad el Estado puede dejar de cumplir su deber de brindar protección integral a la familia.

Al respecto, destaco que hay una realidad que se puede percibir en el marco de la acción de reclamación o investigación de paternidad y es que no se logré generar un vínculo de unión, amor y apoyo; por lo cual, pese a que la etapa que propongo no tenga éxito, con el trabajo que realicen los agentes del Estado en la misma, puede intentarse un acercamiento entre los miembros de la familia que con el tiempo conlleve a generar lazos de afecto. Además, que como al determinar la filiación, también se genera parentesco con la familia paterna extensa, ellos también serían los llamados a recibir en su seno al nuevo integrante de la familia, con los respectivos deberes de protección, orientación y estimulación de su autonomía -obligación que está dispuesta en el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006-.

Conclusiones

Considero que actualmente todavía existe desigualdad de los roles de madre y padre, sigue existiendo en muchos casos la asignación de la responsabilidad exclusiva del cuidado del hijo/a a la mujer[54], por lo cual es urgente que el empeño del Estado se dirija a que la acción

[53] Ver Purvis, KB, Parris, SR y Cross, DR (2011). Basado en la confianza Intervención relacional: principios y prácticas. En Rosman, EA, Johnson, CE, y Callahan, NM (Eds.) 2011.

[54] Por ejemplo, RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, en su escrito “los Efectos de la Determinación de la Filiación, y el Principio de Protección del Interés del Hijo”. 2018, expone que la ley otorga un trato discriminatorio a las

de filiación sea el medio para que el padre asuma la misma responsabilidad que tiene la madre, con lo cual se transformarían los roles asignados histórica y culturalmente a la mujer como única cuidadora del hijo/a[55], surgiendo nuevas formas de organización familiar, distribuyendo obligaciones de manera equitativa y alcanzando los postulados dispuestos en el artículo 13 y 43 de la C.Pol. ya que "la igualdad comienza por exigir a todos los progenitores que se responsabilicen por los hijos que han engendrado" (Ales, 2012, p. 480).

En consecuencia, enfatizo que la acción de filiación además de generar escenarios de igualdad de trato entre padre y madre respecto de las responsabilidades para sus hijos/as, también pretende que el hijo/a conozca su procedencia y que la madre y el padre dirijan sus actuaciones hacia él, que le inculquen y cultiven valores que le den sentido y razón a su existencia, pues "la estructuración de su personalidad no nace de manera espontánea" (Gómez 2007), en tanto "la familia es generalmente la vertiente social de la identidad, ya que es la primera institución con la cual el ser humano tiene contacto y empieza a desarrollar su proceso de formación, de manera que luego de sostener una vida familiar y de haber adquirido pensamientos, valores o creencias, se forman una serie de características que trazan la identidad del mismo" (CC. T071/2016 de 19 febrero).

Con lo dicho, además justifico que en el ordenamiento jurídico la filiación une al hijo/a con la madre y con el padre en una relación de apoyo en las distintas fases del desarrollo vital[56], que resulta plenamente acorde con el reconocimiento de la dignidad humana (CC. C241/2001 de 27 febrero), en tanto desde la primera etapa de la vida, comienza el desarrollo físico, emocional, intelectual y moral, en la que se debe proporcionar al hijo/a las condiciones necesarias para la realización de su ser, por ello " el papel dignificante de la familia, permite la formación de las personas como ciudadanos útiles, conscientes de sus

---

madres (solteras) respecto de los padres (no matrimoniales) en cuanto al deber de dar alimentos (p. 55), idea que comparto, pues para los hijos/as sin filiación paterna determinada, la mujer, por regla general, cumple esa obligación desde su nacimiento; mientras que el progenitor, solo está obligado desde el momento en que se presente una demanda de reclamación de filiación acompañada de la pretensión de alimentos.

[55] Ver al respecto, ALMEIDA, Susana, MARTINEZ, Adriana. La Mujer y el Derecho de Familia. ISSN 0328-6169. Universidad Nacional de Lujan. Santa Rosa, Argentina. 1996.

[56] "Tanto la maternidad como la paternidad constituyen condiciones reconocidas y protegidas por el sistema jurídico colombiano, que deriva de ellas claros derechos para los progenitores, entre los cuales se destacan el derecho a recibir el respeto y la obediencia de sus hijos, el derecho a ser cuidado por ellos en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios, el derecho a escoger el tipo de educación que recibirán sus hijos menores, y los derechos sucesorales reglamentados por el Código Civil. Por esta razón, el derecho a la familia ha sido catalogado como un derecho de "doble vía" que asiste a todos los miembros del grupo familiar (CC. T510/2003 de 19 junio).

deberes frente a la sociedad, como células vivas de un organismo pensante, complejo y poderoso, que se manifiesta a través de cada uno de sus miembros" (CC. T278/1994 de 15 de junio). Por lo cual toda persona, en virtud de su condición humana, tiene el derecho a ser reconocido como miembro de la sociedad primigenia que se constituye en la familia y desconocer este derecho es hacer caso omiso a la propia dignidad (CC. T411/2004. de 6 mayo).

4. La dignidad humana como sustento y fin último de la acción de filiación.

En un sentido general, en la teoría jurídica de los derechos, la dignidad humana tiene la condición de "deber ser básico del que emanan los valores y los derechos que sostienen la democracia" (Real 2017) que incluye la noción, entre otros, de la capacidad para la reproducción de sentimientos, afectos y emociones; la capacidad de diálogo y comunicación con nuestros semejantes a través del lenguaje; la capacidad para el reconocimiento del otro en su condición de persona[57], lo cual se traduce en la libertad de la persona de poder expresar sus sentimientos, afectos personales y familiares (Real 2017).

En Colombia, la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, ha llevado a determinar que la filiación comporta una serie de valores y de principios constitucionales, tales como la libertad, la igualdad, el libre desarrollo de la persona; principios que se encuentran intrínsecamente ligados con la dignidad humana considerada como el principio fundamental del Estado Colombiano.

Ese valor supremo de permitir a la persona sentir afecto y tranquilidad con sus familiares, hace que la acción de filiación se encamine hacia el propósito de forjar los lazos de unión familiar, de solidaridad y reconocimiento de la realidad del "otro", de lo cual se infiere que la filiación no es simplemente la corrección o imposición de un apellido en el registro civil, sino que está irrigada a la dignidad, si se reconoce que "la dignidad se despliega en la pregunta por el origen y finalidad de la propia existencia" (Ales, 2012, p. 403).

[57] "El TCE se ha referido a la dignidad humana en Sentencias de 24 de mayo de 1982, de 11 de abril de 1985 y de 28 de febrero de 1994 y la ha conceptualizado como un valor espiritual y moral inherente a todas las personas, un mínimo que debe preservarse de las vulneraciones por parte de los poderes públicos y los particulares. Se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, en la autonomía individual y constituye el punto de partida para la existencia y especificidad de los demás derechos fundamentales. El respeto a la dignidad humana implica el reconocimiento de la persona como ser independiente y, con ello, el respeto de su personalidad e identidad". (Ales, 2012, p.396).

A ello también se dirigen los estudios de la filiación en España, en donde se ha establecido que el derecho a conocer la verdadera filiación se concibe a partir del respeto a la dignidad humana, en tanto “privarle de conocer uno de los elementos de su origen implica impedir el total desarrollo de la personalidad, basándose en su nacimiento” (Ales, 2012, 404).

La dignidad humana es fundamento del Estado Social de Derecho Colombiano, que según la Constitución, implica el reconocimiento de la persona como ser humano a estar bien, a vivir como quiera y sin humillaciones (CC. T881/2002 de 17 de octubre), derechos que depende en gran medida de la filiación y del cumplimiento de las responsabilidades de la madre y el padre.

De lo anterior podemos denotar que la filiación debe explicarse desde dos pilares, la primera relacionada con la garantía del conjunto de condiciones jurídicas inherentes a la persona que la identifican y diferencian de las demás, al punto de que sea “la filiación uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona” (CC. T183/2001 de 15 febrero), y a segunda, en el marco espiritual y de salud mental del ser humano, por cuento la “acción de filiación no solo se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho”. (CC. T109/1995 de 15 marzo).

Sin embargo, en la actualidad solo se da trascendencia al primer enfoque, lo que conlleva a que los estrados judiciales se limiten exclusivamente al trámite de la acción de filiación desde la noción de orden público del estado civil y de la corrección en la inscripción de nacimiento del hijo/a, sin preocuparse por la manera en la que el nuevo/a integrante formaría parte del núcleo familiar, derecho que debe gozar de especial prelación, constituyéndose una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales; lo contrario, implicaría una omisión que conlleva a una degradación del ser humano de tal magnitud que resulta incompatible con el principio de dignidad consagrado en la Carta Nacional.

Al respecto, para los menores de edad, “la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer

la protección de la familia, significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez… < y que> los padres o miembros de familia... son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige" (CC T887/2009 de diciembre 1°).

Pero, ¿qué papel debe tener el Estado para forjar esos lazos familiares? Será que solo le compete ser vigilante e intervenir cuando la madre y el padre no puedan cuidar a su hijo/a; pues recordemos que de tiempo atrás se ha establecido como medida para evitar intromisiones innecesarias, la competencia al Estado de asistir a la familia solo cuando se vea impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección al hijo/a.

Entonces, ¿será que el Estado no tendría que intervenir en el núcleo familiar, cuando se ha definido el vínculo paternal, a través del proceso de filiación, en el que padre aun no acepta su rol y dice no tener ningún afecto por su hijo/a, que pagará los alimentos, sin que nadie pueda imponerle el deber de amar a su hijo/a?[58]; ¿el Estado debería apartarse aun sabiendo que esa actitud del padre pone en riesgo el derecho del hijo/a de relacionarse con sus parientes y a su desarrollo armónico e integral desde el punto de vista psicológico y afectivo?.

Pues bien, en la actualidad, pese a que el operador/a judicial colombiano/a y español/a pueda percibir ese panorama, que es muy común en los estrados judiciales, procede a archivar el proceso, sin garantizar el derecho a la dignidad familiar, entendida como el derecho a vivir bien en familia y sin humillaciones, pues si un integrante del grupo familiar niega el vínculo filial ya decretado e ignora la presencia de un nuevo miembro en la familia,

[58] No debe extrañarnos este tipo de cuestionamientos, pues el no recibir el afecto paterno, puede generar daños al hijo/a, que para Parini (2018) merecen hasta ser indemnizados. Al respecto señala que "la juridicidad misma de las obligaciones… paternales era negada afirmando que se trataba de meras obligaciones morales de contenido vago y no susceptibles de medida sancionatorias. Como consecuencia, se negaba posibilidad de la tutela indemnizatoria por falta de uno de los requisitos estructurales del hecho ilícito, es decir, la situación objetiva que, aunque lesiva, integrase un daño injusto. (…) La necesidad de salvaguardar el interés superior de la familia, respetado por la necesidad de mantener la armonía, se consideraba prevalente respecto a los intereses de cada individuo y conducía a negar a este último cualquier acción indemnizatoria por el perjuicio sufrido por parte de los otros componentes, incluso en la hipótesis en la que hubiese sido violado un derecho inviolable. (…) En los últimos tiempos la evolución hacia el ámbito personalísimo del ordenamiento y del ilícito civil han llevado a superar las condiciones de "inmunidad y privilegio" con miras a los componentes de *consortum* familiar respecto a la tutela indemnizatoria". (132)

quebranta la posibilidad que tiene todo ser humano, por el simple hecho de existir, de disfrutar de la compañía, amor, solidaridad y respeto de sus parientes.

También es muy común en Colombia que la madre, luego de haber acudido a los estrados judiciales en representación de su hijo/a, pretendiendo la filiación paterna, sienta que su honor y buen nombre han sido trasgredidos al no haberse hecho el reconocimiento voluntario, por lo cual luego de conocer los resultados de compatibilidad genética entre padre e hijo/a, manifiesta que lo único que necesita de este es la cuota alimentaria, en tanto ella es apta para atender sola todas las necesidades de su hijo/a, frente a lo cual, en la actualidad el funcionario/a judicial, como ya cumplió con la definición de la filiación y los progenitores han asumido las responsabilidades del cuidado físico y manutención del hijo/a, procede a archivar el proceso, sin preocuparse que esa actitud puede irrumpir la relación entre padre e hijo/a.

Otra de las cuestiones sobre las que reflexiona Parini (2018), es la referente a la cosificación de los hijos/as, que para el caso de las acciones de filiación, son con frecuencia niños y niñas, frente a quienes los padres y madres pueden desatender "los deberes asumidos en relación a los hijos, para dedicarse a una nueva vida, o -al contrario- cuidan sus propios intereses, utilizan a estos como instrumento de chantaje contra el otro progenitor como consecuencia del rencor experimentado o también intentan cambiar la credibilidad de la otra figura paternal. (134). Como vemos, estas circunstancias vulneran la dignidad del hijo/a, pues el ser humano es un fin en si mismo, lo cual impide ser usado como medio para agraviar o vengarse del otro.

Esas circunstancias conllevan a determinar que el Estado debe intervenir, pues se trata de la protección integral que debe garantizar al hijo/a, pero ¿qué pasaría si el Estado decide atender efectivamente esas situaciones?, ¿estaría extralimitando el amparo marginal y subsidiario que debe conferir al núcleo familiar, o estaría contribuyendo en la plena evolución de la personalidad del hijo/a? Para resolver ese interrogante, se considera que por las obligaciones que tiene el Estado con la familia[59], estaría contribuyendo al pleno desarrollo del hijo/a, garantizándole el derecho al crecer en una familia, al amor y cuidado por sus familiares.

[59] Numeral 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En Colombia, conforme al art. 42 y 2 de la C.Pol. es deber del Estado conceder todas las condiciones al hijo/a para el pleno ejercicio de sus derechos y protegerlo/a frente a arbitrariedades que amenacen su desarrollo armónico, por lo cual estoy convencida que si en el marco de la acción de filiación se observa en el núcleo familiar la carencia de conciencia sobre los deberes de afecto, protección, auxilio y respeto mutuo, en procura de componer el tejido familiar, obliga al Estado a colocar a disposición el conocimiento de otras disciplinas, con profesionales que brinden asesoría psicopedagógica a cada miembro del núcleo y que hagan acompañamiento para superar las conductas y actitudes que pudieran generar disfunciones afectivas, utilizando estrategias para facilitar la comunicación, expresión de sentimientos, de solidaridad y la superación de duelos.

En España, "el derecho al conocimiento de la verdadera filiación es un derecho de la personalidad, inviolable inherente a la persona… porque entraña la realización de principios constitucionales fundamentales, en cuento afecta la dignidad de la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual (Quesada, 2012, p. 55).

En este punto, destacamos que Quesada (2012) no pasa por alto la doble perspectiva de la acción de filiación, ya que contempla de un lado garantizar que se atienda "las necesidades vitales y educativas del hijo" (p. 55), como una obligación material o económica, y de otro lado "un punto de vista espiritual o inmaterial se potencia el libre desarrollo de la personalidad del hijo con el apoyo y afecto del progenitor, tan importante en ciertas etapas de la vida". (p. 56).

De hecho Parini (2018) coloca de presente que en España ya se está planteando la manera para hacer exigibles ciertos derechos que anteriormente eran considerados obligaciones morales de contenido vago, como pueden ser el derecho al amor, afecto, apoyo, consejo y apego; propone Parini (2018), una acción indemnizatoria, la cual respondería a la "necesidad de colmar el vacío de tutela presente nuestros ordenamiento, dada la falta de instrumentos capaces de asegurar el efectivo respeto a las resoluciones del juez sobre la custodia de los hijos, difícilmente exigible coactivamente (…) La finalidad de las previsiones sería la de ofrecer un conjunto de medidas coercitivas indirectas contra los progenitores,

empujados por la amenaza de una sanción sino cumplen convenientemente las obligaciones impuestas por los jueces de sus resoluciones”. (135).

Conclusiones

Antes de pasar al siguiente capítulo, dejo por sentado que encuentro similitud en el ordenamiento jurídico colombiano y español, respecto la base en la cual han cimentado la acción de filiación, pues la fundamentan desde “la propia dignidad de la persona, considerada como derecho fundamental inalienable a todo ser humano, contemplado en el art. 1 de la <C.Pol.> en el cual se determina que el estado colombiano se funda en el respeto a la dignidad de la persona, y establecido igualmente en la Constitución española en el art. 10.1 donde se lee “la dignidad de la personas; los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social”. (Gallo, 2015, p. 176).

Además, concluyo que como los seres humanos, somos seres integrales, la acción de filiación no puede quedar rezagada solo en la formalidad de las correcciones en el registro civil, sino que debe avanzar para también enaltecer la dignidad humana “lograr el libre desarrollo de la personalidad -en un doble vertiente, material y espiritual”- (Quesada, 2012 p. 57).

Lo anterior por cuanto, se reconoce que el ser humano no solo tiene necesidades económicas sino también afectivas y que sería “sumamente delicado para los hijos… que justo en el momento en el que deben terminar el proceso de formación de su personalidad… de auxilio de los progenitores y de un ambiente idóneo”, ven desequilibrarse su derecho a la paz y apoyo familiar. (Arbesú, 2018, p. 134)

Desde esta perspectiva, la intervención estatal que se esperaría a través de la filiación, no va dirigida a que el Estado sea el que cuide a los hijos/as, sino a apoyar el proceso de unión familiar, de fortalecimiento de los lazos de afecto, pues considero que es insuficiente que la acción de filiación solo se dedique a la determinación del vínculo jurídico, cuando la configuración de la familia tiene un sustrato social que no puede desconocerse y que se rige por el desarrollo de una serie de relaciones de afecto, de interacciones que se fortalecen día a día al interior del núcleo, considerado el “lugar metafísico que tiene como ingredientes

principales el amor, afecto, solidaridad y protección de sus miembros entre si" (CE. Rad. 31252/2013, de julio 11).

5. La filiación como eje del derecho de familia.

La filiación es el baluarte del derecho de familia[60], pues generalmente es el punto arquimédico a partir del cual se definen los lazos de parentesco y se determina una serie de condiciones físicas, psicológicas, emocionales, espirituales y económicas de la vida del hijo/a[61], por tanto, en los casos en los que no se ha hecho el reconocimiento paterno, pienso que sería obligación del Estado conferir la acción idónea para que se determine quién es el progenitor y propiciar todas las herramientas para que efectivamente los lazos de afecto surjan[62], cuestión que también depende de la voluntad que tengan las personas involucradas en el proceso; en ese sentido, el Estado debería brindar todos los mecanismos para que padre y madre puedan acompañar al hijo/a pacíficamente en su crianza o en cualquier etapa de su vida, a través de un ambiente familiar propicio, en donde se enseñen las reglas básicas de comportamiento, el respeto, valores, manejo y resolución de conflictos, fundamentales para adaptarlo/a a la sociedad en la que convivirá con otros.

Vale la pena resaltar que, en la sentencia SU-696/2015, 12 de noviembre, la Corte Constitucional Colombiana invocando la Observación General Nro. 5 del Comité de los Derechos del Niño, señala que "el derecho a la familia guarda una relación efectiva con la vigencia de todos los derechos del menor de edad debido al lugar que juega en su desarrollo. Así, en el periodo correspondiente a los primeros años de vida de los niños y niñas, cuando su dependencia de los adultos en mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal es particularmente importante".

[60] "Es indudable su carácter conformador de todo el derecho de familia" (Barber, 2013, p. 15).
[61] "El núcleo esencial de las relaciones familiares y sociales es la relación de filiación; es ella la razón de ser de todo el sistema del derecho familiar" (Gallo, 2015, p. 1).
[62] En España "la CE de 1978 consagró como fundamento del orden público y la paz social el libre desarrollo de la personalidad humana y la dignidad de la persona. Pero la CE no se ha limitado a un reconocimiento formal, sino que este artículo exige de los poderes públicos que se arbitren los mecanismos necesarios para satisfacerlo. El constituyente consideró suficiente la referencia abstracta a estos valores para basar en ellos la totalidad de derechos que quiere reconocer, garantizando así los atributos de la personalidad" (Ales, 2012, 392).

Con fundamento en las cualidades que adquiere el hijo/a al crecer en el amor de su padre, madre y de sus parientes y para sustentar mi tesis de que el Estado debe ampliar el marco de la acción de filiación, para procurar restablecer o generar los lazos de afecto y amor, a continuación expongo los beneficios que ello aparejaría si esta etapa del proceso de filiación que pretendo que se implemente, fuera exitosa en el libre desarrollo de la personalidad e identidad.

5.1 Libre desarrollo de la personalidad

En este aparte se quiere destacar la influencia que tiene la acción de filiación y el conocimiento de los orígenes, sobre la personalidad del hijo/a y como parte de la dignidad[63], pues "en cierto sentido, el derecho a conocer el propio origen es previo a otros derechos fundamentales o de la personalidad expresamente reconocidos o consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, ya que, para defender lo que somos (nuestro honor e intimidad, lo que pensamos…) lógico es que previamente sepamos quiénes somos (de qué personas descendemos)" (Quesada, 2012, p.57).

Según Ales (2012), "en el derecho español, parte de la doctrina se ha pronunciado a favor de considerar el derecho a conocer la verdadera filiación como un derecho de la personalidad… el derecho a conocer el origen biológico, al respeto de la dignidad y desarrollo de la propia persona. El derecho a la identidad hace al conjunto de caracteres por los cuales un individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes. Privarle de conocer uno de los elementos de su origen implica impedir el total desarrollo de la personalidad, basándose en su nacimiento. Además, su integridad física y psíquica puede resultar vulnerada por carencia de datos referentes a sus antecedentes"[64] (p. 404).

[63] Para Ales (2012) "la dignidad es el valor del cual derivan los derechos fundamentales y el ejercicio de estos derechos implica el desarrollo de la personalidad. Por ello es que se concibe a la personalidad como la faceta dinámica de la dignidad. La dignidad contiene, en potencia, aquello que se despliega, en acto, con el proceso de perfeccionamiento y desenvolvimiento de la personalidad" (p. 403).

[64] Para Quesada, (2012) en el sistema jurídico español "se acoge la opinión de que la expresión del artículo 10 de la Constitución, "los derechos inviolables que le son inherentes", es una cláusula general abierta a través de la cual el ordenamiento tutela a la persona también en la hipótesis no típicamente previstas, cuando por ensalzarse su dignidad y potenciarse el libre desarrollo de la personalidad lo que exige así el sentir social… no veo por qué no habría de reconocerse que el derecho al conocimiento y a la determinación de la verdadera filiación es uno de los llamados derechos de la personalidad… aunque no se diga expresamente en ningún texto legal (p. 56).

En el derecho colombiano, se hace la misma consideración y para ello se trae a colación lo dicho por el profesor Lafont Pienetta, quien describe que la personalidad está enmarcada en la psicología personal, desde las acciones y reacciones como experiencias del ser humano con los demás que luego se va a reflejar en sus motivaciones, metas y su proyecto de vida (p. 232). Si se tiene en cuenta que la familia es el primer espacio de interacción con los demás, se determina que desde los primeros año de vida el hijo/a va desarrollando su personalidad de acuerdo a las vivencias que tenga con sus parientes[65]; garantía que puede verse amenazada por la falta de conocimiento del padre, ante lo cual la acción de filiación debería proyectarse a subsanar el vacío que pueda generar la ausencia paterna y para ello tendría que apoyarse en otras ciencias, como la sicología, trabajo social, antropología, etc. con el propósito de que ese trabajo interdisciplinario sensibilice a las personas involucradas en la filiación sobre la importancia de que el hijo/a socialice con sus parientes.

Además, todo ser humano tiene la necesidad de conocer la historia de sus orígenes, por lo cual la acción de filiación se constituye en el mecanismo otorgado por la legislación generalmente a las personas que por alguna circunstancia no fueron reconocidas voluntariamente por sus progenitores o fueron reconocidas por personas que no son sus familias biológicas, con lo cual se le garantiza que luego de un procedimiento, conocerá su grupo familiar[66], su historia personal y dispondrán "de más información para iniciar y realizar la búsqueda de sí mismo y de su propia personalidad" (Gómez, 2007, p. 36).

Entonces, para los hijos/as cuya filiación paterna no ha sido determinada, debe proveérseles de una acción efectiva para que puedan conocer su origen y con ello puedan desarrollar libremente su personalidad. Por otro lado, para los hijos/as cuya filiación ya está definida, y sin querer modificarla, ya que reconocen como padre y madre a la personas que sin ser biológicamente sus progenitores, lo criaron y apoyaron, buscan conocer su verdadero origen, se ha pensado en una acción que no remueva los vínculos filiatorios pero que le permita saber al hijo/a su verdadero origen, para con ello, garantizar el derecho al conocimiento y a la determinación de la verdadera filiación, como parte del derecho a la personalidad.

---

[65] Según Barber (2013) la filiación es mucho más que una institución protectora de menores de edad, de modo que su espectro de aplicación es sustancialmente más amplio (p. 41).

[66] Gómez (2007) señala que "todo individuo forma parte de un determinado grupo social (según su raza, su ocupación, género, religión, nacionalidad...), de manera que esos roles y grupos sociales también determinan y caracterizan quién es y cómo es… ello ayuda a conocer la posición que uno tiene con respecto a los otros, el lugar del individuo concreto en la sociedad, y las expectativas que los demás depositan sobre ella" (P. 30).

Al respecto, según Gallo (2015), “F. Blasco Gascó, propone una acción de investigación de la paternidad, pero sólo dirigida a la identificación del progenitor, más no a los deberes de paternidad” (p. 181). Ello resulta interesante, ya que la relevancia del conocimiento de los orígenes radica entre otras cuestiones, en la conciencia de las propias raíces, que aplica, v.gr. a hijos/as procreados con las técnicas de reproducción humana asistida[67], o cuando el hijo/a tiene una filiación definida no por los vínculos sanguíneos y quiere conocer su verdadero origen biológico, sin querer remover su filiación, para quienes esta posibilidad contribuiría en su “desarrollo de la personalidad, como una fase más en el procedimiento de maduración personal” (Gómez 2007 p. 35).

En esa misma línea se entiende que la personalidad es fundamental para la individualización e identidad y que cada experiencia dentro de un grupo familiar hace autentico a cada ser humano, desde sus primeros años de vida, lo cual da aviso de la manera en la que debe tramitarse la acción de filiación por los operadores/as jurídicos/as, pues entre menos tiempo pase en definirse la filiación, será más provechoso para el ser humano en la formación de su personalidad.

De allí que el principio de celeridad en los procesos judiciales, adquiere un significado especial para la acción de filiación, pues lo pretendido es prodigar una decisión oportuna en búsqueda de la consolidación de relaciones filiales, que llenen el vacío de la ausencia de determinado miembro de la familia y la posible repercusión negativa que puede traer en su vida.

Por lo anterior, concluyo que la acción de filiación debe contribuir al conocimiento de los orígenes, lo cual redundará en el libre desarrollo de la personalidad, pues solo conociendo nuestra ascendencia sabremos nuestra historia, de dónde venimos y hacia dónde queremos dirigir nuestros propósitos.

[67] Gallo (2015) señala sobre ese aspecto que “cuando la investigación de la paternidad de los hijos fruto de las técnicas de reproducción humana asistida se les debería aplicar, en forma similar, la regulación normativa prevista para la adopción, en ambos ordenamientos jurídicos; se les debería permitir conocer la identidad del donante, sin que ello conduzca, ni a una determinación de filiación, ni a la efectividad de las consecuencias jurídicas”. (p. 183).

5. 2 Identidad

Este acápite se dedicará a vislumbrar las razones por las cuales la identidad personal está indisolublemente unida a la filiación (Gómez, 2007, p. 50), en el cual destacaremos las dos aristas que tiene el derecho a la identidad, uno referido al atributo de la personalidad, de conocer el linaje de ascendencia, y otro, que surge en los últimos tiempos, referente a la necesidad humana de tener cercanía, comunicación y trato con los miembros de la familia para conocer y vivir las costumbres, creencias, usos y cultura, y para disfrutar de esos espacios en procura de formar su propia identidad.

Para iniciar nuestro estudio del derecho a la identidad, en el marco de la acción de filiación recalco que Quesada (2012) refiere que "el conocimiento del propio origen es uno de los elementos más relevantes de identificación de la persona, no solo porque se puede individualizar a un sujeto sabiendo quiénes son sus progenitores, sino sobre todo porque la determinación jurídica de la filiación implica la atribución de unos apellidos, que son un dato personal imprescindible para poder actuar en el tráfico jurídico y la manifestación más ostensible de la propia identidad. Ser portador de los mismos apellidos que los padres supone la adscripción de la persona a una familia, a un concreto árbol genealógico revelador de la descendencia" (p. 56).

En el libro de Ales, titulado "aspectos constitucionales sobre la investigación de la paternidad" (2012) se indaga sobre los sentimientos, ansiedad y hasta depresión de los hijos/as adoptados/as por conocer sus origines, reflexión que resulta valiosa para dimensionar lo que siente un hijo/a al quien no se le ha definido la filiación paterna, connotación espiritual que clama para que el Estado garantice acciones efectivas frente a la necesidad humana de conocer los orígenes.

Para Ales (2012) "la persona adoptada… suele sentir culpa por haber sido abandonada y desea conocer el por qué. En algunos casos se desarrolla lo que en psicología se conoce como '*genealogical bewilderment',* que es un estado de confusión o incertidumbre en el que caen algunas personas adoptadas que se obsesionan con la cuestión de sus orígenes. Muchas veces el deseo de búsqueda no se dirige tanto a conocer a los padres biológicos como a conocerse a sí mismo a través de la información que se le brinde" (p. 409).

Siguiendo esa línea y reconociendo el sufrimiento que puede causar al ser humano la incertidumbre sobre los origines, la doctrina y cierta jurisprudencia española han pensado más allá del vínculo jurídico entre padre e hijo/a, para proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a conocer los orígenes[68], con el propósito de que se conozca de forma individualizada quiénes son sus padres biológicos[69], sin que ello implique una alteración en su filiación, acudiendo por analogía a la acción consagrada en favor de los/as hijos/as adoptados/as dispuesta en el artículo 180 del código civil español, que también la contempla el código de infancia y adolescencia colombiano (art. 65), pero a la que poco se acude en los estrados judiciales colombianos.

Al respecto, Ruiz-Rico (2015) explica que "se trata de autorizar el ejercicio de una acción, con finalidad puramente declarativa, ejercitable en cualquier momento, esto es, sin límite temporal alguno, de indagar por medios científicos en el conocimiento de los auténticos progenitores biológicos de toda persona, y a la vez de acceder a todas las fuentes documentales existentes en las distintas Administraciones públicas y en el sector privado incluso, para conocer el propio origen genético, con identificación precisa de las personas intervinientes, pero sin que ello implique una determinación de la filiación, con los subsiguientes efectos jurídicos patrimoniales o personales (alimentos, derechos hereditarios, apellidos)" (p.8).

Podría acontecer que en muchos eventos por los términos y condiciones de legitimación para interponer la acción de filiación, no sea posible pretender el trámite de la demanda dispuesta para definir el estado civil, por lo cual se está proponiendo por la doctrina española que se legisle sobre una acción meramente declarativa de la filiación biológica; iniciativa que me

[68] Quesada (2012) dice que "podría objetarse que, al no consagrarse expresamente el derecho a conocer el propio origen como un derecho fundamental, ni el art. 14, ni en la sección primera del capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución, no es susceptible de tutela mediante el recurso de amparo de acuerdo con los art. 53-2 CE y 41.1 LOTC, ni queda sometido a otros aspectos al régimen jurídico previsto en la Constitución para los derechos fundamentales. (…) Mas pienso que esa objeción no es de recibo porque en la medida en que el ejercicio del derecho a conocer el propio origen comporta conseguir cierta información, si esta no facilita o proporciona, o si se dificulta o impide su obtención, resulta vulnerado su derecho a recibir información veraz, contemplado en el art. 20.1.d) CE." (p. 57).

[69] Para Gallo (2015), "el derecho a la libre investigación de la paternidad es la fuente de inspiración del principio de veracidad biológica que permite a la persona conocer quiénes son sus padres biológicos, e incluso quiénes son sus antecesores; para reclamar y apropiar su identidad a partir del reconocimiento de la relación paterno-filial, para situarse frente a un grupo familiar y social como persona única e irrepetible y desarrollarse como tal" (p. 176)

parece muy interesante, por la importancia para el ser humano de conocer sus propios orígenes y de las consecuencias nefastas que puede causar en su salud mental no conocer su identidad biológica.

Ahora, pasando de la segunda arista del derecho a la identidad que les hablaba al inicio de este aparte, anoto como punto de partida el concepto del derecho a la identidad dado por Lafont (2012), como "aquel conjunto de poderes jurídicos que le permiten a la persona conocer y exteriorizar su verdad personal, estática y dinámica, habida cuenta que cada ser humano es único, irrepetible e irremplazable" (p. 296).

Cada ser humano busca el reconocimiento de si mismo, queriendo moldear su personalidad para conformar su identidad desde sus convicciones, vivencias, cultura, tradiciones, creencias y opiniones, en lo cual la familia ocupa un papel importante, pues es en el seno de la familia es donde recibe toda la información sobre sus orígenes, de dónde proviene, quiénes fueron sus antepasados, a qué se dedicaban, cuáles son sus rasgos y singularidades, todo lo cual le permite conformar su identidad.

Sobre este aspecto, Lafont nos habla de la identidad a la familia, entendida como aquella que conduce a comprender su origen, a obtener información sobre su entorno cultural, social, espiritual, religioso y demás vivencias de sus parientes y a partir de allí decidir con autonomía propia comulgar con las tradiciones y creencias de su familia, encausar sus gustos, aspiraciones y la relación con la sociedad, y caracterizar su vida de manera que sea único y diferente a los demás (p. 297).

Sobre la regulación del derecho a la identidad, se anota que ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos[70], ni en el ordenamiento español ha sido normado[71], mientras que en

[70] Para Gómez (2007) "una de las cuestiones que caracteriza el derecho a la identidad es su tradicional falta de positivación como un derecho autónomo con sustantividad propia, tanto en el plano internacional como en el Derecho interno" (p. 49). "El examen de los textos fundamentales nos lleva a concluir que existen distintas tendencias en Derecho Comparado, y nos permite establecer la siguiente clasificación en torno a tres modelos: 1. En primer lugar, existen países que recogen en sus textos constitucionales el derecho a la identidad como derecho autónomo y con contenido propio, catalogándolo incluso en algunos casos como derecho fundamental. Son minoritarios y entre ellos podemos mencionar a Portugal, Rumania, Ecuador, Perú y Paraguay. 2.En el extremo contrario hay Constituciones que no hacen referencia a la identidad como derecho y tampoco a la protección de sus expresiones o manifestaciones más comunes. En este grupo se encuentran, entre otros, Francia, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Suecia, Rusia, Chile, Costa Rica, Honduras, México, República Dominicana, Uruguay, China, Bielorrusia, Corea del Sur, Madagascar, Marruecos y Nepal" (p. 61). "3. Existe, por último una opción intermedia: la de aquellos Estados que, sin recoger expresamente el derecho a la

Colombia fue positivizado en el artículo 25 de la Ley 1098 de 2006, que acogiendo lo dispuesto por la Convención de Derechos del Niño/a, consagró este derecho, haciendo alusión a tres aspectos fundamentales de nacionalidad, nombre y relaciones familiares (artículo 7 y 8)[72].

La CDN postuló que el bienestar del hijo/a depende del bienestar de la familia y que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el hijo/a debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para lo cual los Estados se comprometen a garantizar el derecho del niño/a a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

En un marco histórico, con la revolución francesa, el derecho a la identidad se limitaba al reconocimiento de los atributos de la personalidad, como el nombre y la nacionalidad. Hoy se ha rediseñado ese derecho a partir de la lucha de las minorías históricamente discriminadas, tales como grupo étnicos, mujeres y LGBTI, con lo cual "hoy en día entendemos que la identidad individual puede resumirse en la respuesta a tres preguntas: ¿quién soy? ¿de dónde vengo? y ¿hacia a dónde voy?" (Ales, 2012, p. 407).

Sobre esa evolución del ordenamiento jurídico, Gómez (2007) explica que "en esta era de los nuevos derechos que vivimos, en la que empiezan a configurarse derechos tales como los culturales, los medioambientales o los relacionados con la identidad sexual, está empezando a nacer también, tímidamente, el derecho a la identidad biológica. Es un derecho que nace fuertemente respaldado por las ciencias sociales, fundamentalmente por la psicología, que afirman su importancia decisiva en la construcción de la identidad personal" (p. 362).

---

identidad en sus textos constitucionales sí protegen algunas de sus expresiones, entre las que destacan las siguientes: •La identidad de los pueblos indígenas, mencionada con frecuencia en las Constituciones de los países latinoamericanos. •La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que… han supuesto en algunos países, entre otros España y Alemania, el reconocimiento a través de la jurisprudencia del derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental de las personas. •La determinación de la filiación y la investigación de la paternidad. •La identidad nacional y cultural. •El nombre y la inscripción en el Registro" (p. 64). "El ordenamiento jurídico español pertenece claramente al tercer modelo de los que hemos expuesto en el apartado anterior, ya que, como en los casos ya presentados, la Constitución de 1978 no menciona expresamente el derecho a la identidad, pero sí hace referencia a algunos de sus elementos o manifestaciones, especialmente a la posibilidad de investigar la paternidad" (p. 64).

[71] Ales, 2012, p. 413.

[72] Se aclara que pese a su consagración en un texto para proteger derechos de niños y niñas, la acción de filiación no está solo dispuesta para proteger a este grupo poblacional, pues el derecho a conocer el propio origen se otorga a todos los seres humanos a lo largo de la vida. Tanto los menores de edad como los adultos son titulares de la acción de filiación, porque de ella depende el reconocimiento del derecho a la personalidad, identidad y dignidad.

Es decir que ahora, la identidad no es solo una cuestión de un nombre, sino que también hace parte integral del desarrollo del ser humano “tener la posibilidad de saber de dónde venimos, quiénes somos, quiénes podemos llegar a ser”. (Gallo, 2015, p. 183).

Con ello defiendo que la transformación del derecho a la identidad para incluir la dimensión valorativa y emocional del ser humano debe llamar la atención de los agentes del Estado que intervienen en las acciones de filiación, pues hay una nueva mirada holística del derecho que no solo se ocupa de la situación jurídica del estado civil, sino también de garantizarle al ser humano el conocimiento de sus orígenes, de su cultura y relaciones familiares, a partir de la determinación de la filiación.

Para Gómez (2007), esa garantía implica el bienestar del ser humano, por cuanto “el desarrollo adecuado de la misma <léase identidad> es fundamental para la salud mental de las personas, de manera que la construcción de una identidad negativa o la falta de integración entre los diversos aspectos de la identidad puede derivar en diversas patologías psíquicas y sociales”. (p. 32).

Sobre ello, en Europa ya se ha pronunciado el TEDH, pues al analizar el art. 8 CEDH, norma que si bien no se refiere taxativamente a la identidad, el TEDH le ha dado esa extensión, al señalar que “el artículo 8 protege el derecho a la identidad y al desarrollo personal y el de entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes y el mundo exterior (…). La protección de la estabilidad mental es una condición previa ineludible para el goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada” (sentencia Bensaid contra Reino Unido, núm 44599/1998 6 de febrero 2001, ap. 47).

Con todo lo dicho, me apoyo para determinar que la acción de filiación debería proyectarse al amparo del derecho a la identidad en su dimensión valorativa y emocional, para procurarle al hijo/a, además de la información de quiénes son sus progenitores, el establecimiento de sus relaciones familiares en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, que le permita decidir con autonomía propia su individualidad.

Lo anterior por cuanto considero que el Estado en la acción de filiación y en el derecho de familia en general, debería valorar la complejidad afectiva y sensible de los derechos que se

pretenden salvaguardar, más allá de la corrección de la inscripción registral, o de los aspectos patrimoniales, para acercarse a propiciar soluciones a las crisis familiares, sin perder de vista los aspectos emocionales y afectivos de cada uno de los miembros de la familia, que se enfrentan como contradictores en los estrados judiciales. Solo de esa manera los agentes del Estado cumplirían con el mandato constitucional de impartir justicia de manera integral, pues al dejar de lado los sentimientos humanos, se resolvería el conflicto solo en formalidades, pero esa decisión no trascendería en la vida de las personas, al no hacer ni siquiera el intento de cortar el distanciamiento entre los parientes, lo cual puede traer serias consecuencias en la vida y salud mental de una persona[73].

Para ahondar un poco más sobre la complejidad de las relaciones familiares y las repercusiones en el ser humano, Gómez (2007) enlista los factores que contribuyen al desarrollo de la identidad, así: "la calidad de las relaciones del niño con su familia… especialmente las primeras relaciones que entabla y la calidad y estabilidad de los cuidados que le proporcionan las personas responsables de su atención más temprana, el conocimiento y la comprensión de su pasado y su genealogía… y la actitud de la comunidad en la que vive el niño hacia él, la relación con los padres …<son> por lo tanto, fundamentales para la formación de la identidad de las personas" (p. 33).

De hecho, en sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez[74], la Corte Suprema de Justicia preciso que la familia constituye un espacio privilegiado en el cual los niños, niñas y adolescentes construyen sus referentes de identidad personal y social, sin la cual se generan situaciones de sufrimiento y desarraigo que afectan su desarrollo psicológico y emocional.

Bajo esta nueva óptica del derecho a la identidad se justifica la búsqueda de la paternidad y también la concesión de mecanismos agiles e idóneos para investigar el verdadero origen, en tanto "el conocimiento de quiénes son sus progenitores es un elemento en la

[73] "La construcción de la identidad personal es, a juicio de los psicólogos, una cuestión tan esencial para el ser humano como la alimentación o la seguridad, y su desarrollo, fundamental para la salud mental de las personas, se elabora a partir de componentes tanto personales como sociales" (Gómez, 2007, p. 94).
[74] Rad. 25000-22-13-000-218-00310-01.

conformación de la individualidad del ser un ‘yo’ único en el mundo. A su vez, la protección del derecho a la identidad se fundamenta en la valoración de la dignidad humana: porque todo hombre, en cuanto persona, es digno… exige el respeto a su identidad y porque la identidad está conformada, en parte, por el cómo empezó nuestra existencia es que se ampara la búsqueda de la filiación biológica”. (Ales, 2012, p. 383).

Conclusiones

Este acápite se hizo un sondeo sobre la evolución del derecho a la identidad personal; se vio que en sus inicios la identidad era vista netamente como atributo de la personalidad, de conocer el linaje de ascendencia; pero que ahora, se ha avanzado a reconocer como parte de ese derecho de satisfacer la necesidad humana de tener cercanía, comunicación y trato con los miembros de la familia para conocer y vivir las costumbres, creencias, usos y cultura, y para disfrutar de esos espacios afectivos en procura de formar su propia identidad.

Considero que esa evolución debe repercutir en la acción de filiación y para que dar ese salto, creo que se debe legislar sobre una nueva etapa del proceso de filiación, dirigido por el juez/a y con participación de los demás agentes del Estado, en el que se procure acercar a los miembros de la familia, se propicie escenarios de orientación y fortalecimiento familiar, en la comunicación y trato continuo para que el hijo/a pueda conocer de cerca las costumbres, creencias, tradiciones de su familia materna y paterna, lo cual favorecerá la conformación de su propia identidad.

5.3 La filiación como un derecho fundamental innominado.

Luego de haber reseñado la importancia psicológica del conocimiento de las circunstancias relacionadas con el propio origen y de la participación de la familia para el adecuado desarrollo de la personalidad del hijo/a, pasamos a deliberar sobre la naturaleza que tiene el derecho a la filiación en el ordenamiento jurídico colombiano y español, y para ese análisis, inicio diciendo que la Conferencia Mundial de Viena de la ONU sobre Derechos Humanos de 1993, puntualizó sobre los derechos humanos –así llamados para el derecho convencional; o derechos fundamentales -en el derecho interno-, como aquellos derechos universales,

indivisibles e interdependientes que están relacionados entre sí[75]. Pero será que ¿el derecho a la filiación cumple esa descripción?

De entrada y sin ambages considero que para Colombia si cumple tales requisitos, pues como lo vimos atrás, la filiación esta irrigada a los derechos a la identidad, a la personalidad jurídica (art 14 de C.Pol.), a tener una familia (arts. 5, 42 y 44 C.Pol.), al libre desarrollo de la personalidad (art 16 C.Pol.) y a la dignidad humana (art 1 de la C.Pol.), al punto que la acción de filiación está definida como un derecho fundamental innominado[76].

Para ahondar sobre este tópico, en el ordenamiento jurídico colombiano, se localiza que el concepto de derecho de filiación como derecho fundamental innominado, fue estudiado por la Corte Constitucional Colombiana en el año 1995, época en la que dicha Corporación determinó que la Constitución Política de 1991 no establece, de manera expresa, ningún derecho de la persona a incoar acciones judiciales para establecer la filiación real (CC. T109/1995 de 15 marzo); por eso la Corte reconoció la posibilidad de verse en frente de un derecho innominado[77], al notar la relación que existe entre la filiación y la dignidad humana, que pese a no estar positivamente establecida en la constitución, es igualmente reconocida por pertenecer a la esencia del ser humano.

En ese sentido, la Corte Constitucional señaló que la filiación es un derecho constitucional innominado, por el cual "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

[75] "Dada la diversidad en la que puede manifestarse el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y la multiplicidad de situaciones en las que la dignidad humana puede exigir su respeto y promoción, es que no puede crearse una lista cerrada que enumere taxativamente los derechos fundamentales" (Ales, 2012, p. 401).

[76] Según Navarro (2015) los derechos innominados o implícitos son "aquellos derechos que no están rectamente reconocidos en la Constitución, pero que cuentan con relevancia material suficiente -proveniente de su particular naturaleza o relación con la dignidad humana- determinada a partir de una fundamentación iusfundamental correcta efectuada por autoridad competente, que otorgó a la pretensión subjetiva revelada reconocimiento y protección constitucional".

[77] El artículo 94 de la Constitución Política Colombiana es la cláusula que permite concluir que el catálogo de derechos allí recogidos es amplio y que pueden existir otros derechos no enunciados taxativamente pero que merecen igual protección; así: "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos". Así también encontramos el Pacto de San José de Costa Rica que establece en el literal c del artículo 29 que ninguna disposición del pacto puede interpretarse para "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero derecho a reclamar su verdadera filiación". (CC. T109/1995 de 15 marzo).

Respecto del significado de la filiación como derecho innominado, encontramos que según Ferreira (2011) “se reconocen <los> derechos innominados como fundamentales siempre que se trata de derechos implícitos en derechos fundamentales en los que encuentran sustento”, en ese caso la filiación se reconoce como derecho innominado al deducirse de derechos fundamentales a la personalidad jurídica e identidad, pues su contenido implícito hace parte del núcleo esencial de dichos derechos.

Encuentro que esta conclusión ya la había definido la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia del 20 de junio de 1990, al considerar que toda persona tiene derecho a reclamar su verdadera filiación, tesis que es recogida por la Corte Constitucional en 1995, para ampliar el catálogo de derechos enunciados en la Constitución de 1991.

Luego, en la sentencia T-329/96 la Corte Constitucional reitera que el derecho de filiación hace parte de la carta de derechos fundamentales, por su irrigación con el derecho a tener un nombre, a tener una familia y no ser separado de ella. Se enfoca la protección de ese derecho sobre todo para los menores de edad. Ya en la sentencia T-488/99 le da un sentido más amplio y profundiza sobre el derecho a la filiación como derecho fundamental innominado y como atributo de la personalidad jurídica.

Así las cosas, la Corte ha concretado que la filiación es verdaderamente un derecho fundamental de carácter innominado (CC. T-584/2008 de 12 junio) y ha derivado de ello las implicaciones para el procedimiento, al decantar que “la filiación es un derecho innominado, de allí el deber de los jueces de actuar con diligencia y proactividad en los procesos de investigación de paternidad o maternidad” (CC. T-381/2013 de 28 junio).

En consecuencia, considero que la importancia de tener como fundamental el derecho de filiación en Colombia, sustancialmente se delinea en la obligación que le asiste al Estado de garantizar que todas las personas accedan a ese derecho, lo cual se traduce, no solo en el deber de conferir a los/as ciudadanos/as un mecanismo para ello, -la acción de filiación-, sino también en el inexcusable deber de los funcionarios públicos de determinar la filiación,

en tanto la acción de filiación se ha dispuesto para alcanzar los propósitos constitucionales ya enlistados[78].

Además, en Colombia aun predomina la jerarquización de derechos, por lo que se proceden a realizar distinciones entre los mismos que pueden ser perversas al momento de la protección de un derecho dependiendo si es de primera, segunda o tercera generación[79]. Por ello, para superar esta dificultad y evitar que algún funcionario público eluda su responsabilidad de protección del derecho a reclamar la determinación de su filiación, la Corte Constitucional reconoce que ese propósito hace parte del derecho constitucional[80], con lo cual le confiere al ciudadano/a las herramientas para hacer efectivo su derecho de manera principal acudiendo a las acciones dispuestas en el Código General del Proceso y en caso que en curso de ese trámite, las autoridades omitan y retarden su protección, jurídicamente se coloca a disposición del cuidando el mecanismo constitucional denominado la acción de tutela[81] para ordenar al funcionario público que cese la vulneración o amenaza del derecho, so pena de desacato.

Así las cosas, en procura de efectivizar el imperativo de eficiencia en la protección y garantía de la acción de filiación, tratándose de un derecho fundamental, es obligación de los funcionarios públicos agotar todos los medios a su alcance para que los ciudadanos puedan ejercerla plenamente, removiendo los obstáculos que para dicho ejercicio existieren, más si esas barreras constituyen meros formalismos, que nada aportan al ejercicio eficaz de los derechos y, por el contrario, lo entorpecen, con mayor exposición a condiciones de vulnerabilidad, que es precisamente lo que proscribe la Carta Fundamental. Ello no implica que deban pretermitirse los trámites, pasos o procedimientos previstos en la ley, pero si actuar con la diligencia debida.

---

[78] Sobre los titulares de ese derechos, la legitimación e intereses contrapuestos, ver capitulo II, aparte 4 y capitulo III aparte 4.

[79] En Colombia ha sido lenta la transición para acoger el postulado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros en la sentencia del 4 de diciembre de 1991, Caso Aloeboetoe vs. Suriname, referente a la existencia de una estrecha relación entre la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos y la indivisibilidad de esos derechos.

[80] Según Ferreira (2011) “se reconocen <los> derechos innominados como fundamentales siempre que se trata de derechos implícitos en derechos fundamentales en los que encuentran sustento”.

[81] La tutela, es una acción constitucional dispuesta en el artículo 86 de la Constitución, para que toda persona que considere la amenaza o vulneración de un derecho fundamental pueda acudir a los estrados judiciales, para que en el término de 10 hábiles se ordene que cese la vulneración o amenaza y que se proceda a garantizar el derecho de manera inmediata. Su regulación está dispuesta en el Decreto 2591 de 1991.

Ahora, pasando al ordenamiento jurídico español, se tiene que en España se ha planteado la misma relación entre el derecho a la investigación de la filiación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad física y mental, al punto de establecer que por tal vinculación, el derecho a conocer la verdadera filiación es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE); de hecho, dice Gómez (2007) que "numerosos autores que afirman que el derecho a conocer la verdadera filiación debería ser considerado un derecho de la personalidad, que no puede ser negado a nadie y que va más allá de la libre investigación de la paternidad del artículo 39 CE, trascendiendo el límite de lo puramente familiar para convertirse en un derecho fundamental de la persona" (p. 66).

Aún más, en la Constitución Española se consagró en el art. 39.2 el principio de libre investigación de la paternidad, al señalar que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", con lo cual supone "1. que los hijos pueden hacer efectivo su derecho inviolable, que le es inherente, a saber quiénes son sus progenitores; 2. hacer realidad la igualdad de los hijos/as, al dar la oportunidad a los extramatrimoniales (como la tienen los matrimoniales, por regla general, ya desde que nacen) de poder obligar a sus padres a que les presten la adecuada asistencia, siendo ambos progenitores igualmente responsables; 3. tutelar la dignidad del hijo/a como persona y potenciar, con los efectos que derivan de la declaración judicial de filiación, el libre desarrollo de su personalidad, desde un doble punto de vista: material y espiritual (Quesada, 2012, p. 30).

Bajo ese postulado constitucional, en sentencias del 6 de febrero de 1991, 30 de junio de 1991 y 30 de octubre de 1993, el TS ha reconocido que el principio de investigación de la paternidad ha de informar al ordenamiento jurídico español en materia de filiación. "Se interpreta que el artículo 39.2 CE es de obligado acatamiento por todos los poderes públicos, especialmente el judicial" (Ales, 2012, p. 261).

Conclusiones

Concluyo que las acciones de filiación fueron expresamente consagradas en la constitución española, concretamente la investigación de la paternidad, mientras que en Colombia, por no estar expresamente dispuestas en la constitución, la jurisprudencia le ha dado un alcance de

protección constitucional, por encontrarlas íntimamente ligadas a la salvaguarda de otros derechos fundamentales.

Como ya lo expuse, la importancia de que las acciones de filiación tengan protección constitucional, sustancialmente se delinea en la obligación que le asiste al Estado de garantizar que todas las personas accedan a ese derecho, lo cual se traduce, no solo en el deber de conferir a los/as ciudadanos/as un mecanismo para ello, -la acción de filiación-, sino también en el inexcusable deber de los agentes del Estado de determinar la filiación, en tanto la acción de filiación se ha dispuesto para alcanzar los propósitos constitucionales ya enlistados.

Por todo lo expuesto, preciso que si bien el derecho a conocer el propio origen, identidad, libre desarrollo de la personalidad, a la filiación y a la investigación de la paternidad, tiene su propio núcleo esencial, destaco que en la interpretación teleológica y finalista hecha por las entidades autorizadas, se ha evidencia una conexión sistémica en cada una de dichas instituciones jurídicas, que ilustran el sentido que toman dentro de la acción de filiación; fenómeno que se presenta por ser el ordenamiento jurídico un sistema, el cual debe haber correspondencia y armonía de los derechos, en procura de garantizar la dignidad humana (Uprimmy, 2017, p. 575).

6. ¿Derecho a la verdad biológica o a la filiación vivida?

Como vimos en el primer capítulo, frente a la indefensión a la que se sometió al hijo/a nacido por fuera del matrimonio, de prohibirle la acción de investigación de paternidad, el derecho avanzó para quitarle al progenitor las ventajas que tenía de eximirse de su responsabilidad frente a su hijo/a[82], además, como en algo se había avanzado en la ciencia para ese propósito, se regló la acción de filiación para que el hombre que engendró responda como padre.

[82] La introducción de la investigación de la paternidad impide ya que quede a la mera voluntad del progenitor la determinación de la filiación, a consecuencia de la inspiración del sistema en el principio de verdad biológica, en cuya virtud la filiación se puede imponer al progenitor (Barber, 2013, p. 44).

Con ello, la investigación de la paternidad se colocó al servicio de la instauración de la verdad biológica, como "un arma para la defensa de los intereses de los hijos y de las madres frente a la irresponsabilidad el varón" (Barber, 2013, p. 38).

En esa medida, la acción de filiación se diseñó en defensa del hijo/a que no tenía determinada su paternidad, para investigar quién era el verdadero padre[83]; ante ello, sabemos que la acción de filiación se dispuso como el mecanismo para conocer el verdadero vínculo biológico que une al hijo/a con sus ascendientes; pero en la actualidad, ello ha variado, pues ahora son otros los intereses los que también se disputan en la acción de filiación.

En la actualidad, no se pasa por alto que puede acontecer que el hijo/a ya tiene definida su filiación, pero no conforme a la verdad biológica, sino por el contrario, están inscritos como padres, personas que no fueron sus progenitores; sin embargo, por la crianza y el amor que le han profesado, los considera como tales, ante lo cual al hijo/a no le interesa remover los datos anotados en su registro civil; pero por la legitimidad conferida para accionar[84], ese grupo familiar puede verse inmerso en una acción de impugnación. Ante ello, notamos que existiría un conflicto con la verdad biológica[85], que para resolverse debe ser analizada con detenimiento, pues la verdad biológica no es absoluta[86]; en tanto, el derecho innominado de filiación en conjugación con otros derechos fundamentales, puede verse en conflicto. En relación a ello, Gómez (2007)[87], reconoce que no es verdad absoluta entender que el bien del hijo/a es la obtención de una declaración de filiación paterna o materna, conforme al vínculo consanguíneo (p. 155).

Lo anterior por cuanto, puede acontecer que si bien no se tuvo por padre y/o madre a personas que biológicamente no son los progenitores, se pudieron generar lazos de afecto

[83] Barber (2013) asegura que el propósito de la acción de la filiación "en abierta contradicción con redacción decimonónica derogada, es probar la adecuación de la filiación formal o jurídica a la realidad biológica: la relación jurídica es sustentada por tanto en la biológica, a cuyo descubrimiento sirve la investigación de la paternidad". (p. 16)
[84] Ver capítulo tres de esta obra.
[85] En "STCE de 14 de julio de 1981, también la Sentencia del TCE de 7 de noviembre de 1983 afirmó que "…los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y entre ellos el de filiación, no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (artículo 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos" (Ales, 2012, p. 417).
[86] Según Alexy ningún derecho o principio es absoluto (2002).
[87] Tomando lo dicho por el Tribunal Supremo Español en la sentencia del 28 de mayo de 1997.

que permitieron que el hijo/a disfrute del amor y cuidado de su hogar, además de que esas vivencias contribuyeron en la formación de su personalidad, luego de lo cual se impugna la filiación por el padre y/o madre biológicos. Ante ello, notamos una pugna entre el derecho de filiación sociológica, seguridad jurídica y estabilidad de las relaciones familiares frente a la filiación biológica.

Ese es un posible conflicto de derechos que se presenta en el marco de la acción de filiación y pueden presentarse otros tantos, en vista de los intereses del hijo/a, padre, madre, herederos/as, ascendientes, descendientes o cualquier persona con legitimidad para ejercer la acción. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce y protege de distinta manera el derecho a la filiación, dependiendo de los criterios de consagración de la familia, intimidad, unión familiar, seguridad jurídica y la conjugación en cada caso concreto, para privilegiar en unos casos la relación biológica entre el hijo/a y los progenitores y en otros la relación jurídica, paz familiar o la seguridad jurídica.

Para analizar esta temática se plantean a continuación un acápite del derecho a la libre investigación de la paternidad, encaminado a justificar las razones por las cuales el Estado ha otorgado el interés legítimo a la persona de instaurar la acción de filiación, para que se defina sus propios orígenes, conforme a la compatibilidad genética. Luego se estudiará la filiación vivida o filiación sociológica, para explicar los lazos de afecto que pueden generarse con personas que sin ser los padres biológicos, le han brindado al hijo/a todo el amor y afecto. Posteriormente, se proyectará un panorama de ponderación de esos derechos, en donde se presentarán herramientas que ayuden a los agentes del Estado a dar solución a estos conflictos.

6.1 Derecho a la libre investigación de la paternidad.

Con fundamento en la prevalencia de la verdad biológica sobre la formalmente dispuesta en el registro civil, tenemos el derecho a la libre investigación de la paternidad, que permite a cualquier persona acceder a la justicia para que se determine su verdadera filiación.

Para concebir este derecho, se determinó en el estudio SAARIO[88] que el mismo ordenamiento jurídico establecía limites a los hijos/as habidos fuera del matrimonio para definir su filiación, dejando en manos del progenitor su determinación, a través del reconocimiento voluntario (Ales, 2012, p. 53), situación que generaba una diferencia injustificada de los hijos/as dependiendo de sus orígenes.

Como ya lo hemos analizado, en el Código Napoleón, que influenció el Código Civil colombiano y español, concedía plena libertad al progenitor de reconocer voluntariamente a su hijo/a, confiando que ejerciendo ese derecho se iba a superar las dificultades probatorias que para la época implicaba acreditar la paternidad, sin embargo, eso conllevó mayores desequilibrios sociales y desprotección al hijo/a y a la mujer que era madre por fuera del matrimonio.

Ante este panorama, Pizarro establece que para la Constitución Española "la idea de un principio general aparece en el mensaje del proyecto que refiriéndose al principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad señala que más que otorgar derechos, sienta un principio general, que viene a revestir aquel establecido en el Código Napoleón que prohibía expresamente dicha investigación" (1999, p. 12).

Considero, que ese cambio seguramente obedeció a la evolución del derecho occidental que trajo la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y que inspiró la igualdad de derechos entre los hijos/as[89], equiparando los hijos/as habidos en el matrimonio y fuera de el, lo cual trajo un cambio significativo en las acciones de filiación, al gestar en la conciencia de la humanidad la injustificada discriminación de los hijos/as nacidos fuera del matrimonio, no solo por las frases peyorativas que la ley utilizaba para denominar su concepción[90], sino

[88] Ver capítulo 1 de esta obra.
[89] Y también la igualdad entre hombre y mujer.
[90] "En España la Ley 11/1981, de 13 de mayo, señala BARBER CAMARGO, fue redactada desde una manifiesta oposición al espíritu y a las clasificaciones que recogía la ley anterior, de tal manera, suprime la distinción entre hijos legítimos, legitimados, e ilegítimos y se introduce a cambio, la expresión de filiación matrimonial y no matrimonial". (Gallo, 2015, p. 38). Sobre la legislación colombina, se conoce que "la ley 45 de 1936 derogó la denominación de "hijos de dañado y punible ayuntamiento" e introdujo una nueva concepción de la noción de hijo natural… con esta ley se denominó "legítimos a los hijos concebidos dentro del matrimonio de sus padres, y naturales a los concebidos fuera de (sic) matrimonio"… esta propia expresión de hijos naturales fue criticada en la doctrina porque pareciere que se opusiere a otra clase de hijos: los artificiales, razón por la

también por los limitados derechos y libertades, que habían que proscribirse para abrir la brecha a la libertad de accionar la filiación y derivar de allí una serie de actividades a cargo de los agentes del Estado, dirigidas a determinar la existencia o no del vínculo generacional con la consecuente garantía de protección del hijo/a en todos los aspectos de su vida.

En sentencias del 6 de febrero de 1991, 30 de junio de 1991 y 30 de octubre de 1993, el TS ha reconocido que el principio de investigación de la paternidad ha de informar al ordenamiento jurídico español en materia de filiación. "Se interpreta que el artículo 39.2 CE es de obligado acatamiento por todos los poderes públicos, especialmente el judicial" (Ales, 2012, p. 261).

El principio de libre investigación de la paternidad va muy ligado a las facultades probatorias para acreditar la paternidad y la verdad biológica, cuestión que se ha facilitado con la prueba biológica y que se surten en los procesos de filiación de hijos/as nacidos por fuera del matrimonio, como en los casos de impugnación de la paternidad ya sea matrimonial, marital o por reconocimiento voluntario y para las acciones mixtas.

Si se le apuesta a que con la libre investigación de la paternidad, deba primar la verdad biológica, es decir la verdad amparada en la compatibilidad genética, en tanto, el parámetro de éxito de la acciones de filiación es que coincida los datos del padre inscrito en el registro civil con quien engendro al hijo/a, entonces el objetivo del proceso se centrará en la búsqueda del progenitor y para ello la verdad biológica y los avances científicos son los criterios que sirven para estructurar el régimen de la determinación del vínculo paterno filial[91].

Con la aproximación al derecho a la libre investigación de la paternidad se privilegiaría la filiación biológica sobre la consignada en el registro civil, "sin embargo, este principio aparece atenuado o restringido por otros preceptos que tienden, ya sea a impedir la investigación o a hacerla en cierta forma más gravosa" (Pizarro, 1999, p. 14).

---

cual el decreto 2820 de 1974 zanjó la discusión cambiando la expresión por "hijos extramatrimoniales" (Gallo, 2015, p. 37).

[91] Para Barber (2013), en España "en 1981 nuestro Código civil se adscribe a los sistemas realistas de determinación de la filiación, y tiende a establecer la relación jurídica sobre los datos biológicos, sobre la verdad, en vez de sobre presupuestos, presunciones y plazos legales, al modo del sistema formalista propio de los ordenamientos jurídicos del siglo XIX" (p. 36).

Lo anterior por cuanto, la libertad de investigar la verdad biológica puede entrar en conflicto con la seguridad jurídica y unidad familiar del hijo/a con su padre inscrito como tal en el registro civil, sin vínculo consanguíneo; por ello, Quicios (2014), nos anticipa que "el principio de libre investigación de la paternidad… no es más que la traducción constitucional de ese deseo natural de relacionare padre e hijo. Pero el límite… está dirigido a preservar otros intereses constitucionalmente protegidos, y guarda la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida". (p. 101). Sobre esos límites pasemos a continuación a plantear las limitaciones que pueden presentarse en el propósito de meramente privilegiar la verdad biológica.

6.2 La filiación vivida o sociológica

Pizarro (1999) nos enseña sobre la filiación vivida o sociológica, cuando refiere que "la verdad del corazón, de los sentimientos <es> aquella que corresponde a la filiación vivida…. el derecho a la filiación no es solo un afrecho de la verdad. Es también, en parte, un derecho de la vida, del interés del niño, de la paz de las familias, de las afecciones, de los sentimientos morales, del orden establecido de los tiempos pasados" (p. 17).

Así las cosas, la filiación sociológica no se protege desde los vínculos genéticos sino a partir de los lazos de afecto que se generan al interior del núcleo familiar[92], entendiendo el concepto de familia en sentido amplio, no solo los unidos por vínculos consanguíneos sino por vivencias y sentimientos de apoyo y solidaridad, que no dependen de la compatibilidad genética, sino de la diaria interacción con los demás, de la vida familiar, por ello considero que apegarse estrictamente a la verdad biológica puede colocar en riesgo otro valor fundamental que está sometido a multiplicidad de circunstancias de naturaleza no genética

[92] Para el Magistrado de la CSJ Luis Armando Tolosa Villabona, "la filiación no es un problema natural, biológico o científico, sino un fenómeno socio-cultural con efectos jurídicos que vincula a las personas por el parentesco de consanguinidad, de afinidad o civil, forjando muchas otras relaciones que no son captadas por la ley, pero que existen realmente. ¿Cómo entender la propia adopción, el parentesco de afinidad matrimonial o extramatrimonial, la donación consentida, las técnicas de reproducción asistida (Inseminación artificial; fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoides; la filiación surgida por la donación altruista de semen, de óvulos y de embriones ante problemas de fertilidad, etc.), los reconocimientos complacientes o de crianza?. La filiación de los hijos de crianza o complaciente es una realidad". Ver salvamento de voto de la sentencia SC113-2019, Rad. 68001-31-10-003-2006-00600-01 del 28 de enero de 2019.

sino sicosocial, como es el derecho al amor[93].

Para acercarme al concepto de filiación vivida o verdad sociológica en España, acudo al concepto de posesión notoria de la calidad de hijo/a, de la relación padre e hijo/a, la manera en que socialmente es reconocida esa relación, los sentimientos y el afecto entre ellos[94]. Entonces, mientras la prueba biológica nos enseña la verdad biológica, los lazos de afecto y amor nos da fe de la verdad sociológica.

Pues bien, anoto que ese tipo de conformación familiar también está protegida constitucionalmente en España, en tanto "esa familia, que puede no estar sustentada en la verdad biológica, está protegida por el artículo 39.1 CE, y no es de peor condición que la familia que se pudiera constituir de quedar determinada la filiación reclamada" (Quicios, 2014, p. 104).

Por eso Ales (2012), explica que en España la posesión de estado implica una "situación familiar y la continuidad emocional y psíquica del niño, la posesión de estado actúa como barrera a las acciones de impugnación y reclamación de la filiación… fija trabas a las acciones no en beneficio del hombre que desea eludir sus responsabilidades, sino con miras a proteger al hijo para quien no es deseable irrumpir en la situación de hecho en la que vive" (p. 267).

En relación a ello, Quesada (2018) nos ilustra que en muchos casos, el hecho que el hijo/a se queda jurídicamente sin padre, puede ser contrario a su interés, cuando vive junto a su padre jurídico en una situación familiar que le conviene y favorece su normal desarrollo. (p. 14).

Sin embargo, en España se reconoce la posesión de estado pero no se contempla la determinación de lo que podría llamarse una filiación social no natural, pues la acción del art.

[93] Positivizado en el Colombia, en el art. 44 de la C.Pol.

[94] A partir de dicha pretensión, y para articular la legitimación activa, el legislador de 1981 distingue si la filiación reclamada responde a la filiación vivida, esto es, si existe posesión de estado de filiación reclamada, o no. En el primer caso, esto es, cuando la filiación social se corresponde con la filiación biológica o real pretendida, el legislador opta por facilitar la adecuación de la filiación jurídica o formal a la vivida, configurando una acción imprescriptible y dotada de la más amplia legitimación activa, que "cualquier persona con interés legítimo" puede ejercitar (Barber, 2013, p 241).

131 CCE no tiende a que se declare la filiación por la mera existencia de posesión de estado[95] “la posesión de estado no es título de atribución de la filiación, sino que persigue que se declare la existencia de una filiación por naturaleza (la posesión de estado es un indicio de dicha filiación, pero no se estimaría la demanda si se practican pruebas biológicas que excluyen la paternidad)”. (Quicios, 2018, p. 23).

Cosa distinta acontece en Colombia, pues encuentro que la jurisprudencia ha dado el salto de reconocer la filiación vivida, mas allá del tradicional concepto de posesión notoria del estado, a partir de la protección a la familia de crianza.

En Colombia, el art. 42 de la C.Pol. establece que “la familia puede constituirse por medio de vínculos naturales y jurídicos… por la voluntad libre y responsable de conformarla”, además que el art. 5 de la C.Pol. dispone que el Estado y la sociedad deben garantizar su protección integral, para lo cual la Corte Constitucional ha establecido que “el pluralismo y la evolución de las relaciones humanas en Colombia, tiene como consecuencia la formación de distintos tipos de familias, diferentes a aquellas que se consideraban tradicionales, como lo era la familia biológica. Por lo que es necesario que el derecho se ajuste a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, las cuales surgen en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia. La protección constitucional a la familia se extiende tanto a las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad, como a aquellas que surgen de facto, “atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia” donde conceptos como la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio y respeto consolidan el núcleo familiar, por lo que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger a los integrantes de tales familias”. (Sentencia T-070/2015, 18 de febrero).

Al respecto, el Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009 estableció que “la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o

[95] Cierto es que en algunas sentencias el Tribunal Supremo parece configurar la acción del art. 131 CCE como una acción destinada a homologar la posesión de estado que manifiesta una determinada filiación (esto es, como una acción para que se declare que hay título de atribución extrajudicial de la filiación), pero en realidad en estas sentencias se atiende al valor de la posesión de estado como reconocimiento presunto de la filiación por naturaleza que quiere determinarse (Quicios, 2018, p. 24)

de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad… en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales" (Exp. 17997).

Con fundamento en la investigación de los aspectos psicológicos de la relación padres hijos, los psicoanalistas Anna Freud y Albert Solnit junto con el profesor de derecho de la Universidad de Yale Joseph Goldstein, plantearon el concepto de paternidad psicológica que se basa en la idea de que un niño/a puede entablar una relación estrecha con un adulto que no sea su padre o madre biológico, en el cual se va convirtiendo en su padre psicológico a través de la convivencia diaria y el compartir experiencias juntos, en tanto una figura paterna o materna ausente e inactiva no satisfacen las necesidades y expectativas del menor frente a la progenitura[96].

Al respecto, en sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez[97], la Corte Suprema de Justicia precisa que la paternidad psicológica plantea la relación paternal con alguien a quien se le considera hijo/a, aunque no exista un lazo de sangre, relación que debe protegerse, en tanto la proximidad es crucial para el desarrollo del hijo/a.

De hecho, de dicha sentencia se tiene como *ratio decidendi* que "ese tipo de paternidad es merecedora de la misma protección constitucional y legal reconocida a la surgida del acto de la concepción, porque en esa forma de progenitura, la socioafectividad juega el destacado

[96] Apartado tomado de la sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez, Rad. 25000-22-13-000-218-00310-01, de la Corte Suprema de Justicia.
[97] Rad. 25000-22-13-000-218-00310-01.

papel de ser el elemento esencial y necesario que debe existir en todas las relaciones familiares, basado en los lazos emocionales que se entretejen y reafirman durante la convivencia continua".

En este punto quiero resaltar la sentencia del 9 de mayo de 2018[98], en la cual la CSJ determinó que se vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y el de acceso a la administración de justicia, cuando se rechaza la demanda de jurisdicción voluntaria con la que se pretende la declaración de padres de crianza[99]. Si bien este caso se sigue en la cuerda del trámite de jurisdicción voluntaria y no adopción ni de filiación, se busca la inscripción de la filiación vivida en el registro civil, asunto inédito para las acciones de filiación, por cuanto estas acciones fueron diseñadas para investigar la existencia de vinculo biológico; pero ahora, al permitir que en los estrados judiciales se presenten demandas para la declaración a padres de crianza y su inscripción en el registro civil, sería un nuevo espectro de protección a la familia, para elevar los lazos de afecto, respeto y solidaridad al reconocimiento como una verdadera filiación.

6.3 Ponderación

Para resolver los posibles conflictos de derechos que se presenta en el marco de la acción de filiación, en vista de los intereses del hijo/a, padre, madre, herederos/as, ascendientes, descendiente o cualquier persona con legitimidad para ejercer la acción, de entrada se descarta tener la verdad biológica como solución absoluta para todos los casos, o tener como tal la filiación sociológica, pues esos parámetros llevados al extremo supondrían perjudicar a la familia como institución, v.gr., si la verdad biológica es llevada al extremo supondría establecer legalmente la posibilidad de investigar en todo momento y bajo ningún tipo de condicionamiento de legitimidad y temporalidad; y si por otro lado, se pretende amparar a ojos cerrados la filiación sociológica, supondría el establecimiento de un régimen

[98] Exp. 25000-22-13-000-2018-00071-01.

[99] La tutela se presenta por una mujer a quien le rechazaron la demanda de jurisdicción voluntaria en la que pedía que las personas que la criaron, fueran reconocidas como sus padres de crianza, "por cuanto asumieron el rol de sus «verdaderos padres» desde que tenía 3 años de edad, compartiendo lazos de afecto, respeto, solidaridad, comprensión, protección, todos los gastos referentes a su alimentación, educación, salud, recreación, en fin, lo que un hijo requiere; y que la peticionaria ha venido siendo una verdadera hija, retribuyendo el amor brindado, y ahora cuidándolos en su vejez". La CSJ ordenó al juzgado accionado dejar sin efecto el auto de rechazo y adoptar las medidas pertinentes para dar trámite a la demanda formulada.

legal tal inflexible severo y rígido que se haría nugatorio el derecho a la libertad de la investigación de la paternidad[100], como en la época del Código de Napoleón[101].

Por lo dicho, lo que debe buscarse es un equilibrio entre estas dos concepciones y de no ser posible, se debe motivar en cada caso las razones por las cuales se privilegia determinado interés en juego, labor que debe hacerse desde la ponderación.

Sobre ello, encontramos también la sentencia de 2 de junio de 2006, en la que la CSJ indicó que el juez/a debe resolver sobre la tensión que se presenta por el establecimiento de hechos que conforme a los métodos científicos permiten observar una certeza probable sobre la paternidad, frente a la realidad social que también es posible ver de otro modo esa aspecto y de quienes componen un grupo familiar, la que puede ser divergente a pesar de los resultados aproximados a la verdad que ofrece la ciencia; "hoy por hoy todavía no pueda considerarse, sin más, que las pruebas científicas alcanza para derribar las barreras que en el plano jurídico han sido empleadas para preservar… la realidad de la vida familiar" (rad. 11001-31-10-010-2001-13082-01).

Alexy (2002) enseña qué hacer en caso de encontrar derechos y principios en conflicto que no pueden resolverse con el método de la subsunción[102] y aconseja el uso del test de proporcionalidad, que contiene tres tópicos a resolver: la necesidad –buscar la medida más

[100] "El TS recoge este razonamiento de la Sentencia de 28 de mayo de 1997 en la que menciona que la protección del interés del menor, digna y obligada, está atribuida en primer lugar a los progenitores, pero no es verdad absoluta entender que el bien del menor está en la obtención de una declaración de filiación paterna y materna" (Gómez, 2007, p. 155).

[101] El código napoleónico de 1804 "agravó la regla de prohibición de investigar la paternidad… el argumento más serio y menos discutible de los que se esgrimieron fue, sin duda alguna, el de la dificultad de la prueba del vínculo biológico… otro de los argumentos más utilizados fue el temor a los escándalos y chantajes" (Soler, 2002, p. 12) Además, "se trataba de premiar el matrimonio y censurar, sobre todo, las formas 'desorganizadas' de la familia, la moral y la sexualidad que se confinaba a los límites del matrimonio. También se pretendía hacer más cautelosas a las mujeres frente a los seductores, ya que si tenían un hijo no podían pretender recibir ayuda" (Soler, 2002, p. 13).

[102] Según Alexy (2013) el método de la subsunción se aplica para resolver conflictos a partir de una regla, por lo cual, al encontrar una regla y un principio en contraposición, aplicamos la regla, por ser la que concretamente señala la salida que debe darse al asunto. Según Real Alcalá (2017) existen casos que no pueden ser resueltos con el método de subsunción, a esos casos los denomina "bordelinde cases".

benigna, para conseguir el fin deseado, adecuación –medida más adecuada- y proporcionalidad en sentido estricto –balanceo de beneficios y perjuicios-[103].

Según Gómez (2007) “aunque la regla general es la de adecuar en lo posible la filiación jurídica a la realidad biológica, hay que reconocer su carácter no absoluto e insistir en la necesidad de mantener el equilibrio con los principios de seguridad jurídica y estabilidad en la relación de filiación y en las relaciones familiares. No nos encontramos pues, en nuestro ordenamiento jurídico, en presencia de una concepción realista pura, sino que ésta se encuentra matizada y combinada con elementos claramente formalistas (p. 154).

Esto significa que habrá casos en los que la autonomía de la voluntad de las personas involucradas puede privilegiarse por encima de la compatibilidad genética, al establecerse que no siempre la filiación corresponderá a la inscripción de los progenitores en el registro civil. Al respecto, encuentro que en la sentencia T-207/17 de la Corte Constitucional, se estableció que la filiación tiene un fundamento que no necesariamente atiende el vínculo genético que se genera con la concepción, sino que está égida de valores como la solidaridad, el afecto y la dependencia, con lo cual, por ejemplo, caducados los términos para impugnar, el apoyo y la solidaridad, convalidan la existencia de la relación padre e hijo/a más allá del vínculo genético.

Sobre la nueva forma de entender la filiación, también se pronunció la CSJ al establecer que “la familia no solo se constituye por el vínculo biológico jurídico, sino también a partir de las relaciones de hecho o crianza, edificadas en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin en cada una de las manifestaciones inequívocas de significado ontológico de la familia”. (CSJ. Exp. 25000-22-13-000-2018-00071-01. De 9 de mayo de 2018).

---

[103] “Siguiendo el criterio de Peces Barba, es factible reconocer al menos cuatro funciones de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento. La primera es la de garantizar la libertad individual para inmunizar un ámbito personal frente a las injerencias del Estado o de terceros. En segundo lugar, se encuentra el papel que juegan las reivindicaciones de estos derechos en la participación de cada individuo en lo colectivo y en lo político. La tercera función es de naturaleza promocional y, de acuerdo con ella, el Estado asume el reconocimiento de que la libertad individual precisa de un accionar complementario para poder lograr sus fines. Finalmente, la cuarta es la denominada función de disenso, es decir, frente al consenso de las mayorías, los derechos se yerguen como posiciones de defensa de las opciones personales de las minorías. Esto exige que los poderes públicos arbitren excepciones y contemplen situaciones particulares, sin que sea posible ni deseable que los conflictos de derechos se solucionen mediante la creación de reglas fijas, sino a través de la ponderación de intereses a la luz de las circunstancias de cada caso” (Ales, 2012, p. 401).

De otro lado, hay que tener en cuenta el querer del hijo/a a quien el ordenamiento jurídico le da prevalencia en la búsqueda de los verdaderos orígenes. El artículo 1 del Decreto 1260 de 1970 estableció que el estado civil es indisoluble, indisponible e imprescriptible y por ello el artículo 217 del Código Civil[104] permite que en cualquier tiempo se defina el estado civil en lo que respecta a la filiación, en esa medida el ciudadano puede acudir a la justicia para que se investigue su filiación materna o paterna sin que este supeditado ese derecho a ningún término de prescripción o caducidad. (CSJ. Exp. 1100131100132006-01276-01 de 08 de mayo 2014)[105].

Al respecto el jurista Valencia (1995) nos trae un ejemplo en donde podemos notar la facultad del hijo/a de conocer la verdadera filiación, en los siguientes términos: "puede suponerse la hipótesis de que una mujer casada dé a luz un hijo y le oculte a su marido el parto, con el objeto de entregar ese hijo a otro matrimonio, que lo inscribe en el registro del estado civil como suyo, lo cría, educa y establece. Aunque este caso haya prescrito la acción de impugnación de la legitimidad… por haber trascurrido los plazos de que habla los artículos 336 y 337 del Código Civil, con todo y ser así, la acción de investigación de la verdadera filiación en cabeza del hijo nunca prescribe y este puede ejercerla en cualquier momento".

Por último, no sobra decir que pese a los límites de legitimación que se hayan dispuesto para acceder a la acción de filiación, no hay que perder de vista que la verdad biológica (*favor veritatis*) está dispuesta en la ley española y colombiana, como derecho aplicable al hijo/a y al padre, con el correlativo deber de la madre de propiciar los elementos para ese conocimiento. (Lafont, 2012, p. 297).

Habría que preguntarse cómo garantizar el derecho al hijo/a de acudir a la justicia para que se investigue su filiación paterna, cuando la única persona que podría dar aviso del presunto progenitor es la madre, quien se niega a suministrar información. En esta hipótesis que puede ser recurrente en los estrados judiciales, sobre todo en las acciones mixtas, se presenta comúnmente cuando se llama a los estrados judiciales a la mujer que engendró

[104] El artículo 217 del CCC señala que "el hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo".
[105] Ver también CSJ Exp. 05001-3110-008-1994-04370-00 de 31 de agosto de 2010, CSJ sentencia de 9 de julio de 2008, Exp. 11001-3110-011-2002-00017-01

para que declare quién puede tenerse como padre, para ser llamado a juicio y la mujer guarda silencio.

Ante ello, entran en juego otros derechos que no pueden desconocerse como el derecho a la intimidad de la mujer[106], garantía que conforme a las previsiones de los tratados internacionales, implica "el resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesta a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas". (CC. T916/2008 de 18 de septiembre).

Así las cosas, como la información que se requiere de la madre, hace parte de su esfera personal, ella podría preferir mantener los datos del presunto padre reservados, por lo cual al no ser un ámbito que haga parte de la esfera pública, debe ser entendido como un ámbito personalísimo que solamente admitiría invasiones, intromisiones o limitaciones, siempre y cuando sean legítimas y justificadas constitucionalmente[107]. Empero, en el caso de que la madre se niegue a suministrar esa información, el/a agente del Estado no estaría habilitado para ejercer cualquier tipo de presión, así sea sicológica, menos tratar de conminarla o sancionarla por guardar silencio.

Ello demuestra que la acción de filiación depende en gran medida de la voluntad de las partes involucradas, lo cual no puede perderse de vista, ante lo cual le corresponde al/a

[106] El artículo 15 de la Constitución Política, contempla que "todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar". Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 12), dispone: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"; (ii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 17.1), ratificado por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968, señala: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques"; (iii) El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Art. 8.1), indica: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"; (iv) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, Art. 11.2), ratificada por Colombia mediante Ley 16 de 1972, prevé: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, no de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

[107] En la sentencia C-336 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se estableció que el derecho a la intimidad no es absoluto, motivo por el cual "puede ser objeto de limitaciones restrictivas de su ejercicio en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1º de la Constitución, sin que por ello se entienda que pueda desconocerse su núcleo esencial.

agente del Estado atender, en atención a la infinidad de posibilidades que pueden presentarse, los distanciamiento, actitudes y hasta ignorancia de los derechos que se pretender amparar con la definición de la paternidad.

Al respecto, Uprimmy (2017) destaca que “la finalidad del derecho es resolver conflictos de intereses, por medio de la protección especial que la ley confiere a alguno de ellos, por ende, el juez, si quiere lograr una obediencia pensante y no mecánica a la ley, debe conocer, con exactitud histórica, los intereses reales que han ocasionado la ley, y tener en cuenta los intereses conocidos para la resolución del caso, <por cuanto>… el derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas generales, sino el que se vive de modo real por la gente” (p. 283).

Conclusiones

Insisto en la necesidad de que el Estado, a través de sus órganos y funcionarios/as se preocupe por el surgimiento de la sensibilidad de las personas implicadas en la filiación, en la ponderación de derechos en conflicto y el fortalecimiento de las relaciones intrafamiliares, pues todos los involucrados poseen una órbita personal, cuyas aspiraciones y lo que reservan para sí, incide en la acción de filiación, cuestión que merecería ser atendida por un equipo interdisciplinario para procurar que esas actitudes no vulneren los derechos fundamentales de los otros miembros de la familia.

Observo en los estrados judiciales colombianos se tiene la tendencia casi absoluta de valorar de manera exclusiva los resultados de la prueba de ADN, pese a que ya existen fallos, como el proferido el 25 de agosto de 2017[108] en el que la CSJ precisa que aunque exista la prueba biológica, hay casos en los que debe potenciar los valores de paz familiar, seguridad jurídica, afecto filial y rol o finalidad de la relación paterno-filial, desvalorizando la realidad biológica y estableciendo un esquema de determinación de la filiación basada en la voluntad unilateral o en determinadas presunciones. Además, la CSJ recomienda que debe estudiarse cada caso en particular para verificar si prevalecen los afectos y el trato social, así como el consentimiento del padre sobre lo puramente biológico para que, aún conociendo la

[108] rad. 2011-00216-01 sc12907.

veracidad de la prueba científica, se dé prioridad a los afectos y se permita al hijo/a accionado/a mantener el *status quo* civil en la forma en la que lo ha sustentado durante toda su vida[109].

Además, recalco que los agentes del Estado tampoco se preocupan por las relaciones interpersonales de los involucrados en la filiación, al punto que aun percibiéndose que entre padre, madre e hijo/a hay rencores, odios, predisposiciones y/o distanciamientos que impiden la comunicación asertiva, el apoyo, acompañamiento y la vida familiar, si el juez/a recibe los resultados que reflejan la compatibilidad genética, llama a audiencia para declarar la paternidad y si el hijo/a es menor de edad, fija alimentos, determina el cuidado, comúnmente en el madre, y ordena archivar el proceso.

Percibo que en esa decisión, se dejó por fuera la dimensión valorativa y emocional del ser humano que también es núcleo del derecho fundamental a la filiación, por encontrarse indisolublemente ligado a la personalidad jurídica y dignidad humana y en esa medida se omitió el deber de procurar restablecer la vida familiar, el ambiente de felicidad, amor y comprensión a favor del hijo/a.

Por ello, lo que propongo es que en las acciones de filiación se atiendan esas necesidades emocionales del hijo/a para desarrollar su personalidad e identidad y en esa medida planteo que luego de la determinación del vínculo filial, de acuerdo a los distanciamientos y/o deterioro que se observe de las relaciones interpersonales, con dirección del juez/a, el equipo interdisciplinario que se disponga para ello, desde el conocimiento que brinde la sicología, trabajo social, etc., se dedique a abordar aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuestas a exhibir abiertamente y que repercuten en la crianza del hijo/a.

---

[109] En Alemania encontramos que la filiación vivida la conocen como sozial—familiäre Beziehung y de existir la misma entre el padre jurídico y el hijo no ha lugar a practicar pruebas biológicas solicitadas por el supuesto progenitor que ejercita la acción de impugnación de la paternidad de aquel. En un asunto resuelto por una interesante sentencia de 3.11.2014 el Tribunal de Familia desestimó la demanda de impugnación de la paternidad entablada por el potencial padre biológico, sin practicar las pruebas biológicas pedidas por el demandante, por apreciar que existía una sozial—familiäre Beziehung entre el padre jurídico y el hijo (FamRZ, 2015, 13, p. 1119, tomado de Quesada, 2018, p. 12).

Creo que la acción de filiación debe cumplir de manera efectiva con el fin de superar la discriminación de los hijos/as habidos fuera del matrimonio, para concederles la facultad de accionar contra los hombres que se negaban a reconocerlos y a dar respuesta idónea y legítima a los casos de los hijos/as que ya tienen su filiación sociológica definida, cuyo bienestar se quiere atacar a través de la acción de impugnación; escenario distinto de aquel hijo/a que debe acudir a la verdad biológica, a través de la prueba genética, como único mecanismo, para hacerle efectivo su derecho a filiación paterna; pues en el segundo evento, hay que tener en cuenta la estabilidad que tiene el hijo/a en su ámbito familiar[110].

Capitulo II Investigación de la paternidad.

A manera de introducción de la acción de investigación de la paternidad -así denominada en Colombia- y que en España se conoce con el nombre de acción de reclamación de la paternidad, expongo a continuación las presunciones que se han legislado en torno a la concepción del hijo/a, para luego centrar el objeto de análisis en ese tipo de acciones filiales.

Pues bien, Según Escudero (2013) la maternidad biológica constituye el elemento básico de la filiación, consistente en la circunstancia de ser una mujer la madre del hijo/a que se da como suyo, lo que supone que haya dado a luz y que el hijo/a sea producto de este parto (p. 504); de otro lado, si esa mujer dio a luz un ser humano a partir de la concepción por cohabitación, el nacido/a ineludiblemente tiene un padre.

1. Preámbulo de estudio de la Investigación de la Paternidad para Colombia

Ahora bien, dependiendo del estado civil de sus padres, la ley colombiana ha establecido presunciones para determinar la filiación paterna[111], reconociendo que el hijo/a puede ser

[110] En España, el "sistema de filiación basado en el principio de verdad biológica, pero no única ni absolutamente: los delicados intereses en juego y la variedad de situaciones que la vida puede albergar aconsejan su modulación con otros. De ahí la concurrencia de normas que respondiendo a inspiraciones diversas, no pueden calificarse de contradictorias. Y así, si el fundamento de la filiación por naturaleza es la relación biológica, en ocasiones se somete a límites que atienden otras consideraciones como la seguridad jurídica, la estabilidad de las relaciones de estado o la conducta sostenida en el tiempo por las partes". (Barber, 2018, p.2).

[111] El artículo 66 del Código Civil habla de las presunciones, como la coexistencia de hechos conocidos y no conocidos que son definidos a partir de la derivación de los primeros, entonces se presume ese hecho desconocido se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas y esos hechos presumidos pueden ser iuris et de iure - de derecho- que no admiten prueba en contrario y iuris tantum, es decir que admiten prueba en contrario. Para tener por cierta la filiación matrimonial, marital y diversa a esas uniones, debe probarse el

concebido al interior de un matrimonio, una unión marital de hecho o relaciones ajenas a esas formas[112].

Entonces, para la filiación de los/as hijos/as que nacen al interior de un matrimonio, encontramos la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant,* referente a que los hijos/as habidos/as en el matrimonio, tendrán como padre al marido. Esa presunción tiene como soporte las obligaciones entre los cónyuges de fidelidad y el presupuesto de la cohabitación, por lo que los hijos/as engendrados/as durante esa unión se reputan del marido. Al tratarse de una presunción, el hecho conocido es el nacimiento del hijo/a del vientre de la cónyuge y el hecho que se presume es que ese hijo/a fue concebido por el marido.

Ahora bien, en Colombia la unión marital de hecho es una forma de familia constituida como comunidad de vida singular y permanente, por lo cual en la Ley 1060 de 2006 extendió esa presunción para determinar que el/a hijo/a nacido dentro de una unión marital de hecho, tiene como padre al compañero permanente[113].

Así las cosas, los hijos/as nacidos dentro de los 180 días siguientes al inicio de la convivencia de la unión marital, durante la convivencia entre los padres[114], o si nació antes de los 300 días siguientes a la disolución[115], se presume que tienen como padre al compañero permanente (art. 214 del CCC).

Por lo anterior, conforme lo dicho por Rivera (2011) para los/as hijos/as procreados en vínculos matrimoniales o en uniones maritales de hecho –para Colombia-, en principio, no

---

antecedente o hecho base, dejando por sentado que todas presunciones a analizar admiten prueba en contrario, tal como se explica a continuación.

[112] La clasificación de la filiación es relevante para fijar las reglas aplicables a su determinación (por lo que se refiere a la natural) y constitución (en referencia a la adoptiva), y para distinguir el régimen de acciones procedente, pero en nada afecta a los efectos, necesariamente iguales por prescripción constitucional. (Barber, 2013, p. 48)

[113] Según Torrado (2018) “la legislación ha ido avanzando para también acoger en esta categoría a aquellos que sean fruto de la voluntad responsable de conformar una familia, vale decir, para estos efectos específicos, que se origen en aquellas relaciones entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular, figura denominada como unión marital de hecho, según la reglamentación que sobre ella trae la Ley 54 de 1990” (p. 118).

[114] Para Torrado (2018) “siguen pendientes de resolver otros interrogantes, como saber… si para que el hijo se considere concebido durante la unión marital de hecho, ésta debe ser declara judicialmente o a través de otras formas autorizadas por el art. 1 de la Ley 979 de 2005”. (p. 120). Sin embargo, para esa problemática, en la actualidad ya contamos con la sentencia C-131/18 de la Corte Constitucional que define que para el caso de los hijos/as nacidos durante la unión marital de hecho, la contabilización del término de ciento ochenta días se empezará a contar desde cuando se acredite el inicio de la convivencia entre los padres.

[115] Art. 220 CCC.

constituye inconveniente la definición de la filiación, en tanto la ley da por sentada la filiación por el hecho de la cohabitación y la confianza entre las parejas (p. 915).

En esa medida, cuando opera la presunción, basta acudir a las oficinas de la Registraduría del Estado Civil llevando prueba del matrimonio o la acreditación de la convivencia entre los padres, para que el funcionario/a proceda a registrar la filiación paterna; no es necesario iniciar el proceso de investigación de paternidad, aun cuando el padre haya muerto luego de la concepción del hijo/a, en tanto la presunción tiene la virtud de establecer la filiación de los hijos/as engendrados/as en el seno de una familia (CSJ Exp. 19000122130000201500068 01/2015 de 1 junio). Por ello, "sabido es que los hijos engendrados por parejas unidas en matrimonio o en uniones maritales de hecho tienen a su favor, no solamente la certeza plena de su filiación materna, sino también la presunción legal de paternidad, con respecto al marido compañero permanente de la madre" (Escudero, 2013, p. 517).

Entonces, tanto para el marido como para el compañero, se precisa que esta presunción admite prueba en contrario, tal como lo regla el mismo artículo 214 del Código Civil Colombiano, por lo cual en caso de que el marido o el compañero permanente alegue no ser el padre de hijo/a, deberá acreditarlo en el marco de la acción de impugnación[116], ya sea 1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre o 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad desvirtué la presunción[117].

En Colombia, si el hijo/a no nace dentro de un matrimonio o unión marital de hecho, no existe una presunción que permita *ipso facto* registrar la filiación paterna sin la voluntad del presunto padre[118] y por ello cuando el padre no reconoce a su hijo/a como tal, se acude a la

[116] Para Gómez (2007) "se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Sin embargo, esta presunción es iuris tantum y se puede impugnar la paternidad que se ha determinado en su virtud, siendo posible privarla de efecto probando su irrelevancia" (p.171).
[117] Ver capitulo 3, aparte 1.
[118] La diferencia con el ordenamiento jurídico español, es que no se contempla la determinación de la filiación por medio de resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

acción de investigación de la paternidad[119], en donde el juez/a luego de agotar el debido proceso emite sentencia que resuelve la controversia.

La investigación de paternidad es una de las acciones de filiación, a la que se accede para que los agentes del Estado que administran justicia realicen un conjunto de actividades tendientes a averiguar la existencia o inexistencia del nexo biológico de generación entre dos personas (Ales 2012, p. 258) y en la que a mi parecer, también deberían procurarse restablecer los lazos de afecto, respecto, solidaridad, comprensión y protección, por tratarse la filiación de un derecho indisolublemente ligado al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad[120] (CC. T207/2017 de 17 abril).

Al margen de ello, según Rivera (2011), el único camino que tiene el hijo/a nacido fuera del matrimonio o de la unión marital de hecho y no reconocido por su progenitor, para exigir la definición de su filiación paterna es acudir a la acción judicial declarativa de investigación de paternidad (p. 920). En Colombia no se ha instituido una vía alterna que resuelva este conflicto[121].

Pues bien, la acción de filiación en Colombia está encaminada a conocer la verdad biológica, tal como lo reconoce la Corte Suprema de Justicia el 31 de agosto de 2010[122], al expresar que: "el estado civil comporta el derecho a la certeza del origen genético, verdad de procedencia, familia e identidad genuina y, por ello, según el precepto, la acción de reclamación es imprescriptible para que las personas determinadas y legitimadas normativamente puedan obtenerlo. Naturalmente, la filiación extramatrimonial encuentra venero en la relación biológica afianzado el nexo genético entre la madre, el padre y el hijo. No obstante, tratándose de la paternidad extramatrimonial es menester su declaración judicial, momento a partir del cual se adquiere el status o calidad jurídica de padre, el reconocimiento jurídico del vínculo biológico del padre con el hijo y la certidumbre de la

[119] "Tal como lo define el Estudio SAARIO, mientras que la filiación de hijo matrimonial está dada por el hecho objetivo de alumbramiento de mujer casada, para los hijos no matrimoniales es necesario, de no darse el reconocimiento voluntario, acudir a los estrados judiciales (Ales, 2012, p. 52).
[120] Artículo 7 y 8 de CDN.
[121] El Código Civil Español "contempla tres modos de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial y uno judicial. Los primeros incluyen al reconocimiento voluntario, el expediente registral del artículo 49 LC y la inscripción de la filiación materna dentro de plazo. La vía judicial concluye en el dictado de una sentencia que establece la relación de generación con plenitud de efectos en impugnación¨ (Ales, 2012, p. 338).
[122] Expediente 05001-3110-008-1994-04370-0. Ver también CSJ sentencia de 9 de julio de 2008, Exp. 11001-3110-011-2002-00017-01.

relación paterno filial (artículo 60, D. 1260 de 1970), a contrariedad de la maternidad donde el nacimiento determina de suyo la certeza de la relación biológica materno filial (art. 1º Ley 45 de 1936, cas. sentencia 30 de noviembre de 2006, exp. 0024-2001[SC-170-2006]). A este propósito, la Ley 45 de 1936, partiendo del derecho de todo hijo extramatrimonial para reclamar y establecer la paternidad, reguló la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, consagrando hipótesis taxativas para su determinación y declaración judicial" (p. 5).

Para que el Estado declare la paternidad, debe probarse uno de los siguientes hechos establecidos en el artículo 6 de la Ley 75 de 1968; así:

1. En el caso de rapto o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción. Para ello, se requiere probar que el nacimiento sea fruto del hecho delictivo de rapto o violencia que el nacimiento sea entre los ciento ochenta días subsiguientes a la concepción y no mayor a los 300 días (artículo 92 del Código Civil).

2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio. En este caso la concepción se genera por la persuasión del hombre a la mujer de manera engañosa para doblegar su voluntad, bajo el temor de tomar represalias en caso de no acceder a sus deseos o bajo la promesa de unirse en matrimonio.

3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad. Para ello es necesario que quede plenamente acredito que quien suscribe el documento es el demandado y que en aquel quede consignadas expresiones de las que se infiere que acepta ser el padre de quien se demanda la filiación.

4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción. Esta causal está dispuesta para aquellas relaciones consentidas por la mujer, a las que accedió de manera libre y sin ningún tipo de coacción o engaño.

5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto. Por la dificultad que puede generarse el probar las relaciones sexuales (causal 4) el legislador dispuso que también podría presumirse la paternidad en caso de probar que

durante el embarazo y parto el demandado visitó a la madre estando en gestación, la acompañó a los controles médicos, adquirió bienes y servicios para el parto, etc.

6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo/a[123]. Para la posesión notoria se estructura en tres elementos: 1- que el trato social dado a hijo/a y/o a la madre, ante la sociedad, sea la de un padre de familia. 2- que la sociedad tenga de manera irrefutable la relación entre padre e hijo/a proyectada a partir de la vivencia y el compartir que expresaban en público. 3- Que esas expresiones del padre, mínimo hayan sido por cinco años.

Recogiendo las anteriores causales, en la investigación de paternidad debe probarse el hecho del rapto, seducción, relaciones sexuales, confesión, trato personal y social o la posesión notoria, para efectos que el juez/a deduzca de ese hecho la filiación. Si cualquiera de esos hechos no llegaré a probarse, simplemente no existirá hecho conocido alguno, del cual pudiera inferirse razonablemente la paternidad y de contera no queda más que negar las pretensiones de la demanda de investigación de paternidad.

Con la expedición de la Ley 721 de 2001, que exige la práctica de la prueba de ADN, en los litigios de investigación de paternidad, se ha desviado el debate probatorio respecto de las presunciones mencionadas para concentrarse en los resultados de la prueba de ADN, por eso ahora no son frecuentes debates probatorios álgidos, en donde se recibían testimonios, se confrontaba a la madre y hasta se escarbaba en su vida íntima; escenario al que debía llevarse la discusión probatoria, debido a que la naturaleza propia de la concepción "casi siempre escapa a la mirada de los demás y de ahí que probarlo era obra verdaderamente difícil, sin contar con que en algunas veces su obtención podría resultar escandalosa e inmoral. En condiciones tales, era apenas obvio que muy pocas paternidades pudieran establecerse por ese medio, siendo cada día más el número de personas que quedaban abandonadas a su propia suerte ante la dificultad suma de conseguir semejante probanza, entre otras razones porque el propio interesado, el hijo/a, por razones obvias no podía tener

[123] Según la Corte Suprema de Justicia "la posesión notoria del estado de hijo… se edifica sobre la base de la conciencia más o menos uniforme y generalizada que el presunto padre ha generado a la comunidad, cuando despliega, durante un lapso prolongado y relevante, aquellas acciones que usual y razonablemente resultan indicativas de la asunción de dicha calidad respecto del hijo y que, por lo mismo, originaron y suscitaron espontáneamente la mentada creencia a lo largo del ámbito social correspondiente, hasta convertirla en una situación tan nítida, palpable y obvia que se da por descontada como cierta por parte de los miembros de la colectividad". CSJ. Exp. 6861 de 3 de octubre de 2003.

más que un conocimiento histórico de lo acontecido con antelación a su concepción". (Escúdelo, 2013).

Sin embargo, se aclara que las presunciones para declarar la paternidad siguen vigentes pero el debate probatorio ha variado ostensiblemente, pues hoy "el juzgador tiene en la actualidad a su alcance valiosos instrumentos derivados de los avances científicos que le permiten reconstruir la verdad histórica, esto es la paternidad biológica, por supuesto, que si las pruebas genéticas permiten no solo excluir sino incluir con grado cercano a la certeza la paternidad de un demandado resulta patente su relevancia en la definición de esa especie de litigios, obviamente, sin dejar de lado las causales de paternidad que contempla el artículo 6 de la Ley 75 de 1968" (CSJ. Exp. 1300131100052002-00451-01/2009, de 29 julio).

En ese mismo sentido, Gallo (2015) resalta que "en Colombia… desde el punto de vista procesal aun existiendo la prueba biológica de ADN, en los procesos de filiación es necesario invocar una de las mal llamadas "causales de paternidad extramatrimonial" (p. 66), que no considero desatinado, pues dentro de los hechos de la demanda, se le expone al juez/a la manera que se dio el trato personal entre la madre y el demandado, la época del mismo y de la concepción, que servirían, v.gr. en caso de no haber sido posible recoger la prueba de ADN, para que el debate probatorio que se haga en juicio se centre en la acreditación o no de esos hechos.

Al margen de ello, no se discute que el avance de la ciencia ha permitido dar celeridad al proceso de filiación, pues con ello se introduce una herramienta de indiscutible rigor científico, hasta el punto que frente a ese medio de convicción se ha precisado que la discusión o problema que se presentaría es respecto a la mismidad de las muestras genética, pues dependen de la labor humana, en tanto, v.gr., los errores humanos en la cadena de custodia pueden variar los resultados, de allí que los mismos estén sometidos a refutación por las partes (artículo 386 del CGP), con el propósito de que repose en el expediente los resultados que llanamente arroje la genética sobre el vínculo filial.

Al contar con los resultados de la prueba de ADN y practicadas las demás pruebas, corresponde al juez/a determinar la filiación, pues considero que el mero resultado del dictamen de ADN no define el parentesco (CC. C476/2005 de 10 mayo), como tampoco la mera sentencia ordenando las modificaciones en el registro civil, restablece las relaciones

filiales, por lo cual luego de acreditarse el vínculo filiatorio, propongo que sería del caso ocuparse de la manera como el Estado propiciaría la realización de las relaciones familiares, para que el hijo/a pueda disfrutar del apoyo, solidaridad y amor de sus parientes (art. 44 C.Pol.).

2. Preámbulo de estudio de la Investigación de la Paternidad España:

Por su parte el artículo 115 del código civil español señala que la filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia en firme, por ello si el hijo/a nace dentro del matrimonio, la filiación queda determinada. En esa medida, al igual que en Colombia, se aplica la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant.* Dicha presunción está establecida en el artículo 116 del Código Civil Español y otorga la posibilidad de desvirtuar dicha presunción, acreditando imposibilidad de haber engendrado al hijo/a (Lasarte, 2014).

Sobre las uniones maritales de hecho o de vida permanente de parejas, ya dijimos que en Colombia con la ley 1060 de 2006 se extiende la presunción de paternidad matrimonial a los hijos/as de compañeros permanentes, sin embargo, “el panorama en la legislación española es diferente. El Código Civil Español no extiende la presunción de paternidad a los hijos de parejas de hecho”. (Gallo, 2015, p. 58).

De hecho, Fernández y Verdera (2018) señalan que “no se ha planteado la posibilidad de una presunción extrajudicial de paternidad no matrimonial derivada de la convivencia (p. 3).

Al respecto, se dice por Gallo (2015) que “la diferencia radica en que en Colombia la Constitución Política de 1991 reconoció expresamente en su art. 42 que la familia se podía constituir “…por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla…” a diferencia de lo que ocurre en España, en donde, no obstante, no existir un pronunciamiento expreso en la Constitución de las uniones no matrimoniales, según una parte de la doctrina y algunos pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, su reconocimiento constitucional encuentra justificación: en el art. 10 que habla del libre desarrollo de la personalidad, en el artículo 39 que se refiere en forma genérica a la familia y finalmente en el artículo 32 según interpretación del T.C en forma negativa, del derecho a no contraer matrimonio. (p. 56).

Ahora, si la filiación paterna se establece producto de la aplicación de dicha presunción, para los hijos nacidos en el matrimonio, en España, y para los hijos nacidos en el matrimonio o unión marital de hecho, en Colombia, no sería necesario, en principio[124], acudir a la acción de investigación o de reclamación de la paternidad[125].

Para el ordenamiento jurídico español, para la filiación de hijos/as no nacidos en el matrimonio, "es algo más compleja que la de la matrimonial, debido, sobre todo, a la ausencia de presunción de convivencia y cohabitación sexual entre los progenitores" (Gómez, 2007, p. 122).

Al respecto, el artículo 120 del Código Civil Español[126] establece que la filiación no matrimonial paterna quedará determinada legalmente cuando hay por la declaración conforme, reconocimiento, resolución que se genera cuando el hijo se halle en posición continua de tal estado[127] y sentencia[128].

En relación a ello, anoto que se puede determinar la filiación no matrimonial mediante resolución recaída en expediente gubernativo tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil cuando se presente uno de los siguientes hechos: -que el padre o la madre reconozcan la filiación mediante escrito indubitado. –cuando exista posesión continua de estado de hijo/a. –cuando se pruebe los elementos que integran la maternidad. En Colombia no existe esta forma de determinar la filiación pero los supuestos enunciados servirán como medios de prueba dentro de un proceso judicial donde se pretenda impugnar o reclamar la filiación, y el modo de determinación de filiación no matrimonial, será la sentencia (Gallo, 2015, p. 207).

---

[124] "En cuanto a la filiación matrimonial, resultará necesario su ejercicio, además de (sic) para reclamar la maternidad, para la paternidad cuando el hijo haya nacido fuera de la vigencia de la presunción de paternidad marital, después de los trescientos días siguientes a la separación judicial o de hecho de los cónyuges, y no se cuente con el consentimiento conjunto de ambos previsto en el art. 118 CC. (Barber, 2013, p. 242).

[125] "La reclamación de la filiación matrimonial es un supuesto residual, de muy escasa incidencia en la jurisprudencia, exactamente lo contrario sucede con la no matrimonial, supuesto estrella en cuanto a litigiosidad, mediando o no una filiación contradictoria". (Barber, 2018, p. 6)

[126] Modificado por la Ley 19/2015.

[127] Según Gómez (2007) no se trata de una declaración judicial de filiación, pues lo que hace el juez/a es aprobar el expediente, como forma de reconocimiento de las pruebas de filiación de la posición de estado (p. 127).

[128] "La Constitución de 1978 recoge el precepto fuente de la libre búsqueda de la verdad biológica en el ordenamiento jurídico español, al establecer en su artículo 39 CE de la libre investigación de la paternidad y obligación de proteger integralmente a los hijos, así también al artículo 96.1 CE incorpora los elementos como el artículo 7 de la Convención de Derecho del Niño sobre el mismo aspecto" (Ales, 2012, 257).

Otra manera, es partir de la acción de reclamación de la paternidad que está dispuesta en España como un mecanismo judicial en la que el/a demandante busca que por sentencia[129] se determine la filiación[130]. “El Código contempla una única acción de reclamación, según resulta de la identificación de objeto de su pretensión: la declaración judicial de la realidad de hecho de la generación” (Barber, 2013, p. 140).

Para Gómez (2012), las acciones de reclamación en España podrían definirse como aquellas que tienen por objeto obtener de los Tribunales un pronunciamiento relativo a la determinación filiación, bajo este propósito son “acciones positivas que buscan la afirmación de la paternidad o maternidad. Pueden ser de reclamación stricto sensu y buscar el establecimiento judicial de la filiación, o meramente declarativas de la existencia y validez de un título de determinación de la filiación” (p. 160).

Para superar las antiguas reglas dadas por el Código de Napoleón y estar a tono con la DUDH, con la CE de 1978 y con la Reforma del CCE en 1981, el ordenamiento jurídico español establece el principio rector de libertad de investigación.

Para constatar estos cambios, en la CE se alude “en su artículo 14 la igualdad ante la Ley de todos los españoles, sin que pueda existir discriminación por razón de nacimiento, la CE recoge, en su artículo 39, entre los principios rectores de la política social y económica, el más importante principio informador en materia de filiación de nuestro ordenamiento, introduciendo la protección a la familia, y concretamente la protección a los hijos independientemente de su filiación y a las madres independientemente de su estado civil, mencionando también la obligación de los padres de prestar asistencia a sus hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y haciendo referencia expresa a la posibilidad de investigar la paternidad” (Gómez, 2007, p. 165).

---

[129] “El valor fundamental del art. 115 Cc radica en contraponer la vía judicial de determinación de la filiación matrimonial, en sentencia en firme civil o penal, de la extrajudicial y habitual, servida por la presunción” (Barber, 2013, p. 130). Sobre la sentencia emitida en el marco de un proceso penal, nos referiremos con posterioridad.

[130] “La constatación en el ámbito del Derecho del hecho de la paternidad se realiza mediante los llamados “medios de determinación de la filiación” que… son la presunción de paternidad matrimonial (también conocida como presunción pater is est), el reconocimiento, la resolución recaída en expediente registral y la sentencia en firme” (Quesada, 2012, p. 25). En igual sentido ver Fernández y Verdera, 2018, p. 10.

Para llegar al escenario judicial de la reclamación de paternidad, aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo. Asi las cosas, a diferencia de Colombia, "si bien no se habla de presunciones de paternidad extramatrimonial, el art. 767.3 de la Lec recoge ciertos hechos, que pueden ser presunciones en sentido procesal y muy indirectas. A partir de ellos se puede deducir quien es el padre; igualmente se puede invocar uno solo o varios de aquellos". (Gallo, 2015, p. 118).

Como anotamos, entre los hechos a partir de los cuales puede inferirse la paternidad, en España se ha dado preponderancia al referente de posesión de estado, sin duda para definir el litigio de paternidad, el ordenamiento jurídico español prefiere privilegiar la posesión de estado, al punto que "su presencia aconseja facilitar la adecuación de la filiación formal a la vivida, mediante la imprescriptibilidad de la acción, aun en presencia de una filiación contradictoria ya determinada. Y el carácter personal de la filiación también inclina a limitar en este caso la legitimación a progenitores e hijo[131]. (Barber, 2018, p. 5).

Conforme al artículo 131 del CCE cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. El art. 132 del mismo código complementa que "a falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial… corresponde al padre, a la madre o al hijo".

Por su parte el art. 133 CCE dispone que "1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare mayoría de edad o recobrare capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a

[131] Por la relevancia de la posesión de estado para las acciones de filiación en España, Barber en el año 2013 anotó que "el juez no homologa la posesión de estado estableciendo la filiación correspondiente, sino que se sirve de ella, como prueba presuntiva, para establecer en sentencia la filiación". (p. 112). Sin embargo, en el año 2018, agrega que "la demostración de la posesión de estado comportaría la determinación de la filiación concorde con ella, elevando aquella prácticamente (mediando, eso sí, la homologación o constatación judicial de su existencia) a la condición de título de determinación de la filiación". (p. 3).

sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. 2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida".

De la lectura del texto normativo, resalto la relevancia que en España se da a la posesión de estado, ya que la caducidad de la acción y legitimidad de la acción de reclamación[132] depende de la existencia o no de posesión de estado; en caso de que haya posesión de estado cualquier persona puede incoar la acción, pero si no hay posesión de estado, la ley hace la diferenciación entre filiación matrimonial y no matrimonial[133]; en el primero de los casos, se faculta a demandar al padre, madre e hijo/a y es imprescriptible y en el segundo de los casos, se legitima al padre y a la madre, concediéndoles el término de un año, y para el hijo/a es imprescriptible, en caso que sea quien demande[134].

Pero, ¿qué es la posesión de estado en el ordenamiento jurídico español? ¿Cuáles son sus elementos?

Barber (2013) en su obra, denominada la Filiación en España, define la posesión de estado como "el concepto público en que es tenido un hijo en relación a su padre, basado en los actos públicos sostenidos por éste o por su familia hacia aquél, demostrativos de su voluntad de haber (sic) el hijo como propio" (p. 112).

El mismo autor, nos ayuda identificando los elementos de posesión de estado, afirmando que son tres y que corresponden a "*nomen, tractatus* y fama. El primero consiste en el empleo

[132] Y de impugnación también, como lo veremos en el capítulo III de esta obra.

[133] "De modo que no es la consideración social de los hijos no matrimoniales la razón aducida por el legislador para ese diferente régimen, sino el dato objetivo de la certeza de la paternidad ligada a los derechos y deberes de los cónyuges. Contra la relevancia de esa diferente consideración social se alzaba ya la incontestable igualdad de efectos de todos los hijos, dada la reforzada interdicción de discriminación por razón del origen de nacimiento. Además, el descubrimiento de la verdad biológica perseguido en las acciones se atempera con límites, como el principio de prueba y la posesión de estado, que defiende la estabilidad del hijo "cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco". (Barber, 2018, p. 6).

[134] Barber (2018) critica la reforma hecha a la Ley 11/1981, en el año 2015, Ley 26/2015, de 28 de julio, anotando que "sigue en pie la compleja regulación de las acciones de filiación procedente de la Ley 11/1981, basada en la doble distinción entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, y la existencia o no de posesión de estado, con relevantes efectos sobre la legitimación activa y los plazos de las diferentes acciones". (p. 1).

habitual por el hijo de los apellidos del progenitor, aunque obviamente no cuente con ellos inscrito en el Registro. El *tractatus* representa el elemento interno y viene dado por la relación de filiación. Esto es, la asunción por el padre de las necesidades económicas y afectivas del hijo, bien directamente bien sufragando su satisfacción por terceros (alimentos, educación, sanidad). Aun siendo el elemento interno, la apariencia presente en todo concepto posesorio requiere de cierta publicidad, o al menos exteriorización de tales actos. Y la fama o *reputatio* constituye el elemento externo, la situación de apariencia creada que denota a los terceros, al entorno social, la relación de filiación existente". (Barber, 2013, p. 113).

Otro aspecto a tener en cuenta para la alegación de la posesión de estado, es que "la posesión de estado sea constante, debiendo entender por ello que no debe ser interrumpida ni contradicha por posesión de estado distinta de aquella cuya filiación se pretende" (Gómez, 2007, p. 169).

Claro está, la intensidad con la que deben acreditarse los elementos la posesión de estado, se analizan caso a caso por la jurisdicción, reconociendo que en cada asunto varían las circunstancias[135], v.gr., la publicidad de la relación y el término temporal, modulando la exigencia de los elementos expuestos en función del caso concreto, admitiendo "que no sean muy numerosos, ni practicados absolutamente con plena publicidad" y que habrá de ser "variable según los casos, sin que sea incompatible con alguna interrupción, y no requiere, necesariamente, una existencia actual al momento de ser invocada, siendo suficiente su constancia en un próximo pasado". (STS 20 mayo 1991, RJ 3714).

Por todo lo dicho se concluye que "la posesión de estado… constituye una afirmación que por repetida se ha hecho tópica entre la doctrina… incrementó considerablemente la importancia otorgada a la posesión de estado en la regulación española de filiación. Ello le habría dotado de cierta originalidad, y habría supuesto la incorporación, en una institución jurídica con implicaciones personales, del elemento sociológico o de hecho" (Barber, 2013, p. 110).

[135] Barber (2013), aconseja que "no debe olvidarse que la consideración más flexible de la posesión de estado beneficia al hijo" (p. 114).

3. Procedimiento de la Acción de Investigación de paternidad o maternidad.

3.1 Colombia

Han sido varios los procedimientos dispuestos para ventilar en los estrados judiciales la investigación o impugnación de paternidad o maternidad. En relación a ello, como antecedente histórico, tenemos que en la sentencia del 23 de enero de 2012 de la Corte Suprema de Justicia[136], se aclaró la vía judicial que había en Colombia que seguir para la determinación de la filiación, dependiendo de quién interpone la demanda, sea mayor o menor de edad.

Las diferencias que se establecían entre el proceso de investigación de paternidad a favor de un menor de edad y el de un adulto, surgieron con la modificación de la Ley 721 de 2001, la cual reguló el proceso especial de investigación de paternidad, como un trámite expedito para la investigación de la paternidad o maternidad instaurados a favor de un menor de edad, en el cual se concedía al demandado el término de traslado de diez (10) días, vencido el cual se ordenaba la práctica prueba de ADN; en caso de que dicho dictamen quedase en firme y de no haber otros temas que debatir, se facultaba al juez/a a expedir sentencia, sin necesidad de recoger otros medios de prueba.

Por otro lado, para la investigación de paternidad o maternidad de un mayor de edad[137], el trámite se guiaba por el proceso ordinario del Código de Procedimiento Civil, caracterizado por su lentitud y hasta su paralización. Con la admisión de la demanda se ordenaba un traslado al demandado por veinte (20) días, luego había que resolverse las excepciones previas, fijación de litigio, control de legalidad, decreto las pruebas, entre ellas el dictamen de ADN; después de recibir los resultados, se daba el traslado de rigor, para continuar con la audiencia del art. 101 del CPC[138]; luego se concedía el término de ocho (8) días para alegatos de conclusión y surtido ese trámite, pasaba a despacho para sentencia.

[136] Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: FERNANDO GIRALDO GUTIERREZ. Rad. 1100102030002011-02734-00. 23 de enero de 2012.
[137] O para la impugnación de paternidad o maternidad.
[138] Norma derogada por el CGP.

En el año 2010, en Colombia se expide la Ley 1395, la cual tuvo como propósito preparar a los operadores jurídicos a la transición hacia el trámite de la oralidad; derogó el proceso especial establecido en la Ley 721 de 2001 y atemperó el trámite de filiación a las disposiciones generales del proceso verbal.

Hoy, con el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, vigente en el tema desde el 1 de enero de 2016, se conserva la propuesta de un solo proceso de filiación, tanto investigación como impugnación, para mayores y menores de edad; se dispone que dicho proceso será declarativo, verbal, en el cual no será necesaria la prueba de ADN cuando el demandado no se oponga a las pretensiones, exceptuando los casos de impugnación de filiación de menores de edad; agrega que se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda, en caso de que el demandado no se oponga a las mismas, o cuando el resultado de la prueba de ADN sea favorable al demandante y la parte demandada no solicite un nuevo dictamen.

Al respecto, tenemos que el artículo 386 del Código General del Proceso establece la acción de investigación de paternidad, como un proceso verbal, en el cual el juez/a debe procurar por todos los medios posibles determinar si el demandado es el padre del/a demandante.

Así también, el Código General del Proceso dejo vigente de la Ley 721 de 2001 la disposición referente a que en todos los procesos para establecer paternidad, el juez/a, aún de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior a 99.99%; a su turno el art. 386 del CGP indica que esa orden la impondrá desde el auto admisorio y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad alegada.

Entonces, desde la admisión de la demanda, el juez/a debe señalar fecha y hora para la prueba de ADN; realizada la prueba y allegados los resultados al proceso, si el juez/a tiene otras pretensiones que resolver, practicará las pruebas, de lo contrario proferirá sentencia.

Un asunto relevante sobre la materia, es el contemplado en el art. 386 del CGP que establece que si el demandado no se opone a las pretensiones filiatorias[139], se procederá a declarar sentencia de plano; ante ello, considero que no hay que olvidar en los asuntos de

[139] Sin perjuicio de que el juez/a pueda decretar pruebas en el caso de impugnación de la filiación de menores de edad.

investigación, la obligación del juez/a de definir la verdadera filiación, por lo cual debería tornarse insuficiente la no oposición del demandado, en tanto, puede tratarse de un reconocimiento de complacencia avalado por el/a juez/a, frente al cual pueden surgir posteriores acciones ante la duda preexistente del verdadero vínculo filial.

Apoyo mi postura en la tesis que ha sostenido la Corte Constitucional Colombiana, aun antes de entrar en vigencia el CGP[140], referente a que "como regla de imperativo cumplimiento para todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad la prueba pericial sobre las características heredobiológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre (…) siempre que se haya localizado al hombre demandado, el juez/a natural deberá obtener sin excepción la mencionada prueba pericial". (CC T-346/2002 de 9 mayo).

Aclaro que si bien esa sentencia es anterior a la expedición del CGP, no hay que pasar por alto los propósitos constitucionales que van atados a la acción de filiación y que la exigencia "en todos los procesos sobre filiación, ya sea de reclamación o de impugnación de la misma, la práctica de pruebas biológicas, ya sea a instancia de parte, ya de oficio por el Juez, en caso de no haberse solicitado por las partes contendientes. Es más, debería quizás llevarse a la práctica incluso en aquellos casos en que la actitud del demandado sea la de allanarse y no oponerse a la demanda sobre filiación… sólo así se puede garantizar de la manera más precisa posible la coincidencia de la sentencia con la verdad material, y sólo así se protege adecuadamente el derecho a la tutela judicial efectiva de todos aquellos que no intervinieron en el proceso concreto como partes, pero se van a ver afectados por el mismo (Ruiz-Rico y Castaño, 2015, p. 14).

Ahora bien, pasando al tema de las pretensiones de la investigación de paternidad, además de tener como requerimiento la declaración de paternidad o maternidad, es viable solicitar la fijación de cuota alimentaria y custodia.

El artículo 88 del Código General del Proceso establece que la acumulación de pretensiones puede darse cuando se trata de asuntos que se ventilen en la misma clase de procedimientos, que sea el mismo juez/a competente para conocerlos y que las pretensiones no sean excluyentes a menos que se propongan como principales y subsidiarias.

[140] Esa circunstancia no hace inaplicable el precedente, pues la Corte lo ha sustentado desde el derecho convencional, que no ha variado sobre el tema.

Recordemos que el proceso de filiación, es un proceso verbal, mientras que los asuntos de alimentos, visitas y custodias son de naturaleza verbal sumaria (art. 390 CGP), por lo cual podría concluirse que no podría acumularse la pretensión de declaración paternidad, con la fijación de cuota alimentaria, custodia y visitas, por tratarse de procedimientos diferentes.

Sin embargo, el numeral 6 del artículo 386 del Código General del Proceso autoriza a hacer la acumulación de pretensiones, al señalar que *"cuando además de la filiación, el juez tenga que tomar medidas sobre visitas, custodia, alimentos, patria potestad y guarda, en el mismo proceso podrá…. decretar las pruebas pedidas en la demanda…".*

En atención a que con la investigación de paternidad no solo se pide la inclusión de los datos del padre en el registro civil, sino la definición de los derechos consecuenciales, si en la contestación de la demanda o en cualquier estado del proceso, el demandado reconoce la paternidad, no debe procederse inmediatamente a terminar el proceso, pues en los términos del artículo 386 del Código General del Proceso, el juez/a debe llamar a audiencia para resolver las demás pretensiones.

Otro punto que se destaca es que la investigación de la paternidad y en general, las acciones de filiación son competencia del juez/a de familia en primera instancia, lo cual trae como garantía el recurso de apelación, en contra de los autos que enlista el artículo 322 de Código General del Proceso y de la sentencia.

De hecho, por tratarse de una cuestión relacionada con el estado civil, el parágrafo del artículo 334 de Código General del Proceso consagra para las acciones de filiación el recurso de casación.

Sobre los recursos que surten en la investigación de la paternidad, anoto que el proceso de filiación es de primera instancia, mientras que el de custodia, alimentos y visitas es de única instancia, por lo cual las decisiones que en estos últimos procesos se profieran no pueden ser apeladas, sino que solo admiten el recursos de reposición y la sentencia no admiten recurso alguno, por ser de única instancia; empero, en un proceso de filiación, en el que también se pretende alimentos, custodia y visitas a la filiación, en muchos casos el juez/a de segunda instancia, en apelación, deberá pronunciarse sobre custodia, alimentos y visitas.

Además, aclaro sobre el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, que exige agotar el requisito de procedibilidad para los litigios de alimentos, visitas y custodia[141], que si las pretensiones de alimentos, visitas y custodia se acumulan a la de declaración de paternidad, no es necesario agotar el requisito de procedibilidad, pues cómo llamar a conciliar a una persona que no tiene declarado o reconocido el parentesco; lo que si puede hacerse es citarlo para realizar la diligencia de reconocimiento voluntario y en caso de que se celebre con éxito, se prosigue con la conciliación de alimentos, visitas y custodia.

Sea del caso precisar que la diligencia de reconocimiento voluntario no es un requisito de procedibilidad, por lo cual se puede acudir directamente ante el juez/a solicitando la declaración de paternidad o maternidad y de encontrar probada dicha pretensión, junto con los alimentos y el régimen de visita y custodia.

Pese a esas incidencias, particularmente estoy de acuerdo con que en el mismo proceso de investigación de paternidad, se permita la acumulación de la pretensión de alimentos, custodia y visitas, pues si bien, estos temas son muy variados en sus debates y probatoriamente, deben conocerse y decidirse por el juez/a en el mismo proceso, no solo para evitar un litigio posterior y someter al grupo familiar a otros procesos judiciales, sino también porque el art. 386 del CGP organizadamente enseña que la concentración del proceso en su parte inicial es sobre la determinación de la paternidad; que de acreditarse, abre la puerta para que se surta la subsiguiente, de convocar a audiencia para dar la oportunidad a las partes que prueben y aleguen los temas consecuentes a la paternidad, como son alimentos, custodia y visitas; audiencia que considero debe realizarse de acuerdo a las previsiones del art. 107 y 372 del CGP, que nos hablan sobre la ritualidad de las audiencias en el sistema oral y las formalidades previas a ello.

En razón a lo dicho, recomiendo que, tanto en el escrito de la demanda, como en la contestación, se prevea esa etapa subsiguiente a la posible acreditación de la paternidad; pues en la práctica, por regla general, en esa parte escritural del proceso, las partes se concentran es en solicitar la prueba de ADN –por no decir exclusivamente-, pero no en pedir el decreto y práctica de los testigos y demás pruebas que deben surtirse en ese mismo proceso, para definir los alimentos, custodia y visitas; con el agravante de que les precluye la

[141] Es decir, que no se puede acudir directamente ante el juez/a de familia con esas pretensiones, en tanto se debe primero agotar la conciliación como forma de resolver de manera alternativa los conflictos.

posibilidad de pedir pruebas, pues conforme al núm. 6, art. 82, art. 84, núm. 4 art. 96, art. 370 y núm.1 art. 386 del CGP el momento que las partes tienen para solicitar pruebas, es con la presentación de la demanda, contestación y traslados de las excepciones.

Por fortuna, conforme al art. 169 del CGP, el juez/a colombiano puede decretar pruebas de oficio y aún más, si la parte demandante no solicitó la acumulación de la pretensión de alimentos, custodia y visitas, el juez/a también tiene la potestad oficiosa de pronunciarse sobre ellas, en ejercicio de las facultades *extrapetita* conferidas en el art. 281 del CGP. Y digo por fortuna, porque en la mayoría de los casos, los trámites de investigación de paternidad, se instauran a favor de menores de edad, para quienes el derecho al cuidado, visitas y alimentos, se torna en un derecho fundamental, conforme al art. 44 de la C.Pol., que si no fueran por las funciones oficiosas conferidas al juez/a[142], esos derechos fundamentales se dejarían a la voluntad de las partes, lo cual, como vimos en el capítulo 1, implica un riesgo de desprotección a los hijos/as, siendo que hay un interés superior que defender y es el de los niños, niñas y adolescentes.

Por esa misma razón defiendo que más allá de esas pretensiones, que comúnmente se ventilan en la acción de investigación de paternidad, debería ampliarse el escenario judicial para también adentrarse en el fortalecimiento familiar, pues identifico que hay una protección restringida e insuficiente al hijo/a, en el sentido que se está desconociendo las necesidades sico-afectivas del hijo/a, y porque no, también del padre; puesto que con la definición del estado civil, se está insertando un nuevo ser como miembro de la familia, lo cual conlleva a tocar las fibras más íntimas de la familia y del ser humano, dimensión iusfundamental que el Estado debe considerar para propender por la protección integral, unidad familiar y dignidad, a partir de la adopción de medidas positivas hacia el restablecimientos de las relaciones entre los parientes.

Al interior de la familia, si bien existen necesidades económicas que deben suplirse, también existen necesidades emocionales que deben atenderse, empero por ahora en el proceso de investigación de paternidad, si se acredita el parentesco, se procede a fijar la cuota alimentaria que recibirá el progenitor o progenitora que tiene a cargo el hijo/a y se archiva la actuación. Es decir que en el procedimiento no se ha contemplado la posibilidad de brindar a

[142] De las cuales hablaremos más detenidamente en el capítulo 5 de esta obra.

la familia la opción de acompañamiento emocional que puede otorgarse con profesionales idóneos, que concienticen a que padre y madre, sin estar unidos en una relación sentimental, construyan una relación de padre y madre frente a un mismo ser, a quien juntos deben apoyar en su crecimiento y desarrollo de su personalidad e identidad.

Al respecto, establecer el régimen de visitas contribuye a esa labor, pero en muchos casos no es suficiente, no solo porque con frecuencia no se cumplen, ya sea que uno o los dos progenitores se niegan a que hijo/a comparta con su padre o madre, sino también en muchos casos no están preparados para comprender la magnitud de la importancia que tiene que el hijo/a comparta con padre y madre, que aprenda de ambos y que reconozca en los dos la autoridad.

Si la comunicación, acuerdos de crianza, de cuidado y responsabilidades de los progenitores no se ha concretado por los propios medios personales, sin que pueda, de parte de madre o de parte de padre, obtenerse el cumplimiento de las medidas tendientes a restablecer los derechos del hijos/a al afecto, apoyo, aceptación y amor, el Estado debe intervenir sobre esos aspectos en el proceso de investigación de paternidad, desde el momento en el que se acredita el parentesco, con el propósito de proveer a la familia herramientas para potenciar sus recursos afectivos, de solidaridad y unidad, con miras a que sus miembros puedan resolver futuros inconvenientes mediante la autocomposición, lo que evitará inagotables litigios y sobretodos redundará en la protección integral del hijo/a.

Al respecto, propongo que se legisle sobre una etapa adicional del proceso de investigación de paternidad, direccionado por el juez/a de familia y en el que deban participar otros agentes del Estado, como la Procuraduría de Familia[143] o Personería[144], Defensoría de Familia, su equipo sicosocial[145], integrado por profesionales en psicología y trabajo social, el sector salud, etc, para que se encarguen de formular estrategias de co-crear lazos familiares, conforme lo recomienden las ciencias sociales[146] y se haga seguimiento sobre la manera cómo el nuevo miembro de la familia se integra a la misma y de la interiorización de la

[143] Art. 95 CIA.
[144] En los lugares donde no haya Procurador/a.
[145] Art. 79 CIA.
[146] Ver RODRÍGUEZ VELA, David. la Guía para Programas De Desarrollo Familiar, Lineamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 2015. Del mismo autor ver el texto “Reconciliación Familiar” (2017). Consultar también, el modelo de “Aprendizaje Familiar y Comunitario ICBF, un referente para querer, saber y poder co-crear”. Lineamiento Técnico para la Inclusión y Atención de Familias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 2017.

decisión del juez/a. Consciente que lo mas importantes es que el nuevo núcleo familiar participe en esta etapa, lo óptimo sería una intervención conjunta, pero si no es posible, al menos sería conveniente realizar intervención individual con la madre, padre e hijo/a, en búsqueda de sensibilizar sobre la importancia de garantizar la estabilidad emocional, apoyo y apego al hijo/a y de generar una red protectora familiar. Todo ello, en cumplimiento del deber del Estado de proteger integralmente a la familia (art. 42 de la Constitución Política).

En ese orden de ideas, considero que la investigación filiatoria no puede encaminarse exclusivamente a la modificación del registro civil, sino también en la adopción de mecanismos legítimos y necesarios dirigidos a restablecer las relaciones filiales, dirigidos a proteger los derechos del hijos/as, lo cual implica ampliar el espectro de acción para materializar el derecho a tener una familia, libre desarrollo de la personalidad, dignidad e identidad, entendida también como el derecho a la vida familiar.

3.2 España.

Para el estudio del procedimiento, Verdera (2013) clasifica las acciones de reclamación en sentido estricto y en sentido amplio, señalando que si se trata de la identificación de la verdad biológica, las acciones se suelen denominar acciones de reclamación en sentido estricto y si la reclamación se justifica en la concurrencia de los requisitos de aplicación de ciertos criterios de imputación de la paternidad (por ejemplo, el hijo/a nació transcurridos menos de 300 días desde la separación de hecho de los padres; existió el consentimiento característico del reconocimiento), estas acciones se suelen denominar acciones de reclamación en sentido amplio. (Verdera, 2013, p. 1347).

En el diseño legal el art. 131 CCE se refiere a la reclamación de filiación matrimonial y no matrimonial concurriendo posesión de estado. La relevancia conferida a la posesión de estado no supone que, cuando esto ocurra, la acción tenga carácter declarativo. La acción sigue siendo una reclamación y la concurrencia de esa posición no garantiza en modo alguno la estimación de la demanda. Como consecuencia de estas acciones, se entenderá determinada la filiación por sentencia firme. (Verdera, 2013, p. 1349)

Una clave esencial para delimitar el régimen de la reclamación de la filiación en la concurrencia o en la ausencia de constante posesión de estado. Con ello se plasma uno de los principios inspiradores de la reforma de 1981. (Verdera, 2013, p. 1349) En el ámbito de la reclamación de la filiación, la concurrencia de posesión de estado de la filiación que se reclama amplía el plazo de ejercicio y aumenta los legitimados para reclamar esa afiliación. Por el contrario, la falta de esa posesión de estado reduce las personas legitimadas para reclamar esa filiación. (Verdera, 2013, p. 1350)

A pesar de ciertas críticas doctrinales, para Verdera (2013) el planteamiento del código civil español resulta razonable: concurriendo posesión de estado y existiendo estabilidad en esas relaciones familiares, esa aumente la posibilidad de reclamación, para que esa situación coincida con la paternidad determinada. Es verosímil que la filiación que se vive corresponda a la filiación real, por ello, es conveniente que la filiación jurídica se adapte a la social. Ahora bien, la trascendencia de la posesión de estado puede verse alterada de modo indirecto ya que el código civil español no define la posesión de estado ni proporciona prácticamente criterio alguno para concretar cuando ocurre y cuando no[147]. La cuestión queda fundamentalmente en manos de la valoración de los tribunales. Por ello, en función del sentido que se da a esta interpretación jurisprudencial de la concurrencia ausencia, se podrá facilitar o restringir en buena medida el ejercicio de la acción de reclamación. (p. 1351).

Para García Vicente, en razón a los principios del derecho de la acción de filiación, es "procedente y socialmente deseable atribuir alguna protección a las situaciones materiales que desenvuelven pacífica y públicamente las relaciones jurídicas, como ocurre con la posesión de estado… Me parece indudable que la posesión de estado pueda tener cierta relevancia probatoria y desde luego debe servir de título en el tráfico de la relaciones. Pero también me parece igualmente indudable que no debe sustituir a la verdad y no debe, por ello ser la clave, como lo es en el código civil en la delimitación de los legitimados y plazos de la acción de filiación". (Verdera, 2013, p. 1351).

[147] Para la STS de 6 de mayo de 1997 RJ 1997/3676, "por posesión de estado debe entenderse aquella relación del hijo con el padre, en concepto de tal hijo manifestada por actos reiterados, de forma interrumpida, continuada y pública". "situación de hecho de carácter permanente" STS de 24 de febrero de 1966 RJ 1966/815. (Verdera, 2013, p. 1352).

Ahora bien, la Ley de enjuiciamiento civil español establece que el proceso de filiación es especial, en el cual interviene el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. En estos asuntos, el Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.

Resulta interesante que en el art. 751 de la LEJ se establezca que en los procesos de filiación no se admite la renuncia, ni la transacción, similar a lo dispuesto, para el Código General del Proceso colombiano; y que el mismo art. 751 de la LEJ establezca que tampoco se admite el allanamiento, contrario a lo dispuesto para Colombia en el art. 386 del CGP que establece que en ese caso, se acogerán las pretensiones y se decretará sentencia de plano. Resulta para mi un riesgo que en Colombia, ya estando el caso a instancias judiciales, si el demandado no se opone a las pretensiones, se proceda a emitir sentencia, porque haría tránsito a cosa juzgada, impidiendo conocer si efectivamente el demandado es el padre biológico del hijo/a, lo cual podría generar nuevas discusiones de la paternidad, que no serían debatibles judicialmente. Por ello me parecer aconsejable una reforma a la ley para que en ese caso, el juez/a proceda por auto a aceptar el reconocimiento voluntario del demandado, lo cual posibilitaría en el futuro debatir la verdadera filiación paterna; o, para zanjar la problemática y definir la filiación, evitando debates judiciales sucesivos, propongo, que en caso de allanamiento, el juez/a decrete las pruebas a que haya lugar, para garantizar una verdadera investigación de la paternidad.

Al margen de ello, y continuando con el estudio del proceso en España, se tiene que el trámite de reclamación de la paternidad se sustanciará por el juicio verbal y será preferente, en caso alguno de los interesados en el procedimiento sea menor de edad o incapacitado; de la demanda se dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten[148] en el plazo de veinte días.

En el desarrollo del juicio encontramos que este comenzará practicándose las pruebas admitida; luego de practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus

[148] Ver art. 405 LEJ.

conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos.

Respecto de las pruebas, el art. 767 de la LEJ establece especialidades en materia de procedimiento y prueba para las acciones de filiación, indicando que:

1. En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. Sobre este punto, nos referiremos en el capítulo IV.

2. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

3. Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

4. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

Sobre las medidas cautelares que pueden surtirse en el proceso de reclamación de la paternidad, tenemos que el art. 768 de la LEJ dispone que mientras dure el procedimiento, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor; también podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior. De hecho, posibilita que en caso de que concurran razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y el Letrado de la Administración de Justicia mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la

procedencia de las medidas adoptadas, el Tribunal resolverá lo que proceda por medio de auto.

Estando, dentro del procedimiento, Quesada (2012) escribe sobre una interesante situación que puede acontecer en el trámite de la reclamación de la paternidad y es llamamiento o llamado a un tercero durante el proceso, para que en un solo proceso, se declare la paternidad de cualquiera de los hombres que cohabitaron con la madre en el periodo de la concepción.

De hecho, Quesada (2012) propone que cuando se duda sobre cuál de los varios hombres puede ser el progenitor, hay que pensar en la posibilidad de demandarlos a todos al principio del proceso (p. 334).

Tenemos que la *exceptio plurium concubentium,* es clásica en un proceso de reclamación de paternidad, por lo cual se hace necesario posibilitar el llamado a aquel tercero que se le señala ser el padre, para que sea posible investigar y declarar la paternidad de cualquiera de los hombres que cohabitaron con la madre en el periodo de la concepción, por lo cual todos ellos han de ser parte procesal[149] (Quesada, 2012, p. 333), sin embargo, "en el proceso no se regula expresamente en el ordenamiento jurídico español un mecanismo procesal específico para convocar a los terceros que cohabitaron con la madre" (p. 335).

Para ello, Quesada (2012) precisa que para llamar al proceso a los varones que cohabitaron con la madre en la época de la concepción, se podría invocar el art. 150.2 LEC "por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas, que según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare". (p. 336).

Y aun mas, Quesada (2012), señala que el problema que origina la *exceptio plurium concubentium* tendría solución si además de poder llamar el juez de oficio al proceso como demandados a los varones que cohabitaron con la madre en el periodo de concepción, se

[149] En el supuesto de *exceptio plurium concubentium* no hay litisconsorcio necesario (Quesada, 2012, p. 337)

pudiera recurrir a la coerción para lograr el cumplimiento del deber e estos a someterse a la práctica de la prueba biológica. (p. 337).

Estoy de acuerdo con Quesada (2012) cuando propone el llamado a los hombres que cohabitaron con la madre en el periodo de la concepción, para que en un solo proceso se determine la filiación; esta figura, sería plenamente viable en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que la Ley 1060 de 2006 (art. 6), al reformar el art. 218 del CC dispone que el juez competente que adelante el proceso de reclamación o de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad, en aras de proteger los derechos del menor de edad, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre.

Dicho lo anterior, ahora quiero referirme a otro proceso judicial que encuentro en el ordenamiento jurídico español de determinación filial, es el dispuesto en el artículo 193 del CPE que señala que "en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos"[150].

Al respecto, Gallo (2015) resalta que en el "ordenamiento jurídico español es posible determinar judicialmente la filiación no matrimonial en sentencia penal, de conformidad con el art. 193 del Código penal por delitos contra la libertad sexual, pero se considera como un pronunciamiento accesorio a la condena penal y solo procede cuando la sentencia sea condenatoria. Esta determinación de la paternidad no la contempla el ordenamiento jurídico colombiano". (p. 114).

Según Gómez (2007), esta acción es "irrenunciable por la ofendida, ya que la declaración de la paternidad se impone en beneficio de los hijos y es un derecho ajeno a la mujer… debe realizarse en todo caso…. <no> es posible declarar la filiación en un proceso penal cuando la

[150] "El Código penal vigente establece que las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual (violación, abuso…), además de los pronunciamientos correspondientes a la responsabilidad civil, habrán de contener en su caso los relativos a la filiación y la correspondiente fijación de alimentos" (Barber, 2013, p. 219).

filiación que se pretende declarar entra en contradicción con otra que está determinada legalmente. Es necesario que ésta sea impugnada previamente" (p. 176).

Yzquierdo Tolsada considera que en la determinación de la filiación en el proceso penal, el juez/a podría analizar los criterios de conveniencia para el menor de edad en la determinación de su filiación "hasta sería saludable que significara también que hay que tener en cuenta la opinión de la mujer y lo que haya de ser mejor para el nacido… <pero> la indisponibilidad de las cuestiones relativas al estado civil, así como la obligación judicial de proceder a la declaración de determinación de la filiación… contradicen tal afirmación" (Barber, 2013, p. 219).

Para Barber (2013), si en dicho proceso penal la filiación no está determinada, el pronunciamiento judicial al respecto ni es disponible para las partes implicadas, ni facultativo para el juez/a, ni depende siquiera de su solicitud por el Ministerio Fiscal. El interés público presente en la determinación legal de la filiación, su indisponibilidad y el derecho del hijo/a a ella, justifican que de forma unánime la doctrina civil y penal y la jurisprudencia así lo haya entendido. Por consiguiente, probada en el proceso penal la filiación (y ello con la misma amplitud y criterios sobre valoración de la prueba en el proceso civil), el juez/a habrá de incluir su declaración en la sentencia, y ésta será directamente inscribible en el Registro Civil conforme a lo establecido en el art. 190 RRC. (p. 220).

Estoy de acuerdo con la postura de Barber (2013) referente a determinar la filiación en el proceso penal, de tenerse demostrada al interior del trámite[151], pero propongo que en dichos escenarios debería procurarse estrategias sicosociales para la familia, sobre todo para la mujer víctima de violencia sexual, en tanto es francamente un escenario complejo, que la conformación de familia se dé a partir de un hecho violento, que trasgredió la integridad sexual de la mujer, quien luego es sometida a asimilar la decisión judicial, de tener como padre inscrito en el registro civil de su hijo/a, a su victimario. Si el Estado solo se limita a ordenar la inscripción de la paternidad en el registro del al hijo/a, pero no se toman medidas

[151] En estos casos se ha dispuesto la privación de la patria potestad, con carácter sancionador "en cuento priva al progenitor de derechos… lo determinante es que el progenitor haya sido condenado penalmente por las relaciones que dieron nacimiento al hijo/a, no que la sentencia penal determine la filiación… este supuesto posibilita que se produzca una exclusión sobrevenida de los efectos de la filiación". (Barber, 2013, p. 78).

para apoyar la superación de esa situación o al menos para sobrellevarla, diría que en la formalidad se protegió el derecho a la identidad del hijo/a, pero no tendría en cuenta la vulneración del derecho humano de la mujer a su integridad y de gozar de medidas de atención y protección como víctima de violencia sexual[152], además, estoy segura que sería muy escaso, por no decir nulo, el contacto que tenga el hijo/a con su padre, lo cual, como ya lo vimos en el primer capítulo, afectaría el desarrollo de su personalidad y puede generar traumas mentales aún mayores que la misma transgresión sexual.

4. Legitimación y oportunidad de interposición de la acción.

En Colombia están legitimados para instaurar la acción de investigación de paternidad, el/a hijo/a, la madre y el presunto padre. También lo puede el Estado, a través de sus agentes, cuando se trata de menores de edad, conforme al art. 82 del CIA, art. 95 del CIA y la Ley 24 de 1992; además que para todos esos eventos, con independencia de alegarse cualquiera de las circunstancias dispuestas en el artículo 6 de la Ley 75 de 1968, la ley colombiana no señala un término de caducidad de la acción ni prescripción del derecho, con lo cual se entiende que la acción de investigación de la paternidad, puede hacerse en cualquier tiempo, por cualquiera de los legitimados.

Al respecto en sentencia T-207 de 2017, la Corte Constitucional sintetizó que la investigación de paternidad "puede instaurarse en cualquier momento, sus titulares son los menores de edad, por medio de su representante legal, los hijos mayores de edad, la persona que ha cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público; si ha fallecido el hijo, la acción pueden ejercerla sus descendientes legítimos y sus ascendientes, y el defensor de familia, respecto de menores en procesos ante el juez de familia, con fundamento en hechos previstos en la Ley 75 de 1968".

Cosa distinta acontece en España, en donde se da preponderancia a la posesión de estado[153] para determinar quiénes pueden instaurar la acción de reclamación de la paternidad y los plazos para ello. Al respecto Ruiz-Rico (2015) establece que "cuando hay posesión de estado, <se> legitima a toda persona con interés legítimo. En cambio, si no hay

[152] Art. 2, 12 CEDAW y Ley 1257/08.

[153] "Posesión de estado no es tal, es solo un medio subsidiario (de último recurso: art. 113 CC.) de acreditar una filiación ya determinada, además de un medio de prueba para su determinación judicial (art. 767.3 LEC) y un criterio empleado por el legislador para ampliar la legitimación activa de la acción de reclamación y restringir su impugnación" (Barber, 2018, p. 3).

posesión de estado: siendo filiación matrimonial, la legitimación le corresponde al padre, la madre o el hijo (art. 132 CC); pero si es no matrimonial…le correspondía sólo al hijo" (p. 4), de manera imprescriptible, caso en el cual la madre y el presunto progenitor tienen legitimación, con un plazo de un año para ejercer dicha acción.

Para clarificar los términos para la interposición de la acción de reclamación de la paternidad, la diferencia temporal para el ejercicio de la acción cuando no hay posesión de estado, dependiendo si se trata de filiación matrimonial o no, anoto que: "la reclamación de la filiación matrimonial es imprescriptible para sus legitimados activos (art. 132.I CC), mientras que la no matrimonial sigue siendo, respecto del hijo, "durante toda su vida", y respecto de los progenitores, durante el plazo de un año, a contar desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación (art. 133.2 CC)". (Ruiz-Rico, 2015, p. 5).

Además, se tiene que en España, conforme al art. 765.1 LEC, el Ministerio Fiscal[154] tiene legitimación indistinta para el ejercicio de las acciones de filiación que correspondan al hijo/a menor de edad o incapacitado o interviene como legitimado pasivo[155]; pero, Barber (2013) explica que "la legitimación activa ligada a la existencia de interés legítimo no debe conducir a afirmar el carácter público de la acción" (p. 224).

Lo anterior, nos lleva a concluir que España las acciones de filiación son diseñadas desde el marco de un sistema dispositivo y de las partes; contrario a lo que acontecer en Colombia, en donde se ha adoptado un sistema con amplia intervención del Estado, con mayores potestades oficiosas para los agentes del Estado.

Por la manera en la que personalmente entiendo la acción de investigación de la paternidad, propongo que en ella se restablezca de manera integral el derecho de filiación, derecho a la identidad -tanto en su arista de conocer sus orígenes, como de compartir lazos de afecto y amor-, derecho de libre desarrollo de la personalidad, de dignidad, derecho a los alimentos, cuidado y visitas; propósitos que llevan a que se amplié el marco de acción de los agentes del Estado[156], para garantizar la protección integral a la familia, por lo cual considero que el

[154] Que para Colombia, vendría a ser el Ministerio Público y más concretamente las Procuradurías Judiciales de Infancia, Adolescencia y Familia y Personerías.

[155] Según Barber (2018) "el art. 765.1 LEC… confiere… al Ministerio Fiscal legitimación indistinta para el ejercicio de las acciones de filiación que correspondan al hijo menor o incapacitado" (p. 11).

[156] Declaración de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de Derechos del Niño. Al respecto ver capítulo 1 de esta obra.

mejor modelo para esta acción es el colombiano, porque históricamente se sabe lo nefasto que puede resultar para el hijo/a dejar en manos de otros interés, la determinación de su filiación[157], ante lo cual la intervención del Estado, puede resultar indispensable para garantizar en igualdad esos derechos a todas las personas, independientemente de su origen familiar[158].

Hecha esa anotación, en la regulación española, tenemos como legitimados para instaurar la reclamación de la paternidad, dependiendo si se alega la existencia o no de posesión de estado; para los casos en los que si se alegue posesión de estado, serán todas las personas consideradas con interés legítimo para instaurar la acción y en cualquier término; mientras que si no hay posesión de estado y tratándose de hijos nacidos fuera del matrimonio, el posible progenitor y la madre, tendrán un año para instaurar la acción y el hijo/a, lo podrá hacer en cualquier término[159]. Al respecto, Barber (2018) concreta que "la reclamación sin posesión de estado, que el Código concreta hoy en una acción imprescriptible siempre en manos del hijo y solo para los progenitores casados. Los no casados ven sometida su pretensión al plazo de caducidad de un año, desde la reforma del art. 133 CC. por Ley 26/2015". (p. 6).

Sobre la limitación de los legitimados en el caso de la reclamación de la paternidad, sin posesión de estado, se denota que el ordenamiento jurídico español solo concede esa potestad exclusivamente al hijo/a, de manera imprescriptible, a la madre y al presunto padre por un año, contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación[160]; restricción que para el TEDH no atenta contra el orden público, por cuanto "se ha declarado que el conocimiento de la identidad varía en función del grado de parentesco de los ascendientes, por lo que el peso del interés del demandante en determinar

[157] Tal como lo rememoro en el capítulo 1 de esta obra.
[158] Sobre el tema se profundizará en el capítulo 5.
[159] Barber (2018) plantea un nuevo debate: ¿caducidad de la acción del hijo? Hasta el momento se ha analizado la cuestión de los límites a la acción de reclamación solo respecto de los progenitores. Sin embargo, recientemente se ha suscitado, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, la conveniencia de someter a un plazo también la acción ejercitada por el hijo/a. En este tema, para el legislador de 1981 el centro de la filiación es el hijo/a, a cuya protección se dirige toda la regulación, incluida la relativa a las acciones. Dicha protección justifica que su acción de reclamación no esté sometida a plazo, de modo que puede ejercitarla siempre (p.16). De hecho para Barber (2018) debería introducirse un plazo de caducidad a la acción de reclamación del hijo/a, por razones de seguridad jurídica y para evitar abusos del derecho (p. 19).
[160] "la legitimación de los progenitores en su número 2, la Ley 26/2015 se ha limitado a fijar un breve plazo de un año para su acción" (Barber, 2018, p. 8).

su origen disminuye en función del alejamiento en el grado de parentesco (sentencia de 5 de mayo de 2009, caso Rocío Menéndez contra España).

Por otro lado, en España se ha librado el debate doctrinal respecto de la legitimidad de la madre para instaurar la acción de reclamación; para algunos, la madre no tiene por derecho instaurar la acción, sino solo en representación del hijo/a menor de edad[161].

Para Quicios (2014) citando, entre otras las SSTS del 27 de junio de 2003 (RJ 2003,4317), 22 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2485), precisa que la madre tiene legitimación para reclamar la paternidad de su hijo/a menor de edad, no solo por ser su representante legal, sino también a nombre propio; ello, al explicar que "la madre, como representante legal del hijo/a menor de edad (artículo 765.1 LECiv), está claramente legitimada para reclamar la paternidad. Pero también se ha admitido que, por sí y en su nombre, reclame la filiación paterna de sus hijos/as menores de edad, resaltándose en alguna sentencia el evidente interés jurídico de la madre en interponer la acción en su nombre. Si la madre ya ha reclamado sin éxito la paternidad en su propio nombre, no puede volver a internarlo en nombre de su hijo/a. (Quicios, 2014, p. 95)

Por su parte, Barber (2018) aconseja para esclarecer la legitimación en los progenitores respecto del hijo/a, alertando sobre la realidad de que el interés del hijo/a no necesariamente debe coincidir con el descubrimiento de la verdad biológica. Para ello, Barber (2018) se apoya en la sentencia del TS 30 junio 2016 (RJ 2859), en la que se excluye la representación legal de la madre al identificar "como núcleo del debate el conflicto de intereses entre la madre y la hija, concretados respectiva y opuestamente en el descubrimiento de la verdad biológica y el mantenimiento de la estabilidad brindada por la única relación familiar conocida"[162] (p. 12).

[161] Para Barber (2018) "la interpretación contra legem del art. 133 CC. llevada a cabo por el Tribunal Supremo antes de su declaración de inconstitucionalidad se inició reconociendo a la madre legitimación para reclamar en nombre propio la paternidad (vid. SSTS 29 abril 1994 (RJ 2947) y 11 mayo 1999 (RJ 3345)". (p. 11). Luego, también cita la STS 14 abril 1998 (RJ 2322), en la que la madre "tendría legitimación para la acción mixta emprendida tanto en su propio nombre como en representación de su hijo. Otros ejemplos del mismo tipo pueden encontrarse en la jurisprudencia menor: así SAP A Coruña (Sección 5a) 30 julio 2001 (JUR 2011\54592) y SAP Murcia (Sección 4a) 15 febrero 2008 (JUR 2008\304507)" (p. 12).

[162] Por ello, Barber (2018) aconseja visibilizar "la necesidad de controlar el ejercicio de las acciones de filiación por el representante legal del hijo (menor o incapacitado, por ende). Dado que toda actuación representativa presupone el interés del representado, si falta, no hay legitimación". (p. 12).

A partir del mencionado pronunciamiento del STS 30 junio 2016, se ha abierto un debate doctrinal y jurisprudencial sobre el nombramiento de defensor judicial al hijo/a por conflicto de intereses con su representante legal (Barber, 2018, p. 14) y se entiende tal discusión, en tanto, la idea de nombrar un defensor[163], puede resultar para muchos descabellada, en razón a que desencaja del modelo dispositivo adoptado por el ordenamiento jurídico español para las acciones de filiación.

Por ello, tal discusión es interesante, ya que lleva al punto de reflexionar en España sobre la relevancia de la intervención del Estado en la protección al hijo/a, que en la mayoría de las acciones de reclamación es menor de edad; por cuanto, a mi parecer, el sistema jurídico español es dispositivo cuando se trata de las acciones de filiación, es decir, deja en manos de las partes, el acceso a la justicia, el ejercicio de la acción, la pretensiones de alimentos y el desenvolvimiento del proceso; lo cual puede dejar en desprotección al hijo/a, frente a los diversos intereses que pueden mover a los progenitores en el litigio; sería magnífico que el ordenamiento jurídico español, avance en la adopción de potestades oficiosas de los agentes estatales en favor del hijo/a, tal como si se permite en Colombia, en donde pueden radican la demanda y/o acompañan los proceso los agentes del Estado[164] y en donde el juez/a esta investido de poderes oficiosos para superar las controversias que desatiendan el interés superior del hijo/a.

Hecha esa anotación, se precisa que cuando no hay posesión de estado, carecen de legitimación activa para reclamar, los que serían nietos del demandado. En la STEDH de 5 de mayo de 2009 (caso Rocío Menéndez contra España) se ha declarado que el conocimiento de la identidad varía en función del grado de parentesco de los ascendientes, por lo que el peso del interés del demandante en determinar su origen disminuye en función

[163] El art. 163 del Código Civil Español conduce al nombramiento de defensor judicial siempre que suscite controversia entre padre y madre, pero estando en el escenario de la investigación de paternidad, no puede haber el tipo de controversia que refiere la norma, en el entendido que con el demandado aún no existe vinculo filiatorio, de hecho, es esa la pretensión de la demanda. Por lo cual en estricto sentido, no podría decirse que sobre el nombramiento de defensor judicial ya se tenga norma expresa; aunque algunos aceptan por analogía, “la opción por el defensor judicial podría aplicarse cuando el menor tuviera un único representante legal, y se advirtiera dicho conflicto de intereses”. (Barber, 2018, p. 15)

[164] Defensoría de Familia, art. 79 CIA, cuyas funciones están señaladas en el art. 82 CIA, y la Procuraduría Judicial de Infancia, Adolescencia y Familia, art. 95 CIA.

del alejamiento en el grado de parentesco (Quicios, 2014, p. 95). Esta regla opera aun con la reforma de la Ley 26 de 2015.

Ahora bien, al margen de la legitimación, en España también se acude al "interés legítimo" para la acción de reclamación de la paternidad[165], sobre la cual Barber (2013) anota que "ostentarán tal interés: los herederos interesados o forzosos tanto del hijo fallecido antes del progenitor, como de éste; quienes en virtud de tal declaración puedan ostentar derecho de alimentos; los afectados por una cláusula testamentaria *si sine liberis decesserit,* o quienes puedan resultar afectados por la constitución de un mecanismo de protección familiar[166]. Salvo alguna opción aislada, la doctrina se ha manifestado en contra de que los acreedores que pudieran beneficiarse por la determinación de la filiación se hallen legitimados para su ejercicio, por faltarles el interés familiar que a juicio de algunos autores debe acompañar a la persona, o considerar directamente abominable semejante ejercicio de las acciones de filiación" (p. 245).

Dicho lo anterior, y para continuar con nuestro estudio de legitimación, paso a analizar la legitimación por pasiva, para anotar que será demandado en investigación o reclamación de paternidad, el presunto padre. En caso que esa persona, a quien se le señala ser el padre, haya muerto, para Colombia es necesario adelantar el proceso en contra de los herederos determinados e indeterminados, pues conforme al artículo 87 del Código General del Proceso, opera la sustitución procesal, figura que se presenta cuando previo a la iniciación del proceso, muere uno de las partes[167].

[165] "Se cuestiona la conveniencia de que un tercero ajeno a la relación de filiación se inmiscuya en ella, instalando una determinación no buscada por las partes directamente implicadas. Por consiguiente, la doctrina propugna casi unánimemente una interpretación restrictiva de los que sea "interés legítimo" (Barber, 2013, p. 245).

[166] "La doctrina se ha mostrado sumamente crítica con la legitimación en nombre propio conferida a los herederos, denunciando que denota una visión de la filiación excesivamente patrimonialista. Como alternativa, sugiere la mayor conveniencia de legitimar a los descendientes del hijo, cuyo interés será predominantemente personal" (Barber, 2013, p. 256).

[167] Esta figura difiere de la dispuesta en el art. 159 del CGP, referente a que si en curso del proceso de filiación, el demandado fallece, no interrumpe el proceso, pues tratándose de un proceso verbal, ante el Juez de Familia en primera instancia, la actuación continuará con el apoderado que lo represente.

En el evento que muera uno de los contradictores, antes de la presentación de la demanda, el libelo introductorio debe presentarse contra los herederos conocidos y además contra los herederos desconocidos o indeterminados.

Así las cosas, podemos encontrar las siguientes variables:

1) Para que se declare padre o madre a una persona fallecida, a quien no se le conoció heredero alguno, se deba demandar a los herederos indeterminados.

Para ese efecto, se debe declarar bajo la gravedad de juramento, que se desconoce la existencia de heredero/a alguno/a, con ello, el juez/a procede a dar aplicación al artículo 108 del Código General del Proceso, que busca darle publicidad al proceso, para que los/as legitimados/as hagan parte del mismo. Para ello el juez/a ordena realizar publicaciones en diarios de amplia circulación o en emisoras; luego, se debe publicar en la página web dispuesta para ello, por el Consejo Superior de la Judicatura.[168]

2) Si se conoce a uno de los herederos del causante, de quien se pretende la declaración de paternidad, debe demandarse a aquel heredero/a, aportando el registro civil de nacimiento del mencionado (artículo 84 del Código General del Proceso) o manifestando bajo la gravedad de juramento que se desconoce el lugar donde reposa aquel documento (artículo 85 del Código General del Proceso). No puede dejarse de lado que en este evento también debe demandarse a los herederos indeterminados.

3) Si se conocen a los herederos del causante, deberá dirigirse la demanda contra ellos y a los herederos indeterminados, aun sin que se sepa de rumores que el *cojus* tenía más herederos.

Por otro lado, respecto de la sucesión procesal en España, encontramos que en el art. 765 de la LEJ se dispone que en todos los procesos de filiación, a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas.

[168] El Acuerdo PSAA14-10118 de 4 de marzo de 2014 del Consejo Superior de la Judicatura enseña la manera en que el/a secretario/a del juzgado debe diligenciar la plataforma web, para hacer la publicación del proceso a nivel nacional, a la que puede acceder el público en general a través de www.ramajudicial.gov.co.

Conclusiones

Con el ejercicio de la acción de reclamación se busca que el juez/a establezca la filiación que no ha quedado definida por otro medio; lo que Colombia denominamos investigación de la paternidad o maternidad, en la que se pretende la declaración de la existencia de un vínculo jurídico con el padre y madre.

Si bien Colombia ha edificado la acción de filiación sobre cimientos del derecho constitucional, similar al que he descrito de España, en el texto constitucional no se hace referencia a la investigación de la paternidad, en tanto en el artículo 39 de la CE establece que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad" sin embargo, tal como se anotó *supra,* se ha desarrollado por la jurisprudencia ese derecho y las herramientas a través de las cuales se puede llevar a cabo la investigación.

Por lo anterior, en Colombia al igual que en España se "reconoce así la importancia de que la filiación legal coincida con la biológica y se abre la puerta a la posibilidad de conocer los propios orígenes y al posterior desarrollo legal de esta posibilidad que… ha sido relacionada, por varios autores y en algunas sentencias, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la persona" (Gómez, 2007, p. 154).

En Colombia si se define la posesión de estado, lo hace el art. 6 de la ley 45/1936 (art. 397 CC) al establecer que consisten el trato que le han dado al padre o madre al hijo en cuento le proporcionaron lo necesario para su subsistencia, educación y establecimiento de lo cual se enteraron sus deudos, amigos y vecinos del domicilio general considerándolo, como consecuencia de ese tratamiento, como padre o madre de aquel. El legislador español no definió el concepto, ni el Código Civil ni en la Ley de enjuiciamiento civil. (Gallo, 2015, p. 61).

En Colombia el art. 9 de la ley 45/1936 (art. 398 del C.c.co) estipula un mínimo de cinco (5) años para que la posesión notoria pueda ser recibida como prueba del mismo. El legislador español no ha establecido ningún término específico, ante lo cual la STS de 30 de junio/1998 indica que los hechos en los que se fundamentan las pretensiones deben existir al momento

de la presentación de la demanda o al menos es una época inmediatamente anterior, porque de lo contrario será tenida simplemente como medio de prueba de conformidad con el art. 767.3 de la Lec (Gallo, 2015, p. 64)

Pero si comparamos dicha regulación española con la dispuesta en la ley colombiana, se concluye que en Colombia no se supedita la legitimación a la posesión de estado, por el contrario, es una de las seis causales para declarar la filiación, tal como lo establece el artículo 6 de la Ley 75 de 1968, todas sometidas a los mismos términos de legitimidad y de caducidad de la acción.

Contrario a Colombia, en España la legitimidad depende de la existencia o no de posesión de estado; en caso de que haya posesión de estado cualquier persona puede incoar la acción, pero si no hay posesión de estado, la ley hace la diferenciación entre filiación matrimonial y no matrimonial, en el primero de los casos, se faculta a demandar al padre, madre e hijo/a y es imprescriptible y en el segundo de los casos, se legitima al padre y a la madre, concediéndoles el término de un año, y para el hijo/a es imprescriptible, en caso que sea quien demande.

Como puede observarse, aun con la modificación dada por la Ley 26/2015, la legitimación y términos para demandar depende de la existencia o no posesión de estado, ante lo cual, para Ruiz- Rico y Castaño (2015, p. 14) “sorprende que todavía se otorgue tan especial relevancia a la posesión de estado, hasta el punto de servir de freno a algunas acciones de filiación, de ampliar injustificadamente a los sujetos legitimados con base en ella… Es evidente que la ley debería determinar perfectamente de antemano quiénes pueden, y quiénes no, ejercitar la correspondiente acción de filiación, y no supeditarlo a un hecho ambiguo cuyas condiciones ni siquiera fija el legislador con la mínima precisión”.

Al margen de ello, se resalta del ordenamiento español, por ser novedoso para el ordenamiento jurídico colombiano, la regla dispuesta en el artículo 193 del Código Penal Español de determinación de la filiación en el proceso penal, en el cual se condene la

responsabilidad punitiva por el acceso carnal y se fija en la misma sentencia la responsabilidad civil de paternidad y de alimentos[169].

En Colombia no se contempla esta figura, como tampoco se cuenta con la jurisdicción de violencia sobre la mujer[170], por lo cual en caso de pretenderse que se defina la filiación del/a hijo/a concebido/a en una agresión sexual, debe acudir ante el juez/a de familia en el marco del proceso de investigación de la paternidad, quien tramitará el asunto paralelo al del juez/a penal.

Por otro lado, preciso que el diseño legislativo de 1981 conduce a un sistema en que se facilita la determinación de la filiación matrimonial, frente a la no matrimonial, y en que se dificulta la impugnación de la filiación matrimonial, (Fernández y Verdera, 2018, p. 2). Además, en España las acciones de filiación son diseñadas desde el marco de un sistema dispositivo y de las partes; contrario a lo que acontecer en Colombia, en donde se ha adoptado un sistema con amplia intervención del Estado, con mayores potestades oficiosas para los agentes del Estado.

Por la manera en la que personalmente entiendo la acción de investigación de la paternidad, de la que espero, al igual que lo hacen seguramente los demandantes, que restablezca de manera integral el derecho de filiación, derecho a la identidad -tanto en su arista de conocer sus orígenes, como de compartir lazos de afecto y amor-, derecho de libre desarrollo de la personalidad, de dignidad, derecho a los alimentos, cuidado y visitas; propósitos que llevan a que se amplié el marco de acción de los agentes del Estado, para garantizar la protección integral a la familia, por lo cual considero que el mejor modelo para esta acción es el colombiano, porque históricamente se sabe lo nefasto que puede resultar para el hijo/a dejar en manos de otros interés, la determinación de su filiación, ante lo cual la intervención del Estado, puede resultar indispensable para garantizar en igualdad esos derechos a todas las personas, independientemente de su origen familiar.

[169] Para lo cual interviene el Ministerio Fiscal como garante de la legalidad. (Barber, 2018, p. 14).
[170] Con la ley orgánica 01 de 2004 en España se conformaron los juzgados de violencia sobre la mujer con competencia penal y civil respecto a hechos constitutivos de delitos de violencia de género y la falta de injurias. Ver el artículo 14.5 de la ley procesal penal española.

Considero que en España sería interesante reflexionar sobre la relevancia de la intervención del Estado en la protección al hijo/a, que en la mayoría de las acciones de reclamación es menor de edad; por cuanto, a mi parecer, el sistema jurídico español es dispositivo cuando se trata de las acciones de filiación, es decir, deja en manos de las partes, el acceso a la justicia, el ejercicio de la acción, la pretensiones de alimentos y el desenvolvimiento del proceso; lo cual puede dejar en desprotección al hijo/a, frente a los diversos intereses que pueden mover a los progenitores en el litigio; sería magnífico que el ordenamiento jurídico español, avance en la adopción de potestades oficiosas de los agentes estatales en favor del hijo/a, tal como si se permite en Colombia, en donde pueden radican la demanda y/o acompañan los proceso los agentes del Estado y en donde el juez/a esta investido de poderes oficiosos para superar las controversias que desatiendan el interés superior del hijo/a.

5. Efectos de la declaratoria de paternidad.

Si el juez/a declara la paternidad, surgen deberes y derechos entre padres e hijos/as, denominadas “relaciones paterno-filiales” (CC. T071/2016 de 19 febrero), en tanto, la determinación de la relación jurídica de filiación comporta, para sus dos partes, un complejo entramado de efectos relativos a la esfera personal, familiar y patrimonial (Barber, 2013, p. 62), que a continuación analizaremos.

5.1 Efectos de la declaratoria de paternidad en Colombia

5.1.1 Derecho al amor y cuidado.

El ordenamiento jurídico colombiano tiene la consagración constitucional del derecho al amor y cuidado, dispuesto en el artículo 42 y 44 de la Constitución Política como garantía fundamental que se procura reivindicar con la acción de filiación. Para muchos el amor no puede ser exigible judicialmente, sin embargo, la aspiración del constituyente es que los niños, niñas y adolescentes crezcan rodeados de cariño, comprensión, afecto y confianza, de allí la importancia de proyectar la acción de filiación a forjar los lazos familiares, en tanto “la paternidad y la maternidad exceden el ámbito biológico y comprende una actitud afectiva y

espiritual que implica la protección y promoción del niño o niña, fundada en el amor" (CC. T071/2016 de 19 febrero).

Para Lafont (2012) el amor en la familia se entiende como "aquella energía que material o inmaterialmente proceden de los encargados (v.gr. padres, familiares) … con el propósito de generar un proceso de encuentro hacia la individualidad, que además de identificarla, contribuye no solo al desarrollo de su personalidad, sino también a su comportamiento y, en general, a su formación y desarrollo integral". (p. 263).

Y sobre el derecho al amor y la acción de filiación, agrega que el derecho al amor familiar se convierte en un poder del hijo/a, de exigencia del desarrollo en familia, el reclamo de su origen, del establecimiento de la filiación y el cuidado filial, con el correspondiente otorgamiento de espacios y condiciones de convivencia, estimulo, presencia, comunicación, afecto y atención de sus familiares (Laffont, 2012, p. 268). En razón a ello, también es un derecho a no estar solo, pudiendo exigir estar dentro de una familia, que en forma más amplia que el vientre de la madre le asegure el desarrollo extrauterino, mucho más que el biológico (Laffont, 2012, p. 297).

Así las cosas, el desarrollo familiar se deriva del derecho a amor y comprende una necesidad humana de interacción y dependiendo de la edad y circunstancias del hijo/a, puede ser un interés de conservación, en los primeros años de vida, para luego ser de acompañamiento, formación y corrección, apoyo y consejo, entendiendo que en el ámbito familiar, que inicia el primer aprendizaje de vivir con el otro, compartir gustos y diferencias, con el consecuente reconocimiento de la asimetría, tolerancia, respeto y dialogo. Por ello, para Lafont (2012) la finalidad de este derecho es la de lograr, de una parte, el desarrollo personal del hijo/a "no solo en la supervivencia, para que logre el máximo mejoramiento, sino también en el sentar las bases para el desarrollo de otras actividades (psicofísicas, educación, recreación, etc.)" (p. 279).

Por consiguiente la connotación del derecho al amor entre padre e hijo/a influye de manera directa en la estabilidad mental y sentimental[171], por lo cual debe amparase, sin pasar por

[171] Por otro lado, según el Código Civil Colombiano, los deberes pueden ser de los/as hijos/as con los padres, dentro de los cuales se encuentra: respeto y obediencia (art. 250); cuidado y auxilio (art. 251); y socorro a los demás ascendientes (art. 251). Por su lado, los deberes de los padres con los hijos son la: crianza (art. 253); educación (art. 254); y la corrección (art. 262). Estos deberes fueron ampliados con la expedición del Código de

alto que es realmente complejo garantizar el derecho al amor, luego de un trámite judicial en el que el juez/a impuso el rol de padre y de hijo/a correlativamente, por eso propongo que el proceso de filiación debería ampliarse para responsabilizar al Instituto Colombiano de Bienestar Familia[172] o disponer de otros agentes del Estado, para que hagan el acompañamiento con el propósito de integrar a los nuevos miembros de la familia, proceso que debe estar dirigido por el juez/a. Lo que hace falta hasta la fecha es crear esos mecanismos para que la acción de filiación alcance esos propósitos.

Esta propuesta sería mucho más difícil de encajar en el ordenamiento jurídico español, no solo porque en su constitución no se dispuso el derecho al amor, como en Colombia, para los niños, niñas y adolescentes (art. 44 de la C.Pol); sino también, porque como lo vimos antes, las acciones de filiación están enmarcadas en el sistema dispositivo, cuyo impulso procesal le corresponde a las partes y en la que la injerencia del Estado es limitada.

Pese a ello, la doctrina española ya se ha acercado a abordar las problemáticas que se vivencian en un trámite filial, de distanciamientos y dificultades en el desarrollo de los lazos de unión familiar, al punto de aconsejar los reconocimientos voluntarios a las acciones de reclamación; por ejemplo, Quesada (2012) reconoce que "desde el punto de vista de política jurídica, cuando la filiación es no matrimonial, suele ser preferido el reconocimiento a la declaración judicial de la paternidad, porque esta, a causa del enfrentamiento que normalmente entraña, ofrece una peor base para el desarrollo de las futuras relaciones entre padre e hijo" (p. 25).

Pero yendo más allá, de fracasar la diligencia de reconocimiento voluntario[173], el camino que sigue es la acción de filiación, entonces, aun queriendo evitar mayores desavenencias entre la madre, el hijo/a y el presunto padre, debe instaurarse la acción de reclamación; por ello, el Estado debe propiciar el escenario óptimo para que la acción de filiación cumpla su propósito

---

la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, en donde además se señala la obligación de orientación, cuidado y acompañamiento de las niñas, niños y adolescentes (art. 14).

[172] Según el artículo 50 y s.s. de la Ley 75 de 1968, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- es un establecimiento público encargado de la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, entidad que conforme al artículo 26 de la misma ley le corresponde "vigilar que quienes ejercen la patria potestad o la guarda cumplan sus deberes para con el menor, prestando, en caso necesario su cooperación para el escogimiento de las personas o establecimientos a cuyo cuidado inmediato haya de estar el menor".

[173] Como ya dijimos, en Colombia no es requisito de procedibilidad para demandar en investigación de paternidad, por tratarse del estado civil de las personas.

de determinación de filiación, con la consecuente garantía del derecho al amor, solidaridad, apoyo y unión familiar.

Otro punto a considerar, es que en España, se constitucionalizó en el art. 39 que “los poderes públicos aseguran la protección de… la familia” y que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad” por lo cual sería importante que también se comience a debatir en España, la importancia de la intervención del Estado, para privilegiar los derechos del hijo/a y el fortalecimiento familiar.

5.1.2 Patria potestad y potestad parental.

Ahora pasamos a la patria potestad, sobre la cual preciso de entrada que de prosperar la pretensión de investigación de paternidad y si el hijo/a es menor de edad, surge para el padre la patria potestad, como un derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes.

En el Código Civil Colombiano, la patria potestad básicamente consiste en la facultad de administración, usufructo y representación del hijo/a; por eso, históricamente se tenía que la patria potestad era un derecho de los progenitores, pero ahora se establece no tanto como un derecho de los padres, sino de los/as hijos/as, en razón a que se ha determinado que la patria potestad es instrumental en la guarda y dirección, para el logro del bienestar, cuidado, formación, crianza y asistencia del menor de edad; es decir, no como una prerrogativa para los padres, sino como “derechos concedidos a favor de los niños y niñas” (CC. T266/2012 de 29 marzo).

Hasta el año 2010, quien era declarado el padre luego de un proceso de investigación de paternidad, no podía ejercer la patria potestad sobre su hijo/a, pues el artículo 62 del Código Civil Colombiano establecía que en caso de se haya declarado en juicio la paternidad, no tendría la patria potestad.

Ese artículo fue demandado por inconstitucional y en sentencia moduladora C-145/10 se explicó que la manera de entender la norma era en el sentido de que en los procesos de investigación de la paternidad o maternidad y de impugnación de la paternidad o maternidad, le corresponde al juez/a, en cada caso concreto, determinar a la luz del principio del interés superior del menor de edad y de las circunstancias específicas de los padres, si resulta

benéfico o no para el/a hijo/a, “que se prive o suspenda” la patria potestad y del ejercicio de la guarda, al padre o madre que es declarado tal en juicio contradictorio.

Así las cosas, con la declaración de paternidad *ipso facto* no puede negarse al padre el ejercicio de la patria potestad, sino que solo en caso de existir elementos de juicio de los cuales pueda inferirse que el padre no es apto para la administración de bienes y la representación legal, no habrá lugar a la patria potestad, en procura de proteger el interés superior del hijo/a.

Sin embargo, vale la pena echar un vistazo a la parte considerativa de la sentencia mencionada, donde hace entrever la interpretación que hace la Corte Constitucional Colombiana del comportamiento renuente de quien se le demanda el vínculo filial, así:

> Lo que persigue la norma acusada es proteger al hijo, tanto en la persona como es sus bienes, buscando impedir que quien ha sido renuente en reconocer su condición de padre o madre, y solo mediante decisión judicial detenta tal calidad, pueda asumir la responsabilidad de representarlo en el manejo de sus intereses personales y patrimoniales.
>
> Compartiendo el criterio esbozado por algunos de los intervinientes, el padre o madre que se opone activamente al reconocimiento del hijo en juicio de filiación, asumiendo la posición de contradictor, genera serias dudas sobre su disposición e interés para asumir la paternidad y las consecuencias que de ella se derivan, dejando entrever con su actitud, que el propósito perseguido es en realidad eludir la carga que implica la filiación. Ha de presumirse razonablemente, que quien asume la condición de padre o madre en contra de su voluntad, por una simple casualidad, y por decisión de autoridad, no es en principio la persona idónea para representar y defender los intereses del hijo, y en menor medida, el llamado a beneficiarse con la administración y el usufructo de los bienes de aquél.

Al margen de ello, considero que el derecho de acceder a la justicia, para establecer la verdadera filiación, también es una garantía del presunto padre, por lo cual no creo que sea legítimo imponer esa sanción a rajatabla y de manera objetiva, en tanto el juez/a es quien debe, estudiando las circunstancias de cada caso concreto y respetando el debido proceso,

determinar lo que más le convenga al hijo/a y determinar si es conveniente o no que coincidan los progenitores y los titulares de la patria potestad (Ales, 2012, p. 26).

Así las cosas, en los estrados judiciales, la parte que demanda la filiación pero que además pretenda que no se genere para el presunto padre de la patria potestad, deberá atemperar el libelo introductorio a las situaciones de privación de la patria potestad que se encuentran reguladas en los artículos 310, 311 y 315 del Código Civil Colombiano y allegar las pruebas conducentes y pertinentes para ello, con el propósito que el juez/a la someta al debido proceso y derecho de contradicción.

En conclusión, en Colombia, la sentencia C-145/10, a pesar que la Corte en sus consideraciones se detuvo a justificar las razones por las cuales un padre vencido en juicio puede ser privado de la patria potestad, luego destaca que para ello, debe el "juez hacer la valoración correspondiente de los hechos y pruebas existentes, siguiendo para el efecto el procedimiento previsto". (CC. C145/2010 de 3 marzo).

5.1.3 Derecho al cuidado.

Pasando a otro derecho, encontramos el cuidado[174], en la práctica generalmente en Colombia, el juez/a con la declaratoria de paternidad, decide que la madre continúe cuidado a su hijo/a y concede al padre el derecho a visitarlo, aunque dependiendo de las circunstancias de cada caso en concreto, el juez/a puede fijar que la custodia la ejerza el padre -la norma no lo prohíbe- en tanto para establecer la custodia se tiene en cuenta las condiciones familiares, el entorno del menor de edad, su adaptabilidad al medio en el que vive y su opinión, con lo cual el juez/a ordena que el hijo/a resida en el lugar que le garantice su protección integral[175].

[174] La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos 7, 8, y 9 que los menores de edad tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor de edad.

[175] La Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral primero del artículo tercero establece que "(…) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

En cuanto a las visitas[176], esta figura nos podría servir para hacer efectivo el derecho al amor que tienen los niños, niñas y adolescentes, pues a partir de que el padre comparta tiempo con su hijo/a se comienzan a forjar lazos de afecto que no se pueden generar sino a partir de la comunicación, expresiones de afecto, corrección y crianza[177]. Se dificulta este propósito en los eventos en los que padre y madre están distanciados y guardan resentimientos mutuos, lo cuales repercuten en la relación que se tenga con el hijo/a, de allí la importancia de que al interior del proceso se haga el acompañamiento debido para lograr la estabilidad emocional requerida, pues no debe ser fácil asumir e interiorizar la condición de padre, madre e hijo/a, que fue impuesta por el juez/a y en contra de su voluntad, sin que en la actualidad exista en el marco de la acción de filiación siquiera un mínimo acompañamiento sicosocial.

Hay que aclarar, que sea cual fuere quien ejerza la custodia, igual corresponde al padre y madre la obligación de formación y crianza; se hace está anotación pues es común que el padre o la madre tomen como excusa el no ostentar la custodia para eludir la obligación de inculcar en su hijo/a las pautas de comportamiento y de desvelarse por conocer sus problemáticas y contribuir a solucionarlas. El artículo 264 del Código Civil Colombiano dispone que el padre y la madre colaborará conjuntamente en la crianza, sustentación y establecimiento del hijo/a y que dirigirán de común acuerdo su educación; además, que el artículo 39 del Código de la Infancia y Adolescencia dispone sin distinción para padre y madre el deber de orientación, protección y prevenir situaciones que pongan en riesgo o vulneren sus derechos.

5.1.4 Derechos a los alimentos

Otro derecho personal que surge es el derecho a los alimentos. En los términos del artículo 411 del Código Civil, el primer requisito para la existencia de la obligación alimentaria es el

[176] Con el régimen de visitas está sustentado en la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 12 de 1991, establece en su artículo 9.3. el deber de los Estados Partes de respetar “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

[177] Según la sentencia T-115 del 3 de marzo de 2014, la regulación de visitas, es un sistema que pretende mantener un equilibrio entre los padres separados. En tal sentido, las visitas, no son sólo un mecanismo para proteger al menor, sino que le permiten a cada uno de los padres, desarrollar y ejercer sus derechos, es decir, son un dispositivo que facilita el acercamiento y la convivencia entre padres e hijos. Por ello, el padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos para interactuar y seguir desarrollando relaciones afectivas y para ello el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse no sólo a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen, sino a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia.

vínculo familiar; encontrando que el juez/a al declarar la paternidad, debe regular la cuota alimentaria, en los términos del artículo 14, 129 y 130 del Código de la Infancia y la Adolescencia, como la contribución monetaria para sufragar al hijo/a lo necesario para su vivienda, vestido, alimentos, educación, recreación, etc.

El segundo requisito para imponer la cuota alimentaria es la necesidad de la persona a recibir alimentos, la cual se presume si el beneficiario es una persona menor de edad, en tanto por su edad no puede por sus propios medios costearse su vida y por tanto necesita del apoyo de padre y madre.

El tercer requisito es la capacidad económica de la persona a dar alimentos, para lo cual el artículo 129 del Código de la Infancia y Adolescencia establece que cuando el beneficiario es menor de edad, se presume que el obligado devenga por lo menos el salario mínimo legal mensual vigente.

Habiendo anunciado los derechos y obligaciones que surgen si se declara el vínculo filiación a favor de un niño, niña o adolescente, valga anotar respecto de los derechos y deberes que surgen para un mayor de edad que ya no entrará a debatirse la patria potestad, pues esa facultad cesa cuando el hijo/a es mayor de edad; pero si surgirían los derechos al cuidado, amor y alimentos, en doble vía, en el entendido que dependiendo de las circunstancias puede ser el hijo/a a quien le corresponda cumplir con los deberes de cuidado y auxilio, tal como lo impone el artículo 251 del Código Civil Colombiano.

5.1.5 Efectos patrimoniales.

Para todos los procesos de investigación de la filiación, sea cual fuere el momento que se interponga la demanda, si se declarará la paternidad surgen los derechos personales estudiados *supra* y con determinadas condiciones los derechos llamados patrimoniales, que están relacionados con los bienes que pueden dejarse en la sucesión de quien se declaró padre. De definirse la filiación paterna y con posterioridad fallecer el padre, el hijo/a haría parte de la herencia, dentro de las asignaciones forzosas con los demás hijos/as[178].

[178] Según el artículo 1226 del Código Civil Colombiano, las asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Por su parte el art. 9 de la Ley 29 de 1982 dispone que tanto los hijos/as habidos en el

Sin embargo, la ley colombiana hace una distinción cuando ha muerto el presunto padre y se pretende la filiación paterna extramatrimonial y se busca acceder a los efectos patrimoniales derivados del parentesco del presunto padre ya fallecido.

El artículo 10 de la Ley 75 de 1968 establece que fallecido el "… presunto padre la acción que declare la paternidad extramatrimonial no produce efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el proceso, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a su defunción".

Esta norma ha sido objeto de varios cuestionamientos, básicamente por la vulneración del derecho a la igualdad entre los hijos/as habidos fuera del matrimonio y por el término para reclamar la herencia, pues para acceder a los bienes dejados por el padre o madre fallecido/a se cuentan con los amplios términos de prescripción general establecida en el Código Civil (CSJ Exp. 6365/2001 de 27 marzo)[179], mientras que para el que pretende la declaración de su filiación junto con los derechos sobre la masa sucesoral, opera la caducidad de dos años después de la muerte de quien se pretende la filiación.

Se denota la diferencia no solo temporal, sino también de la figura, pues mientras en la prescripción el término puede suspenderse, interrumpirse y no puede ser decretada de oficio por el juez/a, la caducidad es de orden público y no está supedita a otra situación distinta que al paso del tiempo[180].

---

matrimonio como extramatrimoniales, son legitimarios, de lo cual se infiere que recibirán la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna.

[179] En la sentencia del 27 de marzo de 2001, exp. 6365 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil se precisa que *"solamente opera la prescripción extintiva del derecho de petición de herencia cuando un tercero a su vez lo ha adquirido por prescripción adquisitiva mediante la ocupación de la herencia por el tiempo establecido en la ley y este lapso de tiempo empieza a correr desde el momento en que el heredero aparente asume la posesión de los bienes hereditario"*

[180] Según la sentencia del 30 de abril de 2015 de la Corte Suprema de Justicia, son características de la caducidad, "a) "[E]xtingue derechos" (cas. civ. sentencia de 4 de noviembre de 1930, XXXVIII, 424)". "b) "[O]pera ipso jure y sus efectos se cumplen fuera del alcance de la voluntad particular, como un imperioso mecanismo legal" (cas. civ. sentencia de 11 de mayo de 1948, LXIV, 371)". "c) "[E]stá ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que vencido la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. (…) [E]n la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado (…)" (cas. civ. sentencia de 19 de noviembre de 1976, CLII, 505 ss.)". "d) "[E]s de carácter perentorio, de orden público, no renunciable en consecuencia por los particulares y no susceptible de interrupción ni suspensión civil, como ocurre con la prescripción. Se trata en este caso de un plazo prefijado por la ley para el ejercicio del derecho de acción, a cuyo vencimiento se produce fatalmente la decadencia del derecho a reclamar que se ponga en movimiento la actividad de la rama judicial del Estado para proveer, mediante sentencia, sobre esa pretensión (…)". "e) [C]on la caducidad se

Además, el principal argumento que esbozó la Corte Suprema de Justicia para justificar esa discriminación, está en la sentencia del 9 de mayo de 2014. Exp. 11001-31-10-013-1990-00659-01, en los siguientes términos:

> Dicha restricción significa una garantía en favor de los sucesores reconocidos y demás asignatarios para que sus derechos patrimoniales no queden indefinidamente a la merced de acciones de filiación sorpresivas promovidas por personas inescrupulosas que se aprovechan de las delebles consecuencias que el trascurso del tiempo deja sobre los medios de prueba. Ese fue, indudablemente, el objetivo del legislador al consagrar el mencionado mecanismo de caducidad influido por la necesidad de "evitar frecuentes abusos que comprometen el ejercicio recto del derecho"[181].

Luego, en sentencia STC5095-2015 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil[182], decidió la acción de tutela en la que se alegó que decretar la caducidad de los efectos patrimoniales derivados del parentesco con su difunto padre vulneró su derecho al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia y primacía del derecho sustancial sobre el procesal, pues cuando su padre murió era un adolescente sin experiencia y sin conocimiento de ese hecho y del ordenamiento jurídico. La Corte Suprema de Justicia negó la acción de tutela, indicando que el Legislador tiene amplia libertad de regular la materia patrimonial y que la decisión atacada estaba plenamente sustentada en la aplicación del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y reitera que esa norma significa una garantía en favor

---

pretende la seguridad de las diversas relaciones jurídicas como premisa indispensable de la estabilidad del tráfico jurídico, mediante el señalamiento de un plazo - dies fatalis - que no se suspende y que, por ende, se cumple inexorablemente a la hora precisa, es factible que el juez pueda decretarla de oficio, pues resultaría inaceptable que vencido dicho plazo, se oyera al demandante cuya potestad ya se extinguió (…)". Exp. 11001-02-03-000-2015-00831-00.

[181] Para Barber (2018) más dudas presenta la negativa a aplicar el límite del abuso de derecho, porque considero que juega en un plano distinto al de la imprescriptibilidad. Esta contempla el ejercicio de la acción atendiendo exclusivamente al factor tiempo, mientras que aquel se sobrepone a cualquier ejercicio atendiendo a factores generales ligados a la finalidad social del derecho y a exigencias éticas y sociales. Un derecho ejercitado de forma legal o formalmente correcta, por vigente y no caducado, puede controlarse en atención a sus límites normales (art. 7.2 CCE.). De otro modo, se renunciaría a aplicar a un sector de los derechos subjetivos un control ético y social informador de todo el ordenamiento jurídico, que permite al juez considerar las circunstancias propias de cada caso. Los efectos exclusivamente patrimoniales perseguidos, resulta procedente la aplicación de los límites normales al ejercicio de cualquier derecho. Que, además, procuran un control coherente con la exclusión de la filiación de la autonomía privada: si quien pudiendo demandar no lo hace sino cuando los efectos de la filiación reclamada se adecuan a sus apetencias, está disponiendo de su estado civil y contrariando la finalidad para la que se ha establecido la imprescriptibilidad de las acciones de filiación. (p.17).

[182] Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, Rad. 11001-02-03-000-2015-00831-00. 30 de abril de 2015.

de los sucesores reconocidos y legatarios para que sus derechos patrimoniales no queden indefinidos en el tiempo *"a merced de acciones de filiación sorpresivas promovidas por personas inescrupulosas".*

Ahora bien, en pronunciamiento del 11 de enero de 2019[183], la CSJ dentro de un proceso de filiación, en el cual se decretó la filiación paterna, pero se negó el surgimiento de los efectos patrimoniales, ante lo cual la demandante alegaba un trato discriminatorio, como hija extramatrimonial del causante, la CSJ determinó desestimar esa censura, por existir los pronunciamientos de la Corte Constitucional, autoridad judicial guardiana de la Carta Política, en la que no encontró que ese trato fuera discriminatorio para los hijos extramatrimoniales. (Sentencia C-122/91).

Concretamente la CSJ con sustento en dicha decisión, dijo no encontrar trato discriminatorio entre los hijos extramatrimoniales no reconocidos y los descendientes que sí lo son -ya sea matrimoniales o no-, en relación con el término con que cuentan para ejercer las acciones que habiliten sus derechos herenciales, fundada, cardinalmente, en que los primeros carecen de una filiación certera al paso que los segundos la ostentan. Además, preciso que el lapso de caducidad de dos años previsto en el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968 que modificó el precepto 7o de la ley 45 de 1936, no se muestra disonante con el plazo que los herederos del causante tienen para ejercer la acción de petición de herencia, cuando ésta es necesaria[184]. Además, la Corte aclaró que los hijos extramatrimoniales no reconocidos voluntariamente cuentan con otro lapso, mucha veces amplío, para demandar su filiación, como lo es el término de vida de su presunto progenitor y que no existe obstáculo para que una persona en la situación aludida instaure, antes del fallecimiento del supuesto padre, la pertinente acción filiatoria, evento en el cual no opera el lapso bienal censurado en el cargo. Con otras palabras, aun cuando no cabe duda de que el inciso 4 del art. 10 de la ley 75 de 1968 consagra el término de 2 años para que el presunto descendiente instaure la pretensión de filiación, contado desde el fallecimiento de su aparente progenitor, a efectos de obtener secuelas de índole económica; nada obsta para que dicha acción sea incoada antes del deceso, con lo cual el lapso de caducidad criticado resulta inoperante, por sustracción de

[183] MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, Radicación n°. 54001-31-10-002-2005-00058-01.
[184] Argumento que no acojo porque la petición de herencia es considerado un derecho real. Ver sentencia del 27 de marzo de 2001, exp. 6365 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil

materia; lo que, a su vez, equipara a los hijos/as extramatrimoniales no reconocidos con todos aquellos que sí lo fueron.

Particularmente no comparto los nuevos argumentos expuestos por la CSJ en la sentencia del 11 de enero de 2019[185], porque la petición de herencia tiene otra configuración (CSJ Exp. 6365/2001 de 27 marzo)[186], y porque tratándose de la filiación extramatrimonial, muchas veces el hijo/a no tiene el conocimiento de la manera como se generó su concepción, las relaciones previas entre su madre y el presunto padre, etc., circunstancias que aveces pueden conocerse luego de muchos años o de acontecimientos trascendentales entre los humanos, como la muerte del presunto padre; en otros casos, para evitarse dolores, escándalos y sufrimientos, se elude la acción de investigación de paternidad, por la madre y hasta por el hijo/a, por presiones familiares y/o sociales; esas realidades sociales no hacen que el derecho del hijo/a a acceder a la justicia sea menos relevante de quien nació dentro del matrimonio, o de quien ya se definió su filiación previamente a la muerte del causante; por el contrario, esas situaciones, son muestra de la discriminación que aún existe en contra del hijo/a nacido fuera del matrimonio y la falta de conocimiento sobre las bondades de la acción de filiación y del principio *favor fili*.

Por eso mismo no podemos en todos los casos derivar consecuencias adversas al hijo/a por haber instaurado la acción de investigación de la paternidad y reclamación de efectos patrimoniales, luego de la muerte del presunto padre, pues de haber abuso en el derecho imprescriptible del hijo/a de conocer su verdadera filiación, debe analizarse las circunstancias propias de cada asunto para determinar si efectivamente el interés del hijo/a en iniciar el proceso es contrario finalidad social del derecho y a las exigencias éticas y sociales; en tanto "los efectos exclusivamente patrimoniales perseguidos, resulta procedente la aplicación de los límites normales al ejercicio de cualquier derecho"[187] (Barber, 2018, p.18).

---

[185] MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, Radicación n°. 54001-31-10-002-2005-00058-01.

[186] En la sentencia del 27 de marzo de 2001, exp. 6365 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil se precisa que *"solamente opera la prescripción extintiva del derecho de petición de herencia cuando un tercero a su vez lo ha adquirido por prescripción adquisitiva mediante la ocupación de la herencia por el tiempo establecido en la ley y este lapso de tiempo empieza a correr desde el momento en que el heredero aparente asume la posesión de los bienes hereditario"*

[187] En España, en SSTS 11 y 12 abril 2012 (RJ 5745 Y 5898): "Las razones por las que la ley declara imprescriptible una acción obedecen a la necesidad de proteger determinados principios o intereses generales que son superiores a otros presentes y absolutamente legítimos, pero que no tienen la preponderancia de

Por lo tanto, no comparto los argumentos que se exponen en las sentencias estudiadas para negar los derechos patrimoniales al/a hijo/a no matrimonial o marital ya que considero que el ordenamiento jurídico colombiano debe avanzar para dejar de lado esas justificaciones sesgadas de tener como personas inescrupulosas a quienes pretenden la filiación, junto con los efectos patrimoniales; en tanto, esa consideración puede ser un prejuicio que dejo la historia[188] sobre el trato diferenciado entre hijos/as matrimoniales y no matrimoniales, que ahora no se debe replicar, en tanto ya está plenamente definido la igualdad de derechos de hijos/as[189], sin importar su origen familiar[190]; además con los adelantos de la ciencia, puede definirse con un grado casi de certeza, si quien alega la filiación del que fallece, verdaderamente es el hijo/a, por lo cual no puede privarse a esa persona del derecho a heredar a su padre, coartándole esa posibilidad al término improrrogable de dos años.

El estudio SAARIO ya había identificado que las diferencias en la reclamación de la sucesión de los hijos/as nacidos en el matrimonio y fuera de él, son discriminatorias (Ales, 2012, p. 53), pues se enmarca dentro de la discriminación formal que se genera desde la misma normatividad y sobre un parámetro histórico de trato injustificado. (Uprimmy. 2017, p. 248).

Dentro del derecho comparado, tenemos que el TEDH en sentencia Camp y Burini c. Holanda del 3 de octubre del 2000, denotó la discriminación que padece el hijo/a nacido por fuera del matrimonio. En dicha sentencia se determinó la vulneración al artículo 8 y 14 de la CEDH referente a la igualdad de los hijos/as y solidaridad familiar, al imponerse diferencias de acceso a los derechos sucesorios del padre fallecido (Ales, 2012, p. 74).

---

aquellos especialmente protegidos. Siguiendo este argumento, la acción para reclamar la determinación de la filiación biológica es una manifestación del principio de protección de la persona, que es preferente en nuestro ordenamiento por declaración expresa del art. 10 CE (Barber, 2018, p.17). Sin embargo, "la STS 12 enero 2015 no descarta que una acción de filiación pueda ejercitarse en fraude de ley… pero para que pudiera declararse así se requeriría la determinación de la norma defraudada y el resultado contrario que produciría en el ordenamiento jurídico español". (Barber, 2018, p.18).

[188] Ver en el capítulo primero la influencia del código de napoleón de 1804, la prohibición de la investigación de la paternidad y la protección sacramental al matrimonio.

[189] Después de las reformas civiles de 1936 (Ley 45), 1982 (Ley 29) y 1991 (art. 42 C.N), con la inserción del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, todas las personas son iguales independientemente de su filiación. Ver salvamento de voto de la sentencia SC113-2019, Rad. 68001-31-10-003-2006-00600-01 del 28 de enero de 2019.

[190] En Colombia, además de la ratificación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1982, con la Ley 29 se determinó la igualdad entre hijos legítimos, naturales y adoptivos, así: "los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones".

Para ahondar en la defensa de los derechos patrimoniales del hijo/a extramatrimonial, encontramos el test de igualdad -artículo 13 de la C. Pol., 2, 7 y 25 de la DUDH- de los que se infiere que cualquier trato diferenciado deberá soportarse en el análisis minucioso y estricto de justificación de un trato diferente, pues sin existir razones de peso que lo avalen estaríamos enfrente de una discriminación a los/as hijos/as nacidos/as fuera del matrimonio[191], en atención a que "la justificación de medidas de diferenciación a partir de criterios sospechosos, requieren un control estricto, con lo cual no basta que se demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la imperiosa necesidad de la misma" (Uprimmy, 2017, p. 252).

Al respecto, en la observación 020 del 2 de junio de 2009, el Comité de DESC recomienda "para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistente" (párr. 8), por lo cual sobre este aspecto, el Estado Colombiano debería evaluar del derecho viviente, las nuevas realidades y la protección a la igualdad de hijos/a nacidos dentro del matrimonio, para conferir los mismos términos de garantía de reclamación de los derechos sucesorales.

Ahora bien, no sobra precisar que esta discusión no se genera cuando el presunto padre demandado está vivo, pues en esos eventos, de declararse la paternidad, surgen *ipso facto* los derechos personales o patrimoniales ya vistos; lo mismo acontece si en curso del proceso el presunto padre o madre demandado/a muere (artículo 159 y 73 del Código General del Proceso y artículo 28 del Decreto Ley 196 de 1971).

Entonces, por ahora si el presunto padre falleció y si el/a demandante además de la declaración de paternidad, pide el reconocimiento de los derechos sucesorales, debe interponer la demanda, dentro de los dos años posteriores a la muerte del presunto padre.

---

[191] Según Uprimmy (2017, p. 250) conforme a la jurisprudencia de las altas Cortes "hay al menos cuatro elementos que determinan que una categoría se convierta en sospechosa. Primero, La distinción debe hacerse con base en rasgos permanente de las personas que determinan su identidad… segundo, la categoría con base en la cual se hace la distinción de trato debe haber estado asociada en el pasado a prácticas discriminatorias y de subordinación, es decir, debe tratarse de una categoría usualmente usada para discriminar. Tercero, los grupos a los que se aplica la distinción de trato, en general, tienen escaso poder político para ser representados en los órganos políticos y, con ello, corregir las discriminaciones. Y cuarto, las categorías sospechosas en cuestión, usualmente, no son un criterio muy racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad, derechos o cargas sociales".

En la práctica, hay que tener en cuenta que el artículo 94 del Código General del Proceso establece la inoperancia de la caducidad a partir de la presentación de la demanda, siempre que el auto admisorio de la demanda se notifique a los herederos determinados e indeterminados dentro del año siguiente, contado a partir de la notificación de tal providencia al demandante[192].

Por lo anterior, el demandante debe presentar la demanda dentro de dos años siguientes a la muerte del presunto padre y notificar a los herederos determinados e indeterminados dentro del año siguiente para que no se produzcan los efectos fatales de la caducidad de los efectos patrimoniales[193].

5.2 Efectos de la declaratoria de paternidad en España

Para Barber (2013) la determinación de la relación jurídica de filiación comporta, para sus dos partes, que el ordenamiento les atribuye automáticamente un complejo entramado de efectos relativos a la esfera personal, familiar y patrimonial. Automaticidad, consecuencia del art. 39 CE, que además de asegurar la protección de la familia por los poderes públicos, contempla la obligación de los padres de "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos

[192] Se considera que de presentar la demanda de filiación con efectos patrimoniales el último día del bienio, no debe entenderse de por si una conducta negligente, pues el derecho subjetivo puede ejercerlo legítimamente dentro del término que la ley confiere; aunque con ello sí se corre el riesgo de que opere la caducidad, pues siempre que se demanda la paternidad o maternidad de una persona fallecida, debe vincularse como legitimados por pasiva, a los herederos indeterminados, que conlleva a un trámite adicional para su notificación, cuál es, el emplazamiento, en los términos del artículo 108 del Código General del Proceso y el nombramiento de un/a curador/a ad litem conforme al artículo 48 y 55 del Código General del Proceso, procedimiento que puede ocupar más de un año, pues hay incidencias en la publicación del edicto en medio masivo de comunicación, en el registro nacional de personas emplazadas, designación, aceptación o posesión del curador que retardan el trámite y que ponen en vilo los derechos patrimoniales del demandante.
Pero además hay otras cuestiones que escapan al demandante, como el ocultamiento de los demandados determinados o la morosidad del trámite en el juzgado, que si bien no pueden atribuirse al demandante, es mejor demandar lo más pronto posible para evitar que este tipo de discusiones afecte la buena marcha del proceso. En la sentencia del 5 de septiembre de 2008, Exp. 2197, aclara la Corte Suprema de Justicia que esta sanción procesal no tiene carácter absoluto como el que parecería deducirse del tenor literal de esa norma, puesto que podría dejarse de aplicar en aquellos casos en que se prueba una actitud temeraria de los demandados para evitar la notificación, u obtener la morosidad y dilación del aparato judicial, ambos hechos no imputables al demandante, quien con diligencia debe intentar evitar el paso del tiempo (Torrado, 2018, p. 170).

[193] Por ejemplo, si Pedro fallece el 8 de mayo de mayo de 2015 y Juan, mayor de edad, pretende que se declare a Pedro su padre, luego del hecho de la muerte, deberá presentar la demanda hasta antes del 8 de mayo de 2017 (inciso 8 del artículo 118 del Código General del Proceso); si se le notifica a Juan la admisión de la demanda el 5 de junio de 2017, tendrá hasta el 5 de junio de 2018 para notificar a los demandados, herederos determinados e indeterminados de Pedro; si Juan los notifica después de ese plazo, los efectos patrimoniales de la acción habrán caducado el 8 de mayo de 2017. Por el contrario, si logra notificar a los demandados antes el 5 de junio de 2018, se entenderá que no ha caducado la acción, pues quedó inoperante desde la presentación de la demanda.

dentro o fuera del matrimonio". En la interpretación de este precepto por la doctrina constitucional se advierte la afirmación de un "derecho" de los padres a ejercitar tal función sobre los hijos, que si no ha de entenderse en estricto sentido técnico, sí identifica la existencia de un interés legítimo de los padres a ejercer dicha asistencia. Por consiguiente, su privación o exclusión habrá de venir tasada por la Ley, y fundada en causas ligadas al interés de los hijos. Porque concretada dicha asistencia en diversas funciones o potestades privadas, es la consideración de dicho interés el que debe regir y justificar su ejercicio (p. 62).

El Código civil español no contempla de modo unitario la totalidad de los efectos de la filiación: con criterio más pragmático, en los arts. 109 y 111 esboza el contenido mínimo, como: la patria potestad (arts. 154 a171 CC.), ligada a la minoría o incapacitación de los hijos; los derechos sucesorios (arts. 807.1 y 931 CCE.); la obligación de alimentos (arts. 142 y ss CCE.);o la adquisición de la nacionalidad y la vecindad *iure sanguinis, ex* arts. 17.1y 14.2 y 3 CCE. Por otra parte, debe advertirse que la determinación de la filiación constituye el dato inicial para la relación de parentesco, que inscribe al hijo/a, según ya se ha expuesto, en el *status familiae* correspondiente a sus dos progenitores, con los correspondientes efectos personales y patrimoniales, independientes incluso, en la mayoría de los casos, del desenvolvimiento de la relación de filiación respecto de aquéllos (por ejemplo, la privación de la patria potestad a uno de ellos no excluye el derecho de los abuelos –padres de tal progenitor- a relacionarse con sus nietos, conforme a lo prevenido en el art. 160 CCE.). (Barber, 2013, p. 62).

5.2.1 Status filii y status familiae.

En el derecho Español se habla de *status filii y status familiae* como la posición de hijo/a dentro de la familia y con sus parientes. Entonces, si en el proceso de reclamación de paternidad, se prueba el lazo de consanguinidad, la primera medida que debe garantizar el/a juez/a es el *status filii y status familiae* que incluye el derecho de llevar el apellido de su progenitor, gozar de los derechos derivados de la patria potestad, contacto y relación personal con sus familiares (Ales, 2012, p. 57).

Desde la lógica podría entenderse que el *status filii y status familiae* surge como pleno

derecho del hijo/a de ostentar una relación con su progenitor y con la familia de su progenitor, pero no siempre ha sido así; diversos fallos del TEDH dejan en evidencia las restricciones dadas desde el Código de Napoleón, que poco a poco se han modificado con el derecho convencional; v.gr., en el caso Marckx contra Bélgica de 1979, Johnston contra Irlanda de 1986, Silvestre contra Austria de 2003, demuestran que no era uniforme el reconocimiento de estos status, ya sea porque no se reconocía status filii, al supeditarse los derechos del hijo/a a la voluntad del padre, o el status familiae, al solo reconocer los efectos de la filiación respeto de los progenitores, mas no de los demás miembros de la familia; pese a que el artículo 8 del CEDH estableció la existencia de relaciones afectivas y de solidaridad para el reconocimiento real de la vida familiar.

Hoy ya se tiene la claridad de que la acción de filiación en la que se declara la paternidad, tiene como consecuencia el surgimiento de los vínculos que con los padres y demás familiares puedan desarrollarse, reconociendo que los lazos de afecto no solo dimanan de los progenitores al/a hijo/a, sino también con los demás parientes.

5.2.2 Patria potestad

La breve regulación que el Código dispensa a los efectos de la filiación se cierra con un precepto introducido en la reforma de 1981 y sin precedente en la redacción originaria. Con claro carácter de sanción civil, el progenitor incurso en los presupuestos del art. 111 CCE[194]. resulta automática y legalmente excluido de los efectos propios de la filiación, salvo su contenido mínimo, concretado en las obligaciones de vela y alimentos en favor del hijo/a. Contempla así una relación de filiación con efectos meramente declarativos, desvinculada de su eficacia legal propia (Barber, 2013, p. 76).

De modo que la justificación de la norma debe desplazarse desde la sanción al progenitor a la protección del hijo/a, lo cual requiere la modulación de sus efectos, y la sustitución de su

[194] El artículo 111 del CCE establece que “quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1.° Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2.° Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

carácter automático por la decisión judicial, sobre todo en los supuestos de minoría del hijo/a (Barber, 2013, p. 77)

Al respecto, en STS 16 febrero 2012 (RJ 2012, 3923) "si bien se trata de una norma que sanciona la negativa del padre demandado al reconocimiento de la filiación cuando ésta resulta probada, no se ha aplicado la forma rígida puesto que esta Sala entiende que no resulta conveniente para el interés del menor, la privación de la patria potestad en aquellos casos en que si bien ha existido una primera oposición, ha desaparecido cuando los resultados de la prueba biológica han sido incontestables y el demandado los ha aceptado sin mayor oposición[195] (…) Por otra parte, el Art. 111.2 es una norma que priva de derechos, lo que implica que debe ser interpretada en forma restrictiva". (Barber, 2013, p. 80).

Además, anoto que la filiación judicialmente determinada contra la oposición del progenitor no es la mera pasividad del demandado, ni su rebeldía, ni el allanamiento a la demanda (aunque carezca de efectos *ex* art. 751 LEC) ni la negación de la paternidad conforme a la propia creencia del demandado, que al tiempo no se opone a la práctica de la correspondiente prueba… de manera que los Tribunales han restringido el concepto de oposición determinante para la aplicación del art. 111.2. CCE[196]. (Barber, 2013, p. 80).

El carácter sancionador del precepto, por otra parte, justifica que sólo proceda su aplicación ante la oposición del progenitor[197], no de sus herederos, cuya legitimación pasiva *nomine proprio* contempla el art. 766 LEC. Por la misma razón, tampoco procedería frente a la oposición del representante legal del progenitor. Todo lo cual conduce a afirmar el carácter personalísimo de la oposición para que proceda la aplicación del art. 111 CCE. (Barber, 2013, p. 81). No surge tampoco en favor del progenitor derechos legales, inter vivos o mortis causa, respecto del hijo o de sus descendientes. Por consiguiente, la obligación de alimentos no será en este caso recíproca: el progenitor sólo será deudor de ella, respecto del hijo y sus

[195] Y la oposición del progenitor a asumir sus deberes constituye ilícito civil, sancionado con la limitación de efectos que a la determinación de la filiación atribuye en este caso el art. 111 CCE. Por otra parte, este sistema entiende preferible para el hijo/a ostentar una filiación matrimonial, ya no por sus efectos, sino por la estabilidad y certeza que comporta, fundada en el *honor matrimonii.* (Barber, 2013, p. 258).

[196] Un completo resumen de la doctrina jurisprudencial al respecto ofrece la STS 12 noviembre 2008 (RJ 2008, 7128)

[197] La exclusión de la patria potestad es una sanción diferente a su privación. Esta se impone en una sentencia, constituyéndose así una decisión judicial tomada tras la constatación del incumplimiento por el progenitor de los deberes propios de la patria potestad, bien en un proceso específicamente dedicado a ello, bien con ocasión del ejercicio de otra acción penal o matrimonial (art. 170 CCE.). (Barber, 2013, p. 82).

descendientes, pero nunca acreedor. Carecerá también de la condición de legitimario, no será llamado a la sucesión ab intestato, ni tendrá derecho a reservas sucesorias (Barber, 2013, p. 83).

5.2.3 Apellidos

El régimen legal de los apellidos (y también del nombre) "se encuentra en los arts. 53 a 62 LRC y 192 a 219 RRC, más allá de la previsión… del art. 109 CCE[198], su exposición sistematizada requiere una observación previa: el art. 53 LRC, que ha sido modificado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, para sustituir la referencia paterna y materna por la correspondiente "a ambos padres" en un intento de adecuar los enunciados legales a las consecuencias del matrimonio entre personas del mismo sexo acogido por dicha Ley". (Barber, 2013, pl. 64).

Respecto la exclusión de los apellidos, tenemos que hace parte de la exclusión de los efectos de la filiación, bien por determinación del representante legal del hijo/a aprobada judicialmente, bien por la voluntad del mismo (Barber, 2013, p. 84), que como ya dijimos, debe ser analizada caso a caso por el juez/a.

5.2.4 La obligación de vela.

La identificación completa del contenido del deber de vela comprende la prestación al hijo/a menor de edad de todas las atenciones y cuidados requeridos para su adecuado desarrollo y para el más pleno desenvolvimiento de su personalidad. Engloba así la atención y cuidado por la satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y espirituales, hallando su mejor vehículo de cumplimiento en la convivencia con el hijo/a (Barber, 2013, p. 72).

5.2.5 Derecho de alimentos.

El deber de asistencia de los padres a los hijos/as "habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda" (art. 39.3 CE)

[198] La Ley 40/1990 de 5 de noviembre, introdujo los párrafos segundo y tercero al art. 109 CCE, en cuya virtud los padres pueden elegir, de común acuerdo, el orden de los apellidos, siempre de forma previa a la inscripción registral del hijo/a y vinculando la elección realizada para el primer hijo/a el orden de apellidos de los posteriores con idéntico vínculo de filiación. (Barber, 2013, p. 65).

constituye el contenido mínimo, indisponible e inderogable de la filiación. Es una consecuencia directa y unilateral de la relación de filiación y tiene un rango constitucional del que carecen otros, como por ejemplo el de alimentos entre parientes distintos de los hijos/as. El Código civil español concreta y desarrolla ese deber de formas distintas y en contextos diferentes, atendiendo a la minoría o no de los hijos/as, a la situación de crisis entre los progenitores, o a que éstos ostenten o no el ejercicio de la patria potestad. Porque ésta, función jurídica dirigida a la protección personal y patrimonial de los hijos/as menores de edad, constituye un contenido natural de la filiación, según resulta del art. 154 CCE., que incluya en sí los deberes de asistencia. (Barber, 2013, p. 71).

El art. 111 CCE[199], en sede de efectos de la filiación, establece su estatuto mínimo en favor de los hijos/as menores de edad: concreción de ese deber de asistencia constitucionalmente contemplado, impone a los padres las obligaciones de vela y alimentos, como independientes de la patria potestad y subsistentes siempre. Dicho precepto dota así de carácter jurídico mínimo a la obligación moral de atención a los hijos/as menores de edad. Para el Código, estas obligaciones tienen carácter unilateral. Sobre los hijos/as, como obligación paralela por independe de patria potestad, recae el deber de respeto a sus padres contemplado en el art. 155.1CCE, que se mantiene "siempre". (Barber, 2013, p. 71).

Para la determinación de la obligación de alimentos a favor de hijos menores de edad, tenemos:

- La obligación de alimentar a los hijos/as menores de edad se desvinculan de la demostración de sus necesidad, al ser inherente al desvalimiento humano (Barber, 2013, p. 74). Al igual que el ordenamiento jurídico colombiano.

- La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales fija la pensión de alimentos en favor de los hijos/as menores de edad aun faltando datos sobre los ingresos de los

[199] El artículo 111 del CCE dispone que "quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1.° Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2.° Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos".

> obligados a prestarla… <por cuanto> el progenitor debe compartir con ellos su patrimonio hasta límites ligados a la propia subsistencia[200] (Barber, 2013, p. 73).

La sanción de incumplimiento de los deberes de asistencia y sustento de los hijos/as menores de edad constituye el delito de abandono familiar (art. 226 Cpe). "Además del reproche penal, la negativa del padre a prestar alimentos a los hijos menores, es causa de desheredación por el hijo… la privación de la patria potestad. Además… de los daños consecuencia del incumplimiento habrán de indemnizarse" (Barber, 2013, p. 76).

5.2.6 ¿Cobro de los alimentos retroactivos?

Para el cobro de los alimentos retroactivos causados antes de la acreditación de la filiación, tenemos que el art. 148 CCE, establece que "la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda".

En esa medida tendríamos que solo desde la exigencia judicial de alimentos, el deudor estaría obligado a suministrar alimentos.

Sin embargo, en España, tenemos que la STC 57/2005, de 14 de marzo declara que "mientras la obligación de alimentos entre parientes descansa en las situación de necesidad perentoria de los mismos o para subsistir y se abona sólo desde la fecha en que se interponga la demanda, los alimentos de los hijos/as, en la medida que tienen su origen en la filiación, art. 39.3 CE, ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos" (Barber, 2013, p. 75).

De hecho, es muy interesante la interpretación que hace Ruiz-Rico (2018), del art. 110 CCE, cuando anota que el legislador en esa norma está asumiendo la automaticidad de los alimentos, sin necesidad de reclamación judicial, habida cuenta que esta norma recoge el régimen básico de los alimentos a hijos/as menores de edad, y ahí no aparece por ningún

[200] El Tribunal Supremo tiene declarado que el nacimiento de un nuevo hijo/a del alimentante no ocasiona, por sí, la reducción de la pensión de los que ya tuviera, sino que ello dependerá de la efectiva reducción de sus ingresos, habiendo de considerarse para ello la situación económica de la nueva unidad familiar por él fundada. (Barber, 2013, p. 74).

lado la exigencia de reclamación judicial no extrajudicial, sino que basta con que se determine la filiación para ser exigible y para que se pueda reclamar por el menor de edad los gastos alimenticios atrasados, se hagan abonado o no. (p. 13).

En esa medida, Ruiz-Rico (2018), precisa que dicha norma puede leerse en clave de determinación de los presupuestos y circunstancias del deber legal de alimentos y asistencia a los hijos/as, ya que especifica que obligatoriamente deberá asistirse y alimentar a los hijos/as durante la minoría de edad, a partir de la filiación determinada conforme a las pruebas biológicas derivadas de la "investigación de la paternidad". Es decir, la norma parece estar pensando no sólo en los sujetos que deben prestar prioritariamente la asistencia (léase, alimentos) a los menores de edad, sino también en el momento, condiciones y plazo de duración, a saber: desde el nacimiento del hijo/a (desde su determinación legal), y sin ningún tipo de condiciones adicionales (léase, reclamación judicial o incluso extrajudicial), y como mínimo hasta la mayoría de edad. Aparte de esto, la norma del art. 39.3 CE remite al legislador ordinario para que, en cada momento histórico, determine si ha de prestarse o no tal asistencia tras la mayoría de edad, y en qué casos y circunstancias. (p. 16).

De hecho, hilando fino, Ruiz-Rico (2018) propone que podría haber en este aspecto, un trato discriminatorio a las madres (solteras) respecto de los padres (no matrimoniales) en cuanto a la determinación de la filiación, al referirse que es un poco ilógico que para obtener los alimentos del padre biológico, si este sabe del nacimiento y aun así se niega a pagar, sea precisa una demanda de reclamación de filiación acompañada de una demanda de alimentos en conjunción con el art. 112 y 154 CCE, si la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar, no debería excluirse la posibilidad de reclamar alimentos, o de obtener la compensación por los abonados por el otro progenitor, desde el momento del nacimiento. (p. 55).

Aun mas, encuentro que para la determinación de la filiación del que está por nacer, en España el criterio doctrinal mayoritario, es el de admitir que procedería la figura del reconocimiento de un "*nasciturus".* "En caso contrario, se obligaría a esperar al nacimiento para poder determinar la filiación y hasta ese momento no podría plantearse el cumplimiento de los deberes de asistencia del padre" (Fernández y Verdera, 2018, p. 5). En Colombia, el

CGP innovó al disponer como un sujeto procesal quien está por nacer[201], pero nada dice de la acción de filiación a su favor; lo que si hace referencia el art. 111 del CIA, es a los alimentos que puede exigir la mujer embarazada a favor del *nasciturus*, "respecto del padre legitimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad". Con ello, tanto en España, como en Colombia, debe haber reconocimiento previo del hijo/a que esta por nacer, para poder reclamar alimentos[202]; de lo contrario, habría que esperar el nacimiento del hijo/a para instaurar la acción de investigación o reclamación de la paternidad, sin opción de cobrar los alimentos que se causaron desde la concepción del hijo/a.

Ese sería otro argumento para denotar el rezago de antaño de supeditar los derechos de los hijos/as a la voluntad del padre y en consecuencia, para este caso, la nugatoria de acceder a los alimentos desde la concepción y la imposibilidad de cobrar alimentos de manera retroactivo.

Retomando, en España, según el art. 148.I CCE, «la obligación de dar alimentos será exigible desde que necesitaré para subsistir, la persona que tenga derechos a percibirlos, *"*pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*".* La formulación actual del art. 148.I, unida a la falta de una regla especifica en sede de acciones de filiación, es contraria a la reclamación de los alimentos pasados, en aplicación de la regla in *praeteritum non vivitur* que rige tradicionalmente en materia de alimentos. La norma ha sido avalada por el TC que, por Auto del Pleno 301/2014, de 16 de diciembre (RTC 2014\301), inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la misma. (Farnós, 2018, p. 12).

Sin embargo, si la obligación de alimentos respecto de estos es más amplia y no aparece ligada a la subsistencia, sino a la responsabilidad por la nueva vida, debería no serle

[201] En Colombia, el art. 53.3 del CGP establece que "podrán ser parte en un proceso… 3. El concebido, para la defensa de sus derechos". Sería interesante, con sustento en ese artículo radicar ante el juez/a de familia, la demanda de investigación de filiación a favor del concebido, con solicitud de alimentos provisionales, esgrimiendo fundamentos razonables, en tanto, la norma ya considera al concebido parte del proceso judicial.

[202] Así en Colombia, el art. 2 de la ley 75/1968 permite el reconocimiento de la paternidad antes del nacimiento de la criatura por cualquiera de los medios previstos en el art. 1 de la ley citada. Por su parte la ley española, no regula expresamente esta posibilidad, pero un sector de la doctrina ha interpretado que si es posible reconocer al hijo/a que está por nacer siendo uno de los beneficios que puede obtener del art. 29 CCE, en virtud del cual, si el hijo/a nace cumpliendo las exigencias del art. 30 del mismo estatuto, se tendrá por nacido y se le aplicarán las mismas normas que le sean favorables. (Gallo, 2015, p. 95).

aplicable la irretroactividad establecida en el art. 148 CCE. La cuestión de inconstitucionalidad consideraba el último inciso del art. 148.I CCE -"pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda"[203]- que entra en conflicto con el deber de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad» que el art. 39.3 CE impone a los padres (Farnós, 2018, p. 12).

Aunque no viene referido en exclusiva a los alimentos de los hijos/as menores de edad, el § 1613 (2) BGB alemán permite excepcionalmente al legitimado reclamar el cumplimiento de los alimentos atrasados, más allá del periodo legal, en dos supuestos: 1. En caso de una extraordinaria y acuciante necesidad; 2. Para el periodo de tiempo en que por motivos legales o de hecho que recaen en el ámbito de responsabilidad del obligado, el legitimado no pudo hacer valer la pretensión de alimentos[204]. (Farnós, 2018, p.15).

Como conclusión de esta temática y en búsqueda de que el ordenamiento jurídico avance en su coherencia de protección al hijo/a, en las palabras de Ruiz-Rico (2018) el art. 110 CCE, le impone a todos los casos de padres respecto de sus hijos/as menores de edad, haya o no patria potestad, el deber de alimentos, sin condiciones (léase, sin necesidad de reclamación judicial, ni siquiera extrajudicial). Esto es por lo demás razonable y acorde en buena medida con los planteamientos de la doctrina reciente del TS respecto de la retroactividad: al fundamentarse la misma en la idea de tutela del alimentante, en el ámbito de los alimentos entre parientes del art. 148 ss CCE, en el sentido de evitar la sorpresa de verse obligado a tener que cubrir unos alimentos de forma retroactiva durante un período importante de tiempo; es evidente que eso no sucede en los alimentos de padres respecto de hijos/as menores de edad, por cuanto al haberse determinado ya su filiación, el mandato del art. 110 CCE hace que no exista ya la sorpresa o la ignorancia acerca de su deber legal de alimentar,

[203] La reclamación fija el momento a partir del cual si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. (Farnós, 2018, p. 13).

[204] Este es el definido en el § 1613 (1), según el cual «en caso de alimentos atrasados el legitimado puede pedir el cumplimiento o al resarcimiento del daño por el incumplimiento sólo a partir del momento en que el obligado, con el fin del ejercicio de la pretensión, ha sido requerido a facilitar información acerca de sus ingresos y de su patrimonio, a partir del momento en que el obligado ha incurrido en mora o a partir de la *litis* de la pretensión de alimentos (Farnós, 2018, p. 16)

por lo que debe aplicarse el principio de irretroactividad al ámbito de los alimentos entre padres e hijos/as menores de edad[205]. (p. 32).

En esa línea, para Barber (2013), la filiación, antes que relación jurídica, es un hecho jurídico, con sus propios efectos. Quien asiste a un hijo/a cuya filiación no ha sido determinada conforme al derecho no cumple una obligación moral, ni natural, sino jurídica. Ciertamente, la exigibilidad de tales deberes dependerá de la previa determinación de la filiación, pero no se confunde con el nacimiento de ellos (p. 75).

Así las cosas, si el presunto padre pagó alimentos, antes de haberse fijado provisionalmente en el proceso de reclamación de paternidad, pago lo debido; empero, para el pago de las cuotas dejadas de pagar desde el nacimiento del hijo/a y hasta la presentación de la demandada, no debería serle aplicable la irretroactividad establecida en el art. 148 CCE[206]. Sin embargo, aun reiterando que la obligación de asistencia a los hijos/as surge del hecho mismo de la generación, la jurisprudencia liga la exigibilidad de la prestación a su determinación, y le aplica la máxima *in praerteritum non vivitur* para negar la procedencia de la condena retroactiva. Por consiguiente, se aplica a los alimentos debidos a menores de edad la regla del art. 148 CCE. y sólo se entienden debidos desde la interposición de la demanda: así STS 14 junio 2011 (RJ 2011, 4527)[207]. (p. 75).

---

[205] "Nos planteamos si es o no adecuado en un futuro no lejano, en una futura reforma legal, o intentando una reinterpretación de las normas vigentes, abandonar, o al menos poner en cuestión, los planteamientos clásicos que determinan la automaticidad de los efectos de la filiación, salvo curiosamente en el campo de los alimentos al hijo menor. Lo que nos lleva a tratar también asuntos como la adquisición de un hipotético derecho de relación y visita sobre el menor cuya fijación ha sido determinada, por parte del nuevo progenitor, o incluso la adquisición automática de la patria potestad, y por tanto de todas y cada una de las facultades inherentes a esa patria potestad, equiparando plenamente la posición de este con el otro progenitor (la madre, normalmente) cuya filiación quedó determinada en origen, con el parto mismo. Ello habría que plantearlo igualmente respecto de la cuestión de la asignación de un deber de alimentos al nuevo progenitor, pero ahora en sentido contrario, de pensar en la automaticidad en cuanto al momento del nacimiento y exigibilidad de las correspondientes prestaciones alimenticias a favor del hijo". (Ruiz-Rico, 2018, p. 11).

[206] Para Barber (2013), si la obligación de alimentos en favor de hijos/as menores de edad es más amplia y no aparece ligada a la subsistencia, sino a la responsabilidad por la nueva vida, no debería serle aplicable la irretroactividad establecida en el art. 148 CCE (p. 75).

[207] Para Ruiz-Rico (2018) el fundamento de la irretroactividad contenido en las sentencias del TS es la protección del deudor de alimentos frente a una situación sorpresiva, pero resalta que "es evidente que no hay ya tal sorpresa desde el momento en que conoce que su filiación paterna ha sido determinada (ya sea con su intervención directa, mediante el reconocimiento o la acción de reclamación a instancias del propio progenitor; ya sea con su intervención como demandado en procedimiento judicial, o como sujeto partícipe necesario en el expediente del art. 49 de la antigua LRC)". (p. 16).

Entonces, la acción posible sería la de indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación legal, *ex* art. 1090 y 1101 CCE[208], "ha de advertirse como, en la actualidad, los Tribunales parecen más proclives que hace un tiempo a las condenas indemnizatorias por incumplimiento de deberes familiares"[209] (Barber, 2013, p. 75).

Conclusiones.

Dentro de los efectos de la declaración de paternidad, tenemos que el art. 111 del Código Civil Español señala que "quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor (…) 2° Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición (…) el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal. (…) Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimento".

Como primer punto, en España encontramos similar exclusión al ejercicio de la patria potestad, que se estableció en el art. 62 del Código Civil Colombiano, pues aunque en Colombia la ley no hace pronunciamiento sobre la restricción respecto de los apellidos, si contempló que el padre declarado tal en juicio contradictorio, no tendrá la patria potestad, pero como ya lo anote, en la sentencia C-145/10, ordena que debe el "juez hacer la valoración correspondiente de los hechos y pruebas existentes, siguiendo para el efecto el procedimiento previsto".

Sobre ello, Ferrer (2018) ha señalado que en España "la ley penaliza la resistencia del progenitor a admitir la paternidad reclamada y aceptar sus consecuencias. Ha planteado dudas, en la práctica, la cuestión de hasta dónde puede llevar sus derechos de defensa en juicio sin correr el riesgo de quedar excluido de sus derechos y otros efectos legales de su condición de progenitor. En la jurisprudencia es parecer dominante, con buen criterio, que no

[208] De modo que, en tanto se mantenga la irretroactividad de los alimentos pasados, las acciones de frente al progenitor tardíamente determinado habrán de basarse bien en las reglas del enriquecimiento injusto, para fundar la acción del progenitor putativo, bien en las de la responsabilidad extracontractual, que puede fundamentar tanto la acción de éste como la del hijo/a, por los daños sufridos, y con los requisitos de ésta, señaladamente la culpa del verdadero progenitor. Además, cabrá dirigir la acción frente al otro progenitor inicial y concordemente determinado (normalmente la madre) (Barber, 2013, p. 90).
[209] Ver STS 8 de abril 1995 (RJ 2991).

hay oposición, a los efectos del art. 111 CCE, si el demandado, pese a cuestionar su paternidad y oponerse así a la demanda, asume la práctica de la prueba biológica y acepta su resultado (STS 10.7.2001, RJ 5152; STS 16.2.2012, RJ 3923)". (p. 4).

Por otro lado, la jurisprudencia y la doctrina española y colombiana reiteran unánimemente que las obligaciones alimenticias contempladas en los art. 110 CCE y art. 129 CIA, respectivamente, en lo referente a que al hijo/a menor de edad, no cabe hablar de una obligación de los alimentos *stricto sensu*, sino que se integra en el más amplio deber de asistencia, consecuencia inmediata de la generación. (Barber, 2013, p. 73).

En ese punto, sustancialmente tenemos una protección especial para los hijos/as menores de edad; sin embargo, procesalmente, existe una gran diferencia, que a mi modo de ver, hace que el ordenamiento jurídico colombiano le saque ventaja al español y es lo referente a la determinación por parte de los agentes del Estado aun de oficio de la obligación de alimentos, pues si el juez/a de familia, encuentra acreditada la filiación, conforme al art. 281 del CGP y al art. 24, 111, 129 y 130 del CIA, el juez/a debe aún de oficio determinar los alimentos. Con ello, la sustancial protección que emana del art. 44 de la Constitución Política Colombiana respecto de los alimentos para niños, niñas y adolescentes.

En España, "hasta la fecha, no se ha planteado en ninguna resolución judicial esta posibilidad de que el juez que resuelva favorablemente sobre una demanda de reclamación de una filiación concreta, normalmente no matrimonial, se pronuncie de oficio sobre cuestiones no planteadas, pero lógicamente relacionadas de forma directísima con el objeto del procedimiento. Básicamente porque no existe norma en la LEC que lo autorice" (Ruiz-Rico, 2018, p. 12).

Entonces, si en España el derecho de los hijos/as menores de edad y con alguna incapacidad a reclamar alimentos y el deber que tienen sus padres de velar moral y materialmente por ellos, lo establece la Constitución española en el art. 39.3 y lo recoge el art. 110 del CCE, por lo cual el ordenamiento jurídico español debe avanzar para otorgarle amplias facultades al juez/a de determinar los alimentos a su favor, aun de oficio, en tanto, estas disposiciones normativas se proclaman la protección integral de los hijos/as y el deber

de los padres de prestarles asistencia en todos los aspectos de la vida, tanto físicos como morales y espirituales (Gallo, 2015, p. 177), correspondiendo al Estado, restablecer ese derecho, aun sin que el representante del menor de edad lo haya exigido.

Al margen de ello, reconozco que España le lleva ventaja a Colombia, en lo referente a la discusión que ha suscitado el cobro de alimentos retroactivos, pues al menos ya se ha planteado el debate doctrinal y jurisprudencial del pago de alimentos retroactivos a los hijos/as y se está en búsqueda de soluciones para el reconocimiento y pago de las sumas de dinero que por alimentos el padre, declarado como tal en el juicio de filiación, dejo de pagar desde el nacimiento y antes del litigio de reclamación. En Colombia, esa temática es terreno por abonar; de hecho, en la jurisdicción de familia colombiana, aún no se contempla adelantar demandas indemnizatorias por incumplimiento de los deberes de alguno de los miembros de la familia, cuestión que creo que sería interesante avanzar[210], en tanto, permitiría desencadenar muchos pleitos al interior del hogar, y también serviría como un llamado de prevención a la sociedad, de cumplimiento de los deberes familiares.

Otra diferencia por resaltar, entre el ordenamiento jurídico colombiano y español, respecto de los efectos, es que en España no se consagra la odiosa diferenciación de términos en contra del hijo/a nacido fuera del matrimonio, para demandar la filiación con efectos patrimoniales, cuando el presunto padre ha muerto, pues en España se ha contemplado la igualdad de acceder a la masa herencial, de hijos/as nacidos en el matrimonio y fuera de él, en tanto el art. 112 del CCE establece que “la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario”.

[210] Encontré que la CSJ hizo un acercamiento a ese propósito, en la sentencia de 19 de octubre de 2017, en la que en algo se refiere a la posible indemnización de perjuicios al hijo/a por los daños causados por el padre putativo, al enfatizar que en la ruptura de los lazos afectivos creados durante años de convivencia familiar entre un menor de edad y quien de forma voluntaria reconoció la paternidad respecto suyo, genera en el primero una afectación psicológica como consecuencia de verse truncado súbitamente dichos lazos. Concluyó que “el ascendiente que, a modo de retracto, decide no sólo romper el vínculo afectivo que voluntariamente auspicios sino rechazar la filiación de quien una vez acogió en su seno, cual mercancía que, dependiendo del estado de ánimo puede ser desechada. Por supuesto que dicho proceder debe dar lugar a reparar el daño, a lo sumo psicológico” (STC 16969-2017, 19 oct, rad. 2017-02463-01).

Capitulo III. Impugnación de la paternidad.

El propósito de la acción de impugnación es “dejar sin efecto una filiación legalmente establecida por no coincidir con la realidad biológica” (Gómez, 2007, p. 170), por lo que se pretende “destruir la relación de filiación legal que posee cobertura registral, ya sea porque esta relación carece de correlación con la verdad material de los hechos o porque el acto mediante el cual el reconocedor expresó su voluntad de asumir el rol legal de progenitor estuvo viciado por error o intimidación”(Ales, 2012, p. 362).

Al respecto, encontramos que en la sentencia del 28 de enero de 2019, MP. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE[211], la CSJ estableció que la impugnación de la filiación paterna corresponde a la oportunidad establecida para refutar la paternidad; afincada en dos tipologías: i) la que se dirige en contra de la presunción regulada en el artículo 214 del Código Civil, según la cual los/as nacidos/as durante la vigencia de un vínculo de pareja debidamente constituido serán hijos/as de ésta; ii) la «impugnación de reconocimiento», que tiende a desconocer la expresión discrecional de quien acepta ser padre, sin que se configure ánimo de permanencia en la relación.

Así las cosas, con la acción de impugnación de paternidad, el demandante reprocha la anotación hecha en el registro civil del demandado, señalando que no corresponden a la realidad y por ello busca atacar el estado civil previamente establecido ya sea por las presunciones que surgen por el matrimonio, la unión marital de hecho, o por el reconocimiento voluntario[212].

En Colombia, hay que tener en cuenta que si se pretender dejar sin efecto la anotación del registro civil respecto del hombre inscrito como el padre del hijo/a, la acción a instaurar es la acción de impugnación, cuestión que debe identificar el/a juez/a, tras desentrañar el verdadero alcance de las pretensiones dispuestas en el acápite correspondiente de la

[211] SC113-2019, Rad. 68001-31-10-003-2006-00600-01.

[212] El artículo primero de la Ley 75 de 1968 establece que el reconocimiento voluntario es irrevocable, por lo cual el padre no puede revocar unilateralmente dicho reconocimiento ni siquiera con la aquiescencia del hijo/a o con conciliación extrajudicial, pues como ya se explicó, tratándose de un asunto de filiación, que involucra el estado civil de las personas no es conciliable, ni se puede transar, en esa medida en caso de tener un interés actual en ello, la única vía es la impugnación de la paternidad.

demanda (art. 90 del CGP) ya sea que se inicie la acción de investigación de paternidad, cuando lo que se quiere es iniciar la acción mixta, o cuando se alega la invalidez del reconocimiento voluntario del hijo/a, nulidad del registro, ineficacia, falsedad o inoponibilidad, pues del artículo 216 y s.s. del Código Civil y la Ley 1060 de 2006 se deduce que "tan sólo a través de la referida vía procesal se puede lograr la corrección de los datos consignados en el registro civil de nacimiento.... La ley, que según lo visto regula de manera especial e íntegra el estado civil de las personas, no consagra la figura de la nulidad sustancial prevista en el Título XX del Libro 4° del Código Civil como herramienta autónoma para remediar afirmaciones falsas que afecten materialmente la inscripción de una filiación"[213].

Al respecto, ya se hizo mención al hacer referencia a la investigación de paternidad, que a los hijos/as habidos en el matrimonio, se les define su filiación a partir de la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant,* caso en el cual el marido puede iniciar la acción de impugnación, que tiene por objeto dejar sin efecto una filiación oficialmente determinada, mismo derecho que en Colombia tiene el compañero permanente, dentro de una unión marital de la hecho[214], a partir de la cual se definió la filiación (art. 216 CCC); también puede iniciar la acción, quien sin ser casado o estando en una unión marital de hecho, en un primer momento reconoció voluntariamente al hijo/a, pero luego persigue la declaración de invalidez o inexistencia de esa manifestación con la que se determinó la filiación (art. 248 CCC).

También, se encuentran las acciones de impugnación comúnmente denominadas mixtas, que pretenden de una parte dejar sin efectos una filiación previamente establecida por presunciones o reconocida voluntariamente, para luego que se defina la verdadera filiación, por lo que de probarse que la filiación impugnada no corresponde con la realidad, se deja sin efecto una filiación oficialmente determinada, para buscar la verdadera filiación. En las acciones mixtas encontramos conjugadas la acción de impugnación y de reclamación o investigación al mismo tiempo, buscando en ese orden "que se declare judicialmente la inexistencia de una filiación y, al mismo tiempo, se afirme o determine otra…. No <se> permite la determinación de una filiación mientras exista otra legalmente determinada, por eso el ejercicio de la acción de reclamación en estos casos exige la impugnación previa… La

[213] CSJ 666001-3110-003-2000-00301-01 2005. Ver también CSJ sentencia número 138 de 25 de agosto de 2000, exp. #5215).
[214] Introducción que se hizo con la Ley 1060 de 2006.

finalidad es la declaración de la filiación auténtica, y para lograrla es necesario que se declare antes la inexactitud de la filiación aparente" (Gómez, 2007, p. 161).

En Colombia, en los procesos de impugnación de la paternidad, el/a juez/a de oficio puede convertir la acción en mixta, en atención a que, en caso de prosperar la impugnación, el juez/a debe investigar la paternidad, vinculando al trámite al presunto padre del menor de edad, tal como lo establece el artículo 218 del CCC modificado por el artículo 7 la Ley 1060 de 2006[215], lo cual, desde ya preciso, no es posible en España.

Esta facultad-deber dada en Colombia al/a juez/a es una garantía de que las acciones de filiación, aun las de impugnación, tengan como propósito principal la protección de los/as hijos/as, pues cuando las acciones de impugnación son ejercitadas de forma autónoma, y no mediante una acción mixta de reclamación/impugnación puede acarrear consecuencias gravemente negativas al hijo/a, tanto de la parte afectiva como en su estabilidad económica, "en cuanto a la pérdida de una fuente de alimentos legales como la del padre, pudiendo producir como consecuencia un peligroso empobrecimiento del hijo, quien seguramente no podrá recurrir a un progenitor alternativo para reclamar alimentos, al menos mientras no inicie una nueva demanda de reclamación de filiación, y ésta acabe prosperando; todo ello suponiendo que tenga una posibilidad real de conocer quién puede ser ese progenitor". (Ruiz- Rico y Castaños, 2015, p. 3).

Bajo ese panorama, en los procesos de impugnación el/a juez/a debe indagar con todos los medios quién es el padre biológico del quien se impugna la paternidad, a través del decreto de pruebas, aun de oficio (art. 169 CGP), v.gr. testimonial, interrogatorio de parte y "siempre que se haya localizado al hombre <señalado como padre biológico>, el juez/a natural deberá obtener sin excepción la mencionada prueba pericial. (CC T-346/2002 de 9 mayo).

No puede dejarse de lado que en muchos eventos se dificulta conocer quién es el presunto padre biológico, dado que quien puede suministrar esa información es la madre, mujer que puede sentirse presionada de exponer su intimidad a los estrados judiciales y en frente de

[215] Artículo 218 del CCC establece que "el juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre".

quien seguramente fue o es su pareja sentimental[216], y por esa razón omite contribuir en la labor de restablecer el derecho a la identidad del/a hijo/a.

Por ello, dentro del proceso, v.gr. en la audiencia que refiere el art. 386 del CGP y en concordancia con el art. 169 y 372 del CGP, el juez/a debe llamar, aun de oficio, a declaración a la madre y a las personas que puedan tener información sobre el presunto padre biológico, para con ello cumplir el deber que le impone el art. 6 de la Ley 1060 de 2006. También se podría previo a tomar la declaración, solicitar al ICBF que con los agentes del Estado idóneos se realice la sensibilización del caso, para que al momento de hacer el interrogatorio se brinde la colaboración correspondiente (art. 95 C.Pol).

Ante esa situación, nuevamente se resalta la perspectiva holística del derecho de familia, que debe ir más allá de la ritualidad probatoria, para integrar al proceso judicial el apoyo de otras disciplinas, como la psicología y trabajo social, en procura de sensibilizar a los familiares y de lograr su consideración, el reconocimiento de los derechos del/a hijo/a y colaboración a la justicia para garantizar la identidad, conocer a la familia y recibir de este su amor, cuidado y protección.

Lo anterior por cuanto, el Estado debe considerar el embrollo que implica el proceso de impugnación de paternidad dentro del hogar, en tanto es uno de los que más afecta a la familia, pues al colocar en duda la paternidad, de por si genera malestar en los integrantes de la misma; además de las exceptivas, temores e intereses de por medio, pues los lazos familiares no solo se forjan por el ADN de los miembros en la familia, sino también por el tiempo, la compañía, el apoyo y el amor. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que la filiación tiene un fundamento que no necesariamente atiende a las evidencias científicas, sino que está égida de valores como la solidaridad, el afecto y la dependencia. (CC. T207/2017 de 17 abril).

Por lo anterior, si bien se ha dispuesto que es viable impugnar la paternidad presumida del vínculo matrimonial, de la unión marital de hecho o el reconocimiento voluntario, en estos tres escenarios de impugnación, encontramos restricciones legales de tipo temporal y

[216] Para Ruiz-Rico (2016) en esos escenarios “es imaginable que la madre biológica no quiera proporcionar información completa de sus diversos contactos sexuales mantenidos en el momento de la hipotética gestación” (p.5)

causales taxativas, componentes que debe valorar el juez/a momento de dirimir este tipo de los conflictos, para ponderar la intimidad, honra, unidad familiar, el vínculo matrimonial y el derecho a conocer la verdadera filiación.

El fundamento de dichas restricciones las encontramos en “el principio de seguridad jurídica <que> exige que se establezcan razonables limitaciones en cuanto a los sujetos legitimados para ejercitar esas acciones, evitando demandas… interpuestas por sujetos no directamente implicados en el vínculo de filiación, o en aquellas situaciones en las que existan sujetos más directamente afectados (hijo, padre o madre) y éstos no se muestren favorables al ejercicio de la correspondiente acción” (Ruiz-Rico, 2015, p. 11).

En España además para la admisión de la demanda se exige que en ella se anoten los “antecedentes suficientes que hagan plausible los hechos en que se funda”, (Pizarro, 1999, p, 15) es decir “una razonable y mínima justificación de la misma” (Gómez, 2007, p. 162).

Si bien en España no se exige que con la demanda se aporte plena prueba que sustente la impugnación de la paternidad sí “establece un control de admisibilidad de la demanda, que pretende impedir proceso que puede afectar no solo la tranquilidad de una familia, en caso que exista una, sino también la de una persona que es compelida a comparecer a los tribunales sin existir antecedentes que fundamentan la demanda” (Pizarro, 1999, p, 15)

Gómez (2007) explica este requisito para la admisión de la demanda de impugnación[217], de la siguiente manera: “la exigencia del principio de prueba no es una restricción o un obstáculo a la libre investigación de la paternidad recogida en la CE, sino que pretende acreditar cierta seriedad y verosimilitud en la pretensión. De esta manera se trata de limitar la posible utilización fraudulenta del principio de investigación de la paternidad, proteger el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la paz familiar, y de contrarrestar el riesgo que supone la libre investigación, que, de otro modo, podría dar lugar a procesos sin fundamento, motivados por sentimientos personales y eventualmente provocados sólo por el placer de la calumnia, pudiendo incluso generar beneficios a costa del nombre y la fama de algunas personas” (p. 162).

[217] Sobre este tema, ver el capítulo 4, aparte 4 “la libertad de investigar la paternidad y minina entidad probatoria para admitir la demanda.”

Entonces, en España se pide que para el inicio del trámite impugnatorio, en la relación de hechos relacionados en la demanda y las pruebas que tenga en su poder, se pueda inferir un buen derecho para instaurar el trámite, de los cuales se pueda dudar razonablemente de la inexistencia de la relación paterno-filial.

La exigencia de un mínimo de razonabilidad entre los hechos y las pretensiones "se trata de un límite impuesto por el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, que, como ya hemos mencionado, es el que se pretende proteger con esta exigencia. Un precepto de este tipo puede ayudar a evitar demandas infundadas, pero nunca frenará las situaciones legítimas que tratan de constatarse judicialmente" (Gómez, 2007, p. 164).

Sobre el procedimiento de la acción de impugnación de la paternidad en España, Quesada, (2018) afirma que si bien los principales medios para determinar la paternidad extrajudicialmente son distintos en función de que la filiación sea matrimonial o no matrimonial, no implica que su impugnación judicial se tenga que someter a un diferente régimen jurídico, pues no hay razones que fundamenten un distinto trato legal a ese nivel. Además, asuntos reales, que llegan a los tribunales, ponen de manifiesto que una distinta regulación de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial y de la acción de impugnación de la filiación paterna extramatrimonial complica innecesariamente su resolución (p. 1).

Otra cuestión interesante del ordenamiento jurídico español para el ordenamiento jurídico colombiano es la distinción en las causales de las acciones de impugnación de la filiación que surge de la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant,* respecto de las acciones de impugnación del reconocimiento voluntario[218].

En esa medida, por un lado, España tiene la impugnación de la paternidad en la que se niega judicialmente que la paternidad jurídica que se corresponda con la paternidad biológica.

[218] "Cuando se habla de impugnación del reconocimiento es preciso distinguir, como lo hace la doctrina y la legislación española, el concepto de reconocimiento como acto jurídico y la relación biológica que resulta de ese reconocimiento, es decir, la filiación, porque las impugnaciones en uno y otro caso, también deberían ser diferentes, y se dice "deberían" porque en la legislación colombiana las normas sobre filiación no hacen esta distinción" (Gallo, 2015, p. 137).

Estas acciones se suelen denominar acciones de impugnación en sentido estricto. (Verdera, 2013, p. 1379)

Por otro lado, puede negarse la filiación determinada sin entrar a valorar su correspondencia con la paternidad biológica. En tales supuestos, simplemente se cuestiona la validez y la eficacia del mecanismo por el cual se estableció jurídicamente esa relación. Esta impugnación que se justifica en la no concurrencia de los requisitos de aplicación de cierto criterio de impugnación de la paternidad (por ejemplo el hijo/a nació transcurrido más de trescientos días desde la separación de hecho de los padres; o no existió el consentimiento característico del reconocimiento) o la presencia de un vicio del consentimiento, cuando ese consentimiento sea relevante. Éstas acciones de suelen denominar acciones de impugnación en sentido amplio[219] (Verdera, 2013, p. 1379)

La comparación entre las diferentes acciones de impugnación según se refieran a la filiación matrimonial o a la afiliación o matrimonial permite constatar la existencia de profundas diferencias entre ellas, fundamentalmente en lo que se refiere a la legitimación de los plazos de ejercicio, así como el alcance de la posición de estado de filiación. (Verdera, 2013, p. 1381)

[219] Como ha destacado la doctrina, la impugnación en sentido amplio de la filiación es una acción meramente declarativa (de la validez del acto, para remover su apariencia y eficacia provisional), que afecta al título y no discute procesalmente acerca de la filiación real. Tanto la clase de acción como su régimen jurídico (sobre todo, en cuanto al objeto) y efecto, son distintos de los de la acción de impugnación de filiación en sentido estricto. Por lo que se refiere a los efectos, la declaración de invalidez del título comporta su desaparición del mundo jurídico, y deja el prejuzgada (directamente) la filiación, que no ha sido y mientras no lo haya sido objeto del proceso: esa filiación puede ser determinada por otro medio o forma, judicial o extrajudicial, ya que no es procesalmente "cosa juzgada". En cambio, en la acción de impugnación "estricto sensu" se debe precisamente si existe o no la paternidad que formalmente se atribuye a una persona; el objeto de la pretensión actuada y de la prueba es esa filiación, justamente a la filiación como relación jurídica. Al ser acción diferente del anterior, su respectivo régimen jurídico (legitimación, objeto, caducidad) resultado distinto. Sus efectos lo son también: la cosa juzgada afecta directamente a la filiación: de allí que no pueda ser discutida con el mismo alcance negativo en un nuevo proceso "*ad hoc"* (Verdera, 2013, p. 1380)

Ciertamente, un criterio básico en la reforma de 1981 fue la pretensión de mantener las diferencias en el plano de la determinación extrajudicial y de la filiación matrimonial y no matrimonial. (Verdera, 2013, p. 1381)[220]. Desde esta perspectiva, y sin olvidar que los tribunales han llevado a cabo una aproximación en el régimen de las diferentes acciones, prescindiendo de su conexión con una filiación matrimonial o no matrimonial, debe plantearse "*lege ferenda"* la conveniencia de una sustancial aproximación en su régimen. (Verdera, 2013, p. 1381)

Del artículo 138 CCE puede concluirse que la paternidad matrimonial puede ser determinada ya como consecuencia de la aplicación de la presunción de paternidad marital, ya como consecuencia de un reconocimiento. Aunque el artículo 115.1 CC se esfuerza en reconducir la determinación de la filiación matrimonial al hábito registral, la mera inscripción en el registro civil de matrimonio de los padres y de nacimiento es insuficiente si no concurren otros elementos que permitan afirmar la paternidad. (Verdera, 2013, p. 1382)

Puede negarse la paternidad jurídicamente proclamada sin entrar a valorar su correspondencia con la paternidad biológica. En tal caso, se pone en cuestión simplemente el mecanismo por el cual se estableció jurídicamente esa relación. Esta impugnación, que acostumbra denominarse impugnación en sentido amplio, se justifica en la no concurrencia de los requisitos de aplicación del cierto criterio de imputación de la paternidad o la presencia de un vicio del consentimiento, cuando este consentimiento sea relevante (Verdera, 2013, p. 1398)

Ahora bien, estando dentro del estudio de la acción de impugnación, encuentro como un problema que en España se conceda de manera exclusiva a las partes la facultad dispositiva de instaurar la acción de impugnación para niños, niñas y adolescente, aun sin que se acumule esa pretensión con la reclamación de paternidad, ya que de adelantarse la impugnación y de prosperar las pretensiones, el niño, niña o adolescente quedaría sin el conocimiento de su verdadera filiación paterna; lo cual es verdaderamente preocupante si se

[220] Pero cuestión más delicada es la de valorar hasta qué punto esas diferencias debían trasladarse al plano judicial, cuando tanto las acciones de reclamación como las de impugnación, fueron referidas a la filiación matrimonial o a la no matrimonial, estaban precedidas en lo sustancial por la relevancia de la verdad biológica. (Verdera, 2013, p. 1381).

tiene en cuenta que el juez/a no puede adelantar de oficio la investigación de la paternidad, ya que en España, a diferencia de Colombia[221], no se le otorga la facultad-deber al juez/a de convertir la acción en mixta, es decir, de adelantar de oficio la investigación de la paternidad, de allí que encuentro la razón para que en España la acción de filiación tendiente a determinar si el demandado es o el demandado, se llame reclamación y no investigación.

Desde el punto de vista procesal, la cuestión expuesta está igualmente relacionada con las facultades del juzgador de actuar de oficio, en aquellos casos en que no se haya solicitado de manera expresa en la demanda un pronunciamiento específico del juez/a sobre los efectos derivados de la filiación. Hasta la fecha, no se ha planteado en ninguna resolución judicial esta posibilidad de que el Tribunal que resuelva favorablemente sobre una demanda, se pronuncie de oficio sobre cuestiones no planteadas, pero lógicamente relacionadas de forma directísima con el objeto del procedimiento. Básicamente porque no existe norma en la LEC que lo autorice (Ruiz-Rico, 2018, p. 11).

Así las cosas, en España si bien se contempla la acción de filiación denominada mixta, solo se tramita si las partes así lo dispongan. Quesada (2018) dice al respecto que si se impugna la filiación determinada para reclamar la verdadera paternidad se podrán interponer acumuladas las acciones de reclamación y de impugnación (p. 16).

En relación a ello, el artículo 134 CCE regula una acumulación especial de las acciones de reclamación y de impugnación de la filiación, en la que una pretensión -la impugnatoria- es accesoria de otra que se erige en principal -la declamatoria- porque el triunfo de la primera es un requisito previo para lograr el éxito de la segunda, que es la verdaderamente fundamentadora de esta acumulación, ya que es el ejercicio de la acción de reclamación el que "permitirá en todo caso" la impugnación de la filiación contradictoria. Razón por la cual, el régimen jurídico -legitimación activa y plazo de caducidad- al que se hallará sometida dicha acumulación será el de la acción de reclamación (lo que también se deduce de la remisión que el propio artículo 134.1 CCE hace a los artículos anteriores en los que se regula

[221] Ver art. 218 CCC, reformado por el art. 6 de la Ley 1060 de 2006.

esa acción) y no el de la acción de impugnación, dato del que deriva toda su especialidad[222]. (Quesada, 2018, p. 13).

1. Impugnación de la filiación que surge de la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant.*

Para la impugnación de la filiación que surge de la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant*[223]*,* la alegación debe centrarse en que el marido o compañero permanente no cohabitó con su esposa o compañera en el período legal de concepción, o que, aunque hubo cohabitación, el hijo/a[224] no pudo nacer de esas relaciones sino de otras.

En así que la acción que iniciará el marido, la conocemos con el nombre de impugnación de la paternidad matrimonial, en la que se pretende desvirtuar la presunción legal dispuesta en el art. 92 del CCC, para Colombia y art. 116 del CCE, para España, "en el fondo, de lo que se trata es de probar que el marido no cohabitó con la madre en el período legal de concepción, o que, aunque hubo cohabitación el hijo no pudo nacer de esas relaciones sino de otras. En este terreno las pruebas más eficientes y seguras son las pruebas biológicas" (Gómez, 2007, p. 172).

Entonces, para que prospere la acción de impugnación de la paternidad también es admisible probar que no hubo cohabitación con la madre en el periodo de concepción (por impotencia *coeundi* del supuesto padre, por su ausencia) o que a pesar de haber existido cohabitación esta no fue fecunda (v. gr. por esterilidad del varón). Sin embargo, no basta con

[222] El artículo 134 CCE no resuelve el intrincado problema que se plantea si del conjunto del material probatorio aportado al proceso por demandante y demandado(s), resulta ser inexacta no solo la filiación impugnada sino también la reclamada. "¿Deberá (y podrá) el Juez en ese caso estimar la demanda de impugnación y no la de reclamación?" (Quesada, 2018, p. 13).

[223] Entonces para la impugnación de la paternidad matrimonial, se tiene que el nacimiento del hijo/a puede producirse tanto antes como durante el matrimonio, e incluso después de su disolución… por consiguiente, de los tres presupuestos que la doctrina habitualmente identifica en la filiación matrimonial –maternidad de mujer casada, vigencia del matrimonio y generación obra del marido y referido no sólo a quien sigue siendo marido, sino también a quien una vez lo fue. Efectivamente, el nacimiento puede sobrevenir cuando la mujer ya no esa casada con quien siendo su marido engendró al hijo: en tal caso, si nació antes de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, su filiación se determinará por la presunción de paternidad marital; si nació después de tal plazo, habrá de determinarse por sentencia judicial (Barber, 2013, p. 127).

[224] Para el Código civil, la filiación es matrimonial cuando en el nacimiento del hijo/a, o en el momento anterior, el padre era el marido de la madre. Y también lo deviene, por efecto del art. 119 CCE, tras el matrimonio de los progenitores no cumpliéndose por ende ninguno de los dos supuestos de la definición (Barber, 2013, p. 128).

demostrar la infidelidad de la madre, porque este hecho genera dudas sobre la paternidad, pero no la excluye. Las dudas sobre la paternidad deben llevar a la desestimación de la demanda de impugnación, porque si se estima el hijo/a se quedará jurídicamente sin padre a pesar de la incertidumbre acerca de la veracidad de la paternidad. En consecuencia, para que prospere la acción de impugnación de la paternidad la prueba de la no paternidad debe ser concluyente (Quesada, 2018, p. 19).

Para Barber (2013) la impugnación de la paternidad matrimonial ofrece la síntesis más completa de un sistema de filiación: en ella se demuestra la filosofía sobre el matrimonio y la familia. de ahí que desde la redacción de los Códigos, dicho régimen haya cambiado ostensiblemente en toda Europa, permitiendo observar en su evolución tres estadios por los que han discurrido, en tiempo y contenidos sustancialmente uniformes, en todos los países de nuestro entorno (p. 282).

En primer lugar, la redacción decimonónica de los Códigos establece una regulación muy rígida, para proteger el privilegiado status del hijo/a matrimonial, correspondiente a una visión patriarcal y patrimonialista de la familia. Prima aquí la protección de honor y la intimidad matrimonial, por lo que la impugnación sólo se permite al marido en plazo (sic) muy breve y ligada a la demostración de la infidelidad conyugal. En segundo lugar, establecida la equiparación entre la filiación matrimonial y no matrimonial como consecuencia de las declaraciones de derechos fundamentales recogidas en las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX, la impugnación se flexibiliza; además de al marido, se permite al hijo/a, como cuestión ligada a su principia identidad (Barber, 2013, p. 282).

Los plazos se mantienen, sólo ligeramente ampliados, para mantener la estabilidad y fijeza del estado civil. Este es el estadio a que responde la reforma de 1981. El tercero viene dado por el desarrollo alcanzado en la interpretación de los derechos fundamentales, que abundando en una visión más personalista y menos institucional del matrimonio y la familia, ha ampliado los plazos y también la legitimación, que fuera de los límites de aquélla, comprende al progenitor biológico (Barber, 2013, p. 283).

Ahora bien, en Colombia la unión marital de hecho es una forma de familia constituida como comunidad de vida singular y permanente, por lo cual en la Ley 1060 de 2006 extendió esa presunción para determinar que el/a hijo/a nacido dentro de una unión marital de hecho, tiene como padre al compañero permanente[225].

Así las cosas, los hijos/as nacidos dentro de los 180 días siguientes al inicio de la convivencia de la unión marital, durante la convivencia entre los padres[226], o si nació antes de los 300 días siguientes a la disolución[227], se presume que tienen como padre al compañero permanente (art. 214 del CCC).

Entonces, tanto para el marido como para el compañero, se precisa que esta presunción admite prueba en contrario, tal como lo regla el mismo artículo 214 del Código Civil Colombiano, por lo cual en caso de que el marido o el compañero permanente alegue no ser el padre de hijo/a, deberá acreditarlo en el marco de la acción de impugnación[228], ya sea 1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre o 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad desvirtué la presunción.

2. Impugnación del reconocimiento voluntario.

2.1 Impugnación del reconocimiento voluntario en Colombia

Para la impugnación del reconocimiento voluntario, la situación varía, en el entendido de que el hombre de manera consciente y libre decidió reconocer a su hijo/a, por lo que luego no puede simplemente alegar que el hijo/a no es suyo, sino que debe demostrar que hubo un

[225] Según Torrado (2018) "la legislación ha ido avanzando para también acoger en esta categoría a aquellos que sean fruto de la voluntad responsable de conformar una familia, vale decir, para estos efectos específicos, que se origen en aquellas relaciones entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular, figura denominada como unión marital de hecho, según la reglamentación que sobre ella trae la Ley 54 de 1990" (p. 118).

[226] Para Torrado (2018) "siguen pendientes de resolver otros interrogantes, como saber… si para que el hijo se considere concebido durante la unión marital de hecho, ésta debe ser declara judicialmente o a través de otras formas autorizadas por el art. 1 de la Ley 979 de 2005". (p. 120). Sin embargo, para esa problemática, en la actualidad ya contamos con la sentencia C-131/18 de la Corte Constitucional que define que para el caso de los hijos nacidos durante la unión marital de hecho, la contabilización del término de ciento ochenta días se empezará a contar desde cuando se acredite el inicio de la convivencia entre los padres.

[227] Art. 220 CCC.

[228] Para Gómez (2007) "se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Sin embargo, esta presunción es iuris tantum y se puede impugnar la paternidad que se ha determinado en su virtud, siendo posible privarla de efecto probando su irrelevancia" (p.171).

margen de constreñimiento en el consentimiento para realizar dicho reconocimiento, ya sea por dolo, culpa o error.

En Colombia se permite la impugnación del reconocimiento voluntario de manera amplia, sin recabar en las causales por las que se alega que aquel reconocimiento no tiene validez, por lo cual se abre la brecha de inseguridad jurídica en el estado civil, pues se permite de manera indiscriminada que el hombre impugne la paternidad, v.gr. cuando desde el mismo reconocimiento voluntario conocía que el hijo/a no era suyo y no hubo ningún tipo de constreñimiento para dicho reconocimiento.

En la sentencia del 28 de enero de 2019, MP. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE[229], la CSJ estableció que (...) el reconocimiento de la paternidad por cualquiera de los medios señalados en el artículo 1o de la Ley 75 de 1968, implica confesión de la existencia de relaciones sexuales entre el reconociente y la madre del reconocido por la época en que se presume la concepción de éste, <por lo cual> su impugnación debe dirigirse a desvirtuar que el reconocido no ha podido tener por padre a quien realizó el reconocimiento.

En sentencia T-207 de 2017 la Corte Constitucional Colombiana estableció que el reconocimiento es susceptible de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248 del Código Civil y que son titulares de la acción, “el compañero permanente y la madre, quienes pueden ejercitarla dentro de los 140 días hábiles siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no son los padres biológicos; al verdadero padre biológico y al hijo no se les impone un término para demandar en virtud de lo dispuesto en el artículo 406 del CC<C>; los herederos del presunto padre[230], ascendientes del reconociente, y el presunto padre cuentan con 140 días hábiles siguientes desde cuando supieron del reconocimiento o que quien reconoció no es el padre”; además señala que para ejercer la acción se debía probar tener un interés actual en ello.

Pese a ello, considero importante hacer la siguiente precisión, si la persona que hizo el reconocimiento, fallece, según Gallo, (2015), existe en Colombia la prohibición para los

[229] SC113-2019, Rad. 68001-31-10-003-2006-00600-01.
[230] Artículo 218 del CCC.

herederos de impugnar la paternidad cuando el padre o la madre hubieran reconocido al hijo/a como suyo o bien en testamento o en cualquier otro medio público (Gallo, 2015, p. 126). Ello contrasta con lo dicho por la Corte Constitucional en la T-207 de 2017, cuando anota que son titulares de la acción “los herederos del presunto padre, ascendientes del reconociente… <quienes> cuentan con 140 días hábiles siguientes desde cuando supieron del reconocimiento o que quien reconoció no es el padre”.

Cito a Gallo (2015) para este punto, porque creo que tienen la razón cuando dice que no puede impugnarse el reconocimiento voluntario por los herederos de quien hizo tal reconocimiento de paternidad en vida, en la medida que el art. 219 CCC, establece que “los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público”.

En ese mismo sentido, Torrado (2018) escribe que los herederos no pueden impugnar la paternidad cuando, de cualquier forma, se hubiera hecho un reconocimiento voluntario de la paternidad, es decir, incluyendo aquellos otros casos en que legalmente puede hacerse el reconocimiento voluntario, como, por ejemplo, (i) firmando el padre o la madre que reconoce la paternidad o la maternidad, el registro civil de nacimiento; (ii) por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento; (iii) por manifestación expresa y directa hecha ante un juez/a, aunque el reconocimiento no hay sido objeto único y principal del acto que lo contiene; (iv) o por reconocimiento hecho ante el Defensor/a de Familia, el Inspector/a de Policía, o ante el juez/a de paz (p. 130).

Recordemos que en la actualidad, el reconocimiento voluntario, siempre será en testamento o documento público, por cuanto el art. 2 de la Ley 75 de 1968, establece que el reconocimiento voluntario del hijo/a puede hacerse por 1o) En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce, 2o) por escritura pública, 3o) por testamento, caso en el cual la renovación de éste no implica la del reconocimiento. 4o) por manifestación expresa y directa hecha ante un juez/a, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto

que lo contiene. Por su parte, el art. 109 del CIA, asigna también la función de realizar reconocimiento ante el defensor/a, el comisario/a de familia o el inspector/a de policía. Por su parte, el art. 9 de Ley 497 de 1999, dispone que dicho reconocimiento también puede hacerse ante el juez/a de paz. Así las cosas, deduzco que en todos los casos en los que haya muerto quien hizo el reconocimiento voluntario, no podrán sus herederos impugnar la paternidad que de dicho acto se deriva[231].

Téngase en cuenta, que si bien el art. 219 CCC fue modificado por el artículo 7 de la Ley 1060 de 2006, para referirse a la impugnación de los hijos/as en general independencia de su origen familiar, se dejó intacto el inciso final de la norma original que precisa que cesará este derecho de impugnar para los herederos si el padre hubiere reconocido al hijo/a como suyo en su testamento o en otro instrumento público.

Por otro lado, tenemos que el art. 5 de la Ley 75 de 1968 dispone que el reconocimiento voluntario de paternidad solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en el artículo 248 del CCC[232]; en tanto, el art. 248 del CCC, dispone que "podrá impugnarse la paternidad probando (…) que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal (…) y no serán oídos contra la paternidad sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad".

Así entonces encontramos, por un lado, que el art. 219 CCC dice que los herederos de quienes hicieron reconocimiento voluntario de paternidad no pueden impugnar; y de otro, que el art. 248 del CCC precisa que pueden impugnar los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad -no desde que haya fallecido quien reconoció, sino desde que los ascendientes se enteraron del reconocimiento de la paternidad-. Esas son las disposiciones que tenemos en Colombia,

[231] Torrado (2018) dice que sería impugnable el reconocimiento por los herederos "si el padre reconoció al hijo ante testigos, por cartas, firmando la partida de bautismo, porque ninguno de estos actos, ni aun la partida (…) constituirían un documento público". (p. 131). Sin embargo, el reconocer al hijo ante testigos o por cartas no configura el acto jurídico de reconocimiento voluntario, sino tan solo posibles pruebas que pueden presentarse en el trámite de investigación de paternidad; por lo cual, al no configurarse, con esos hechos, *ipso facto* la paternidad, no habría qué impugnar, con excepción de las formas especiales de testamento.

[232] El art. 336 del CCC fue derogado por el art. 12 y 14 de la Ley 1060 de 2006.

cuando se trata de la impugnación del reconocimiento voluntario, por persona diferente, al padre, madre, hijo/a o presunto padre biológico.

Por la complejidad de armonización normativa, es frecuente que en los estrados judiciales colombianos, se adelanten procesos de impugnación del reconocimiento voluntario por los herederos de quien realizó dicho acto jurídico, por el interés que les surge de adquirir los bienes de la sucesión, demandas que se admiten y tramitan bajo el supuesto de que pueden impugnar desde el momento en que conocieron del fallecimiento de quien hizo el reconocimiento o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo/a, en un término de los 140 días; pero esa regla está dispuesta en el art. 216 del CCC, cuando es el cónyuge o compañero permanente quien impugna, por cuanto en dicha norma se anota que "podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico".

Por lo dicho creo que es un error interpretativo el permitir la impugnación de la paternidad a los herederos de quien hizo el reconocimiento voluntario, o a otras personas, pues cuando el padre fallece, las normas no contemplan otros legitimados para ello, por cuanto, podría pensarse que el propósito de la norma es respetar la voluntad del causante; pero por las suspicacias que pueden encontrarse, las motivaciones de los reconocimientos de paternidad para burlar el sistema de pensiones, los derechos de los acreedores, de los herederos o simplemente beneficiar un tercero que no es hijo/a para que no que desamparado luego de la muerte de quien se interesa por él. Por esas razones, es que considero que ha sido la judicatura laxa en ampliar el panorama, pues el enfoque que tiene el juez/a colombiano por ahora, es decretar la prueba de ADN y conforme a sus resultados, decidir.

Por otro lado, también resulta interesante anotar que el ordenamiento jurídico colombiano no acude a las razones de fuerza, dolo o error en el reconocimiento para su impugnación, cuestión que preocupa en los casos en los que quien hace el reconocimiento, sabe de antemano que no es el padre biológico, pero autoriza su anotación como padre en el registro civil, porque puede pasar que su querer de ser padre varíe con los años, encontrando la

alternativa de someterse a la prueba de ADN, que obviamente arrojará exclusión, para actualizar el interés para demandar -avalado por sentencia T-888 de 2010 CC-; con lo cual podría presentar la demanda de impugnación junto con el resultado del peritaje y el juez/a termina concediendo sus pretensiones; panorama en el que se evidencia un riesgo en la seguridad jurídica del estado civil de hijo/a.

La legislación colombiana no ha recabado acerca de cuáles deberían ser las vías y las causas de impugnación de la filiación determinada por reconocimiento [233], acordes con el desarrollo del derecho innominado de filiación dado desde el bloque constitucionalidad; tampoco hay un marco dado por el legislador sobre la importancia del privilegiar el vínculo afectivo en la filiación y si es necesaria o no la correspondencia entre el reconocimiento voluntario y la verdad biológica.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil –MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia 26 de Septiembre de 2005 Número de Proceso: 6600131100021999-0137- precisa que "si la circunstancia de que el reconocimiento del hijo extramatrimonial no corresponda a la realidad, o más concretamente, si el hecho de que el hijo no haya podido tener por padre a quien lo reconoce, es situación que, a la par que permite la impugnación propiamente dicha de tal reconocimiento, da lugar a su anulación dentro de las taxativas causas legales, que es lo que disputa el recurrente en este caso" (…) "La ley, efectivamente, atendidos altos intereses sociales, fijó unos precisos requisitos para que los interesados ejerzan su derecho de impugnar el reconocimiento de hijo extramatrimonial; la causal que les es dable invocar, conforme al artículo 248 del Código civil,

[233] -CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006), referencia: Exp. No. 11001-31-10-011-2002-00405-01-… la irrevocabilidad lo único que significa es que dentro del arbitrio del reconociente no está el arrepentirse (…) Ese interés actual pone en evidencia que está latente la necesidad de acudir a la decisión judicial ante la imposibilidad de decidir el derecho privadamente, de forma individual ora consensual, prédica que invade desde luego la esfera de quien efectuó el correspondiente reconocimiento frente a la irrevocabilidad unipersonal del acto objeto de impugnación, según lo dispone el artículo 1° de la ley 75 de 1968" y que "es ese supuesto, valga repetirlo, el que origina el interés, toda vez que su objeto trasciende a los atributos de la personalidad, que lo convierte en inalienable, inescindible e imprescriptible, no obstante haberse activado por un acto de potestad o prerrogativa del padre, forma exclusiva de reconocimiento de antes, concepto que ha venido cambiando con los avances sucesivos de la legislación que permitieron la posibilidad de que el hijo reclame contra su filiación, momento a partir del cual, frente al contenido del estado civil, surge concomitantemente la irrevocabilidad del mismo (…) dicho interés, por consiguiente, valga repetirlo, no puede estar sometido al estado de ánimo o a la voluntad de los afectados, o a la simple conservación y mantenimiento de las relaciones interpersonales" (Torrado, 2018, p. 163).

al cual remite el artículo 5o de la ley 75 de 1968 para estos efectos, no es otra que la de que el reconocido no ha podido tener por padre a quien le reconoció, la cual causal (sic), además, han de alegar dentro de los perentorios términos que se fijan; vencidos estos, caduca el derecho allí consagrado, lo cual traduce que el reconocimiento en cuestión se consolida, haciéndose impermeable a dicha acción.". (Torrado, 2018, p. 152).

Luego, en la sentencia del 29 de julio de 2009,[234] la Corte Suprema de Justicia hace un acercamiento a los motivos por los cuales, si bien se acepta que el reconocimiento voluntario es irrevocable, es posible refutar dicho acto, a través de la impugnación de la paternidad. A dicha conclusión se llega, luego de analizar un asunto en el cual se impugna la paternidad respecto de dos menores de edad, cuyo reconocimiento estuvo viciado por error, según el demandante, debido a que la madre de las niñas, lo presionó, al punto que lo indujo a creer en su paternidad, cuando en realidad no era el progenitor, pues tuvo relaciones sexuales con la madre de las mencionada fuera del término establecido en el artículo 92 del Código Civil.

En dicha sentencia, la Corte Suprema de Justicia[235], aclara que “el reconocimiento de hijo… extramatrimonial es irrevocable, pero ello no significa que el padre no tenga legitimación activa para promover la acción respectiva de impugnación de dicha filiación”. Por ello se anota que la irrevocabilidad del reconocimiento voluntario significa que no es posible solicitar al registrador (a) o notario (a) unilateralmente borrar sus nombres del registro civil de nacimiento de su hijo/a, alegando deshacer una actuación que se causó con su mera voluntad, pues para ello tendrá que promover la impugnación de paternidad.

Por último, tal como lo anota Gallo (2015), comparando el caso específico que establece la legislación colombiana que no regula la española. La ley 45/1935 (sic) art. 9, faculta a la mujer que se ha encargado de la crianza y el cuidado de un hijo/a reconocido/a para impugnar ese reconocimiento (p. 135).

2.2 Impugnación del reconocimiento voluntario en España

[234] Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 1300131100052002-00451-01. Magistrada Ponente: Ruth María Díaz Rueda.

[235] Colombia. Corte Suprema de Justicia. M.P. RUTH MARINA DIAZ RUEDA. Exp. 1300131100052002-00451-01. 29 de julio de 2009.

Según Quesada (2018), en la actualidad también se considera que es la acción de impugnación de la filiación la que se interpone con el fin de impugnar el reconocimiento de la filiación por vicios del consentimiento (arts. 141 y 138 CC). En este supuesto no habrá que probar que la paternidad determinada no es la verdadera, como ocurre cuando se ejercita una genuina acción de impugnación, sino la causa de la invalidez del título en virtud del cual la paternidad o la maternidad se determinó. (p. 4).

Recuérdese que en España, el legislador reguló, en los arts. 138 y 141 CCE, la impugnación del reconocimiento de la filiación por vicios de consentimiento y en los arts. 136, 137, 138 parte final, 139 y 140 del mismo estatuto reglamentó lo concerniente a las acciones que pretenden destruir el vínculo por ausencia de la realidad biológica en la filiación que se impugna. (Gallo, 2015, p. 121).

Con ocasión del análisis sobre la validez e ineficacia del reconocimiento de filiación, la única acción que contempla el CCE en relación con su impugnación es la de anulabilidad recogida en el art. 141 CCE, que sanciona el aquejado de vicio en el consentimiento (Barber, 2013, p. 275).

La acción de anulabilidad del art. 141 CCE. atiende a la naturaleza jurídica del acto voluntario del reconocimiento, pero lo aparta del régimen general aplicable a los negocios jurídicos y recogido en el art. 1301 CCE. En cuanto dirigida a cuestionar la validez del título por defectuosa conformación de la voluntad que lo originó, el objeto de tal acción es la libertad del consentimiento, y no la adecuación del reconocimiento a la verdad. Por tanto, planteada en el proceso la prueba biológica, está justificada la negativa judicial. Por ejemplo. Si el demandante impugna el reconocimiento por intimidación, la prueba ha de ceñirse a la demostración de los actos que la ocasionaron. Así, y siempre que no se plantee en el proceso cuestión sobre la realidad de la filiación, desestimada esta acción podrá después ejercitarse la de impugnación *stricto sensu*. Habiéndose entonces de demostrarse la falta de correspondencia con la realidad. Ahora bien, si el demandante alega error por considerar que el hijo/a no es suyo, los demandados pueden demostrar lo contrario y así la ausencia de error: al introducirse debate sobre la realidad de la filiación, la prueba biológica sí estará

justificada (Barber, 2013, p. 274).

Por otra parte, los demandados (madre e hijo/a) pueden convenir, ejercitando frente a la pretensión del demandante una acción de reclamación de la filiación: en este caso, y probadas por las partes sus respectivas posiciones, el reconocimiento quedará invalidado por vicio de voluntad, pero la filiación resultará determinada por sentencia, con el efecto propio de la cosa juzgada en las acciones de estado (art. 222.2.3 LEC) (Barber, 2013, p. 275).

La especial acción de anulabilidad aquí analizada sólo procede ante los concretos vicios de la voluntad de error, violencia o intimidación – el dolo no se ha incluido como supuesto independiente-. Para poder alegarse, dichos vicios habrán debido tener una presencia determinante para la realización del reconocimiento, de modo que sin ellos éste no se hubiera prestado. El error ha de referirse a circunstancias relativas a la filiación[236]; ha de versar así sobre los hechos que implícitamente asume el reconocedor en su declaración – como que el hijo es fruto de su relación con la madre- y sólo podrá referirse a datos relacionados con tal hecho; la fecha de nacimiento, las relaciones de la madre con otros hombres, las características raciales del hijo. Es irrelevante cuanto (sic) se refiere a otros móviles para reconocer: la posición económica de la madre, el matrimonio prometido por ésta… En el reconocimiento materno, el error relevante sólo puede producirse por la equivocación sobre la identidad del hijo/a (sustitución de un hijo por otro) lo cual reconduce el supuesto a la impugnación por falta de exactitud, que no es objeto de esta acción, sino de la contemplada en el art. 139 CCE. En cuanto vicio de la voluntad, violencia es aquí sinónimo de coacción, amenaza, miedo o intimidación. No cabe alegar como tal la amenaza de ejercer las correspondientes acciones de filiación pero, en cambio, los Tribunales sí han admitido la amenaza de revelar a la esposa las relaciones íntimas con el reconocedor (Barber, 2013, p. 277).

Según Quesada (2018) regular expresamente la impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación es innecesario si existe una regulación general sobre

[236] No ofrece el CCE una descripción de los requisitos que debe reunir, en particular, el error en el reconocimiento. La relevancia de estas circunstancias en relación con el reconocimiento supone que sólo pueden tomarse en consideración aquellos aspectos que afectan a la creencia en la paternidad biológica por parte del reconocedor, y que se refieran a la causalidad o fecundidad de una cohabitación. (Verdera, 2013, p. 1436).

la invalidez de los actos y negocios jurídicos. Además, dice que lo importante, lo recomendable, cuando existen conflictos serios acerca de la filiación que han de ser resueltos judicialmente es que se tome una decisión definitiva sobre la paternidad o la maternidad, no simplemente sobre la validez de su título de determinación, por el bien del hijo/a[237]. Agrega que esto solo acontece cuando se ejercita una autentica acción de impugnación, ya que impugnar el reconocimiento por error, violencia o intimidación con éxito no impide que el hijo/a con posterioridad pueda reclamar la paternidad al reconocedor, o incluso reconvenir frente a la pretensión del demandante de impugnar el reconocimiento por vicios del consentimiento ejercitando una acción de reclamación de la paternidad. (p. 5).

La impugnación del reconocimiento por vicio en el consentimiento excluye igualmente de su ámbito de aplicación los denominados "blancos o de complacencia", esto es, hechos a sabiendas de su falsedad. El Tribunal Supremo ha fijado en los últimos años doctrina jurisprudencial al respecto, señalando que su impugnación, basada en la falta de adecuación con la verdad biológica, ha de hacerse conforme a las acciones de tal clase *stricto sensu*, recogidas en los arts. 136 y 140 CCE, según afecte a una filiación matrimonial o extramatrimonial (Barber, 2013, p. 275). Por ejemplo, el marido sabía que el hijo/a no era suyo, pero deseaba contraer un matrimonio económicamente conveniente-, no es ésta la vía adecuada, sino que procede la acción de impugnación en *sentido estricto,* según declara el segundo inciso del art. 138. (Barber, 2013, p. 276).

3. Impugnación del reconocimiento de complacencia.

Podría decirse que la relación de filiación que a través del reconocimiento se determina, debe estar precedida por el vínculo biológico; de tal manera, inicialmente valdría decir que solo se podría reconocer a quien es el verdadero hijo/a. Sin embargo, hay muchos casos en los que se logra efectuar el reconocimiento en ausencia de aquella relación de consanguineidad (Gallo, 2015, p. 92).

[237] Aunque en el caso resuelto por la STS de 23 diciembre 1987 (RJ 1987\9653) se denunció en el único motivo del recurso de casación, que tratándose de impugnar la paternidad por error además de intimidación se denegó por el Juzgado de instancia y por la Sala de apelación la práctica de la prueba pericial biológica propuesta. El Tribunal Supremo desestimó el recurso por entender que no procedía realizar esta prueba por innecesaria (Quesada, 2018, p. 5).

Ni en la legislación colombiana ni en el derecho común español, existe una norma que expresamente exija que solo puede reconocer al hijo/a quien tenga el convencimiento de ser el progenitor del mismo/a, lo cual ha permitido que se filtren los llamados "reconocimientos de hijos ajenos como propios" en Colombia[238], y el reconocimiento de complacencia[239], en el ordenamiento jurídico español[240] (Gallo, 2015, p. 84).

Dice Verdera (2013) que con extraordinaria frecuencia, los litigios que versan sobre la aplicación del art. 140 CCE tienen como eje central la existencia de un reconocimiento de complacencia, es decir, un reconocimiento en el que, al tiempo de establecer la filiación, el reconocedor es consciente de su falta de paternidad biológica. (p. 1427).

Esta figura se debe a los cambios familiares, sociales y jurídicos en la sociedad actual (separaciones, divorcios, uniones maritales libres, segundos matrimonios) que han podido contribuir a que estos reconocimientos aumenten en las poblaciones (Gallo, 2015, p. 101).

Ahora bien, no se debe descartar que exista en la pareja que pretende establecer esa filiación un desconocimiento de las normas sobre la adopción, pero se podría dar un sinnúmero de argumentaciones que van a justificar que a través de los reconocimiento de complacencia, se habilite vulnerar el punto más álgido en la filiación por adopción como lo es la irrevocabilidad, precisamente cuando a través del ejercicio de las acciones de impugnación del reconocimiento, la relación filial establecida se viene al traste. (Gallo, 2015, p. 102).

---

[238] Para facilitar la comprensión en ese aspecto, tanto en España como en Colombia me referiré indistintamente al reconocimiento de complacencia, pues considero que el término "hijo/as ajenos" e "hijos/as propios" es despectivo y se puede entender, al usar el término, la posible cosificación de los hijo/as -como propiedad de los padres-.

[239] Es llamativa la distinción que se hace del reconocimiento de complacencia de los reconocimientos de conveniencia, así: cuando se realiza un reconocimiento de complacencia el reconocedor quiere que se determine su paternidad, aunque sabe que no es el verdadero padre, para asumir los deberes derivados de la relación jurídica paterno-filial. Si el reconocimiento es de conveniencia, el reconocedor también desea que se determine su paternidad aunque sabe que no es el progenitor, pero con un concreto fin (obtener la nacionalidad, conseguir un permiso de residencia, beneficios sociales, etc.), no con el propósito de cumplir conforme a la ley las obligaciones que nacen de la relación jurídica de filiación. (Quesada, 2018, p. 27).

[240] García Vicente define el reconocimiento de complacencia como aquel en el que el marido o compañero estable de la madre decide reconocer al hijo/a de esta para complacerla asume como propios hijos/as anteriores de su esposa o compañera consciente de la falsedad y biológica de la filiación que determina empleando el reconocimiento (art. 120 CCE) (Goñi, 2018, p. 4)

Cuando se habla de impugnación del reconocimiento es preciso distinguir, como lo hace la doctrina y la legislación española, el concepto de reconocimiento como acto jurídico y la relación biológica que resulta de ese reconocimiento, es decir, la filiación, porque las impugnaciones en uno y otro caso, también deberían ser diferentes, y se dice "deberían" porque en la legislación colombiana las normas sobre filiación no hacen esta distinción (Gallo, 2015, p. 137).

En España tampoco es un desafío fácil intentar encontrar una solución satisfactoria a la impugnación de los denominados reconocimientos de complacencia, sobre todo porque como el propio Tribunal Supremo ha señalado "ni la doctrina, ni siquiera la jurisprudencia han interpretado pacíficamente los criterios de impugnación de estos reconocimientos" (STS de 26 noviembre 2001121)[241]. (Quesada, 2018, p. 26).

Quesada (2018) anota que es un gran reto para el futuro establecer una regulación única ─prescindiendo de si la filiación es matrimonial o no─ de la impugnación de los reconocimiento de complacencia y del mismo régimen jurídico, pues con el sistema vigente no se está amparando debidamente el interés superior del hijo/a. (p. 27).

Por ejemplo, para esquematizar la problemática que se genera con los reconocimientos de complacencia, e identificar este tipo de comportamiento humano que vulnera el estado civil y la filiación del hijo/a, se presentó ante el TSE, Sentencia del 14 de julio de 2004, en el que:

> Se trató la impugnación de un reconocimiento de complacencia de la hija de la mujer con la que el actor contrajo matrimonio días antes de efectuar el reconocimiento. Años después, a raíz de la separación de hecho, el autor solicitó la impugnación del

[241] De hecho, el Tribunal Supremo se recoge una doctrina distinta sobre esta cuestión. En concreto, en la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 15 julio 2016, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto ─especialmente importante porque con ella se pretende poner fin a esta controversia jurisprudencial─ se concluye: "Esta sala, en Pleno, fija la doctrina siguiente: En caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de este, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 CCE, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CCE, en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CCE: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto". (Quesada, 2018, p. 27).

reconocimiento. Para pedirlo, sostuvo la inexistencia de relación biológica entre él y la niña cuya filiación calificó de 'no matrimonial' y afirmó que el reconocimiento de complacencia había ocurrido en virtud de la presión que la madre de la menor (sic) había ejercido sobre el actor, condicionando el matrimonio a que éste reconociera como propia a la niña. El TSE evaluó la ausencia de prueba de coacción o violencia ejercida sobre el reconocedor y la libre manifestación de la voluntad en del acto de reconocimiento, remarcando que éste había sido otorgado cuatro días después de las nupcias. A juicio del Tribunal, no se deban en el caso otras circunstancias atenuantes del actuar del reconocedor, tales como el descubrimiento tardío de su propia imposibilidad para procrear, la revelación tardía de la madre de la ausencia de vínculo paterno. Ni siquiera hubo un actuar coherente de parte del actor, quien solicitó un régimen de visitas para con la niña al presentar la demanda de separación legal pero accionó solicitando la impugnación de la filiación cuando se le regularon alimentos a favor de la menor (sic), dijo que 'el demandante sólo reaccionó al cabo de más de seis años desde el reconocimiento y cuando los alimentos a su cargo se fijaron en cantidad superior a la propuesta por él mismo en su contestación a la demanda de separación conyugal'. (Ales, 2012, p. 373).

3.1 Impugnación del reconocimiento de complacencia en Colombia.

Lo anterior, da cuenta de que el reconocimiento de complacencia es una figura que el legislador no prohíbe, a más que no previó su alcance[242], en tanto, no se prohíbe que una persona que no comparte genéticamente compatibilidad con otro/a lo reconozca como su hijo/a[243], con el agravante de que siempre va a estar latente esa diferencia biológica, en vista que el reconocimiento paterno solo crea un vínculo jurídico, mas no varía las circunstancias biológicas y en esa medida la posibilidad inminente de que se impugne la paternidad, por la

[242] Por la falta de control judicial en la determinación registral de la filiación siempre ha resultado relativamente sencillo establecer una paternidad mendaz en pro de satisfacer móviles afectivos, deseo de contraer matrimonio con la madre u otros intereses, por ello Ales (2012) expone la necesidad de que existan reglas imperativas del estado civil para perseguir que la filiación determinada extrajudicialmente corresponda con la realidad material. "Mientras este ideal no se alcance, la normativa vigente permitirá la existencia de puntos de fuga, lagunas y antinomias en el sistema de determinación de la filiación" (p. 255).

[243] "Por todo lo anterior se puede concluir que, en principio, no es necesaria la existencia de una relación biológica de filiación para que el reconocimiento sea válido ya que puede ser eficaz y válido un reconocimiento inexacto cuya ausencia de sustrato biológico el reconocedor desconozca" (Ales, 2012, p. 352).

falta de coincidencia con el hecho de la procreación[244].

Por otro lado, no podemos perder de vista, los lazos de afecto que pudieron generarse y que la impugnación del reconocimiento de complacencia , puede colocar en juego el derecho a la tranquilidad y unión familiar, entendiendo el concepto de familia en sentido amplio, es decir, no solo los unidos por vínculos consanguíneos sino por vivencias y sentimientos de apoyo y solidaridad, en tanto el hijo/a pudo haber desarrollado sentimientos fuertes hacía la persona que consideraba ser padre, por eso es vital para estos juicios escuchar al hijo/a, en tanto se deba el valor de la dignidad de vivir en familia y no apegarse estrictamente a la genética para salvaguardar otro valor fundamental que está sometido a multiplicidad de circunstancias de naturaleza no genética sino sicosocial (Ales, 2012 p. 36).

Por eso es muy común en los juzgados de familia colombianos que se demande la impugnación de paternidad inmediatamente después que culmina la relación sentimental con la madre, o cuando ella demanda el pago de alimentos, pues el reconocimiento voluntario no estuvo fundamentado en la protección al hijo/a y en su derecho a la filiación sino en complacer otros intereses. Como muestra de ello se tiene la sentencia de la CSJ. Exp. 6657 del 11 de abril de 2003 en donde el demandante de la impugnación de paternidad, alegó que surgió el interés para demandar cuando, frente al no pago de la cuota alimentaria, “le embargaron el sueldo”.

Como en este caso, es frecuente que con la ruptura de la relación sentimental de la madre o con la exigencia del cumplimiento de los deberes que le asisten como padre, el hombre quiera deshacer el reconocimiento de complacencia, impugnando la paternidad.

Por eso considero que hay que observarse los postulados de la filiación vivida, que en palabras del Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre

[244] “Es criticable el amplio margen dejado a la autonomía de la voluntad en esta materia ya que es un principio propio de las relaciones jurídicas e intereses disponibles que choca con la indisponibilidad del estado civil. Debe, asimismo, compatibilizarse con otros intereses y principios generales como el de verdad biológica, estabilidad e indisponibilidad del estado civil. En el campo de la filiación, la autonomía debe estar limitada por la propia naturaleza jurídica de la institución. El reconocimiento es un título de determinación de la filiación que debería asentarse sobre una realidad biológica que se constata a partir de este acto…. La verdad biológica tiene mayor aplicación en la determinación judicial de la paternidad que en la extra judicial ya que en la segunda no se exige la investigación por medio de pruebas” (Ales, 2012, p. 341).

de 2009 hace referencia a que “la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad… en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales”.

Frente a esa protección que reclama la familia, desde el concepto sociológico, creo que ha de encargarse la ley colombiana de regular la impugnación de paternidad, para evitar inseguridad jurídica, estableciendo límites temporales, sin perder de vista, como el derecho que tiene el hijo/a de conocer la verdadera filiación y que la prueba de ADN facilita a quien hizo el reconocimiento de complacencia, probar fácilmente que no es el padre y lo que es más importante, que la acciones de filiación están dispuestas a la concreción de derechos fundamentales y protección al/a hijo/a –*favor fili*-.

Ante ello, señalo que no puede perderse de vista que el Estado no solo protege a la familia unida por vínculos genéticos, pues “es claro que la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen… atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias”. (CC. Sentencia T606/2013. De septiembre 2).

3.2 Impugnación del reconocimiento de complacencia en España.

En España encontramos en el CCE que el art. 138 dispone que el reconocimiento podrán ser

impugnados por vicio de consentimiento según lo dispuesto en el artículo 141 del mismo código, norma que anota que la acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado y que la acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.

Ahora bien, más allá de la regulación de la impugnación del reconocimiento, Ales (2012) llama la atención sobre la falta de control gubernamental en el reconocimiento voluntario y el rezago del Código de Napoleón de otorgar un amplísimo margen a la voluntad masculina en la determinación de la filiación, encontrando en la práctica diferentes supuestos en los que la voluntariedad juega un rol determinante no solo para establecer la filiación, sino también para deshacer el vínculo previamente reconocido v.gr. es común encontrar que el hombre que sabe que el hijo/a de su pareja no es suyo, pero lo reconoce como tal por la relación afectiva con la madre, asume de manera libre y voluntaria la paternidad, lo que en España se conoce con el nombre de reconocimiento de complacencia, obviando el trámite de la adopción de hijo/a de la cónyuge o compañera[245] y sin percatarse que ese acto genera un vínculo indisoluble con el hijo/a.

El reconocimiento de complacencia, es una "figura anómala… <de> primacía del principio de voluntariedad por encima del apego a la directriz de verdad biológica en la determinación de la filiación. Si el reconocimiento no se corresponde, en los hechos, con la verdad de la generación y el hijo/a o su madre prestan su conformidad a la inscripción, permanecerá firme mientras tanto no sea atacado. No obstante, suele suceder que el reconocedor inveraz o complaciente, usualmente a raíz de desavenencias en su vida amorosa con la madre del reconocido, decide atacar su acto basándose en la ausencia de sustrato biológico". (Ales, 2012, p. 484).

Así, la STC 138/2005, de 26 de mayo, indica que el "reconocimiento de la paternidad es un acto personalísimo puro (esto es, no sujeto a condición, término o modo) mediante el que

[245] "Mediante la constancia de reconocimientos de complacencia se permite eludir fraudulentamente las normas referidas a la adopción de menores (sic) y que protegen en mayor medida a los niños y niñas de los vaivenes de las relaciones afectivas entre el progenitor y el reconocedor" (Ales, 2012, p.346).

declara que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo/a sobre el que recae el reconocimiento". Este planteamiento había sido anticipado y consolidado por la Dirección General de los Registros y del Notariado que, con reiteración, había insistido en la nulidad del reconocimiento que no se correspondiera con la realidad biológica, cuando así podía constatarse. (Fernández y Verdera, 2018, p. 1).

Ciertamente, ninguno de los requisitos de reconocimiento persigue que éste se corresponda con la verdad biológica como señala el STS (1) 494/2016 15 julio 2016 [la ley 85462/2016][246], tampoco impone la constitución que la filiación se asiente sobre la verdad biológica. Pero la constitución sí que proclama el deber de los poderes públicos de asegurar "la protección integral de los hijos" (art. 39.2 CE). El art. 2 LOPJM también impone que "en todas las medidas concernientes a los menores (sic) que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos debe primar el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" (Goñi, 2018, p. 5).

Pero, según Quesada (2018) los reconocimientos de complacencia no son nulos de pleno derecho[247], en tanto, la ley no exige como requisito de validez del reconocimiento que el reconocedor sea el verdadero padre biológico del reconocido en ninguno de los artículos (120 a 126 CCE) que regulan el reconocimiento como modo de determinar la filiación; si fuera un requisito de validez del reconocimiento que el reconocedor sea el padre biológico

[246] Pero el Tribunal Supremo (15/7/16) en dicha sentencia permite su impugnación a través de los arts. 136 y 140 CCE que no privan de su ejercicio al reconocedor de complacencia. En efecto, una interpretación literal de dichos artículos permite llegar a esa conclusión. Sin embargo, no es técnicamente correcto su aplicación, porque sobre la interpretación literal debe hacerse una interpretación finalista de los mismos (Goño, 2018, P. 9).

[247] "No cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre la base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido. No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes. Ni contraria a la moral: se constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente -cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura-, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos". (Quesada, 2018, p. 33)

del reconocido, la ley exigiría que el resultado positivo de una prueba de ADN antes de proceder a su inscripción en el Registro civil[248] y no es así. (p. 30).

Conforme a ello, como los reconocimientos de complacencia no son nulos de pleno derecho, no deben poder ser impugnados por cualquier persona con un interés legítimo y directo, ni la acción para impugnarlos se ha de considerar como declarativa e imprescriptible. (Quesada, 2018, p. 31).

En atención a la situación que se vivencia con los reconocimientos de complacencia el TSE ha tratado de colocarle frenos a demandas suscitadas luego de años de dicho acto, concentrando su atención en la validez del reconocimiento o si estuvo viciado por error, intimidación o violencia[249] y también ha denotado el deber de los agentes del Estado de garantizar la protección integral de los hijos/as[250]; de esa manera se ha colocado cierto límite a demandas en las que el hombre desde el mismo momento del reconocimiento, sabía que no era el padre, a quien sin esos límites le resultaría fácil deshacer ese reconocimiento sometiéndose a la prueba de ADN, por lo que con la prueba genética excluyente no sería suficiente, pues tendría que probar que para dicho reconocimiento fue constreñido su consentimiento por error, violencia o intimidación.

Tenemos como antecedente, el voto particular de la sentencia del TS de 4 de julio de 2011, en donde se anota que el reconocedor de complacencia "carece de motivo de impugnación, por la razón de que reconoció a sabiendas, libre y conscientemente de que no era el padre y ahora no puede revocar unilateralmente, simplemente porque rompió su relación con la madre" -Voto particular a la STS 3318/ 2011 4 julio-.

---

[248] Las simples sospechas de que el reconocimiento no responde a la verdad es cuestión que escapa a la calificación del Encargado que sólo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento" (Quesada, 2018, p. 31)

[249] El código civil español no regula la impugnación del reconocimiento complacencia, sólo la impugnación del reconocimiento realizado por error, violencia e intimidación Art. 141 CC. En el caso del reconocimiento de complacencia, no cabe invocar ninguna de estas causales (Goñi, 2018, p. 9)

[250] Considero que es un avance en la articulación de los agentes del Estado que intervienen en la acción de impugnación, la aprobación judicial con la audiencia del Ministerio fiscal (Art. 3.7 ley 50/1981, 30 diciembre, por lo que se regula el estatuto orgánico del ministerio fiscal). La decisión del Ministerio Fiscal se verá muy determinada, no por una posible realidad biológica (que desconoce) sino por el posible interés del hijo/a. Así, como señala Pozo Vilches puede ocurrir que un reconocimiento falso llegue a ser eficaz por estimarlo conveniente para el menor de edad, y en cambio, un reconocimiento verdadero devenga ineficaz por no ser conveniente al hijo/a. (Goñi, 2018, p. 6).

Sin embargo, el voto mayoritario del Tribunal Supremo mantuvo en dicha sentencia la postura reiterada de prevalencia de la verdad biológica en los reconocimientos de complacencia, estimando la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial del art. 140 CCE[251]: STS de 27 de mayo de 2004, de 12 de julio de 2004, de 29 de octubre de 2008, de 5 de diciembre de 2008, etc[252]. En ellas se declara la absoluta prioridad de la verdad biológica. (Goñi, 2017, p. 10).

Aunque antes de la STS del 15 de julio de 2016, tenemos que en sentencia del 6 de marzo de 2001 el TSE conoció de una demanda de impugnación en la que negó las pretensiones por no haberse acreditado la existencia de vicios en su voluntad al momento de efectuar el reconocimiento voluntario. En igual sentido se pronunció en sentencia del 14 de julio de 2004, ya citada, en la que el TSE consideró que "…resultando con toda claridad que el reconocimiento de la niña por el demandante fue voluntario y sabiendo que no era hija suya (…) asumió plenamente su paternidad (…) la conclusión no puede ser otra que la caducidad de la acción cualquiera sea el carácter, matrimonial o extramatrimonial, que se predique de la filiación cuestionada y, por tanto, cualquiera sea la norma que a tal efecto se aplique (…) Y es que, al fin y a la postre, lo que late en la demanda (…) es un intento de revocar el reconocimiento y, en definitiva, de disponer del estado civil" (Ales, 2012, p. 351).

Tal como se estableció en el capítulo de precedencia, llevar al extremo el elemento biológico para la definición de la paternidad, por encima de la seguridad jurídica, permitiría a todo hombre que sin ningún constreñimiento reconoció a un hijo/a, sabiendo de la inexistencia del vínculo biológico, acudir en cualquier momento a los estrados judiciales alegando la falta de compatibilidad genética, cuestión que deja en manos del aquel la seguridad jurídica del

[251] Solventando una polémica jurisprudencial, la STS de 4 de julio de 2011 (RJ 2011/5965) ha indicado que "la acción de impugnación de la filiación extraordinaria, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del artículo 140 CCE. (Verdera, 2013, p. 1432).

[252] Como dice la STS de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2001/1527), "ni la doctrina, ni siquiera la jurisprudencia han interpretado pacíficamente los criterios de impugnación de estos reconocimientos". En sentido parecido, la STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ2009/147) subraya que "la doctrina científica no se ha puesto totalmente de acuerdo acerca de cuáles son las vías y las causas de impugnación de la filiación determinada por reconocimiento; es más, ni siquiera hay un criterio uniforme acerca del contenido de este concepto jurídico -si es necesaria o no la correspondencia entre la Declaración externa y la creencia interna- referido al acto determinante de la filiación. La jurisprudencia de esta sala tampoco ha dado hasta ahora una respuesta contundente a la cuestión debatida, con finalidad unificadora". (Verdera, 2013, p. 1406).

estado civil de hijo/a. De allí la gran tensión que se configura en estos casos entre la concepción de orden público de la filiación y la autonomía privada en este campo[253], postulados que en muchos casos son de difícil articulación[254].

Considero que no debería permitirse la impugnación del reconocimiento de complacencia, a pesar que la jurisprudencia colombiana como española dicen que si se puede accionar, pues el padre no puede alegar su propia torpeza de reconocer a un/a hijo/a, cuando sabe de antemano que no lo es[255] y cuando no hubo ningún vicio de su consentimiento; ese es un principio general del derecho que ayudaría a decidir, frente al vacío del ordenamiento jurídico colombiano y español sobre el requisito para el reconocimiento voluntario de la acreditación de la compatibilidad genética[256].

Dicho eso, encuentro que históricamente en España fue muy controvertida la naturaleza jurídica del reconocimiento. Dos aspectos se discutían básicamente: si el reconocimiento era un acto o un negocio jurídico; y si era una declaración de voluntad o una declaración de ciencia. En cualquier caso, debemos tener en cuenta que el reconocedor solo puede efectuar una declaración de ciencia respecto de la existencia de relaciones sexuales con la madre y de creencia acerca de que el hijo/a ha nacido de esas relaciones [Rivero Hernández (1991: 461)]; y que los efectos del reconocimiento vienen legalmente establecidos: funcionalmente, es un medio de determinación de la filiación. (Fernández y Verdera, 2018, p. 1).

Apunta Sanciñena Asurmendi (2017) que "[u]na cosa es que para el reconocimiento no se exija probar la veracidad de la paternidad, y otra que no se requiera la verdad biológica, de

[253] De allí que la identificación de cuál es el interés del hijo/a admite una definición apriorística y general, sino que requiere su aproximación caso por caso (Barber, 2013, p. 42).

[254] El legislador de 1981 como exposición de motivos anotó que al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, se busca reflejar la influencia de dos criterios encontrados. De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad… pero de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo/a sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco. (Barber, 2013, p. 38).

[255] Goñi, 2018, formular la siguiente propuesta de *lege ferenda*: regular el reconocimiento de complacencia como un modo de constitución de la filiación, al igual que la adopción y la atribución de la paternidad heteróloga en la LTRHA, donde no es posible impugnar la filiación constituida al margen de la verdad biológica. (p. 17).

[256] Ninguna norma "expresa taxativamente esta exigencia ni declara la nulidad del acto si ésta falta, lo cual ha llevado a una discusión en torno a si el dato biológico es un elemento esencial en la determinación de la filiación natural" (Ales, 2012, p. 343).

manera que se inscriban reconocimientos que se saben inexactos". (Fernández y Verdera, 2018, p. 1).

Actualmente, está por ver el alcance de la STS de 15 de julio de 2016[257] en la configuración del sistema de filiación español. La franca admisión de la posibilidad de reconocimientos extrajudiciales de complacencia (a diferencia de los reconocimientos de conveniencia) y de su impugnación judicial, por falta de veracidad biológica, afecta de modo decisivo al sentido no solo del propio reconocimiento de un hijo/a (Fernández y Verdera, 2018, p. 2).

Pero el verdadero problema se plantea cuando por las circunstancias del reconocedor se exija aprobación judicial[258], y el juez/a constate que el reconocedor actúa con libertad y conciencia, pero ese reconocimiento no responda a la verdad biológica. La doctrina (con anterioridad a la STS de 15 de julio de 2016) sostenía mayoritariamente que el juez/a debía valorar la verosimilitud biológica de la paternidad del reconocedor, atendiendo razonablemente a los datos de que dispusiera. Por ello, se consideraba que debía denegar su aprobación cuando, por ejemplo, por la diferencia de edad del reconocedor y del reconocido fuera imposible o inverosímil la paternidad; (Fernández y Verdera, 2018, p. 12).

Como dice, entre otras muchas, la RDGRN de 23 de enero de 2015, "[e]l principio de veracidad biológica es el inspirador de la regulación del Código Civil en materia de filiación, de manera que, en España, un reconocimiento no sería inscribible si hay datos objetivos que permitan estimar que no se ajusta a la realidad". (Fernández y Verdera, 2018, p. 13).

[257] En la sentencia del tribunal supremo de 15 de julio de 2016 ha sentado doctrina sobre una de las cuestiones más problemáticas en materia de filiación los reconocimientos de complacencia y su posible impugnación. el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación presentado por el padre no biológico que pretendía impugnar su paternidad determinada mediante un reconocimiento de complacencia respecto de una menor (sic) de nueve años de edad con la que había convivido aproximadamente un año aunque en el caso en concreto se desestima la pretensión por ejercerse fuera del plazo, el Tribunal Supremo en su vez declara la validez de los reconocimientos de complacencia y su posible impugnación por falta de paternidad biológica. Llama la atención que en dicha sentencia sólo se hace referencia expresa al interés del menor en dos ocasiones (...) en el fundamento jurídico 3: "la falta de tal correspondencia no tiene por qué significar que el reconocimiento sea contrario al interés del menor" y "las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica (artículos 10.1 y 39.2CE) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en la relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad" (Goñi, 2018, p.3).

[258] El art. 121 CCE establece que la validez del reconocimiento otorgado por incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad requiere aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

La confusión que deriva del art. 26.1 LJV puede constatarse en que si se admite que cuando el reconocedor es menor de edad o tiene modificada judicialmente la capacidad, debe atenderse solo a su capacidad de discernimiento; y que si cuando concurren esas circunstancias concurren en el reconocido, hay que atender a su interés, quedan sin espacio los otros criterios que también consagra ese precepto. (Fernández y Verdera, 2018, p. 13).

Conclusiones

Como primera conclusión tenemos que tanto en el ordenamiento jurídico colombiano y español, una de las finalidades de las acciones de impugnación es pretender destruir las presunciones de paternidad establecidas para la filiación matrimonial. (Gallo, 2015, p. 121).

De otro lado, en Colombia, el art. 1 ley 75/1968 establece expresamente que “el reconocimiento de hijos naturales es irrevocable…” en España el art. 741 C.c.es., da a entender que el reconocimiento es irrevocable cuando se hace en testamento, en igual sentido, habrá que entender para las demás formas de reconocimiento. (Gallo, 2015, p. 77).

Uno de los principales problemas en el ámbito de la impugnación dela paternidad y que en los últimos años ha generado mayor polémica, es el reconocimiento de complacencia. La paradoja normativa se constata por cuanto, dado que la intervención judicial en el reconocimiento de filiación exige que se den determinadas circunstancias, la exclusión de los reconocimientos de complacencia que puede producirse por esta vía no afectará a muchos de los reconocimientos que notoriamente son de complacencia (por ejemplo, cuando se alcanza su eficacia con el consentimiento de la madre del reconocido: art. 124.I CCE). (Fernández y Verdera, 2018, p. 13).

Para el autor español Rivero Hernández, estos reconocimientos de complacencia se originan en los límites tan reducidos impuestos a la autonomía de la voluntad, cuando mediante el reconocimiento se va a determinar extrajudicialmente la filiación, especialmente la no matrimonial, vulnerando con ello principios fundamentales que son el soporte constitucional de la filiación; principios tales como: el interés superior del menor de edad, la dignidad humana, la veracidad y la seguridad jurídica (Gallo, 2015, p. 102).

Desde el punto de vista de la evolución histórica del conflicto, puede que la forma como se imponga los límites en la autonomía de la voluntad para efectuar el reconocimiento se hubiese justificado cuando la determinación de la filiación, especialmente la no matrimonial, se supeditaba precisamente a la voluntad del reconociente, no solo porque la ciencia no estaba tan avanzada, sino por las dificultades para iniciar la investigación de paternidad o para ejercer la reclamación de la filiación; lo cierto es que, a la luz de las nuevas constituciones y con el actual acompañamiento de la ciencia, otros deberían ser los presupuestos para esta clase de determinación de la filiación[259]. (Gallo, 2015, p. 103)

Particularmente pienso que debe considerarse el principio constitucional *favor filii*, por medio del cual, según el profesor Ruiz-Rico Ruiz (2015) "la doctrina y la jurisprudencia se han centrado en otorgar preponderancia al interés del hijo en el ámbito de las acciones de filiación[260], frente a los intereses de terceros en el ejercicio de dichas acciones; ello con independencia de que se trate de hijos menores o mayores de edad, de modo que existe un consenso general acerca de la necesidad de tutelar ese interés por encima de otros implicados" (p. 2).

En atención a esta serie de conflictos que se pueden presentar al interior de la acción de impugnación de la paternidad, "las normas sobre filiación, junto a la búsqueda de la verdad material (…) tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar, por ello el Código establece limitaciones en torno a la legitimación para interponer acción de filiación… establece plazos de caducidad para su ejercicio que no existirían si fuere la verdad material el bien jurídico protegido (…) No es verdad absoluta entender que el bien del menor está en la obtención de una declaración de filiación paterna y materna" (STSE, 28 de mayo de 1997).

[259] Desde la órbita del derecho penal, se encuentra prohibida y sancionada en el ordenamiento jurídico colombiano, al ser catalogada como un delito tipificado como "supresión, suposición o alteración del estado civil de la persona", y en España, aunque la norma no se refiera expresamente a aquél, también existe como delito la "usurpación del estado civil"; adicionalmente, en ambos ordenamientos se podría configurar el delito de "falsedad en documento público". (Gallo, 2015, p. 103).

[260] También se hace referencia al principio del *bonum filii* o interés preeminente del hijo… frente a la regulación inicial, centrada… en el interés del progenitor, de la Ley de 1981 se desprende una clara opción por la protección preeminente del interés del hijo/a, con independencia de su situación o no de minoría. Que, además, encuentra anclaje constitucional en el art. 39.2 CC.: la protección integral de los hijos/a. (Barber, 2013, p. 40).

También pienso, que en España hace falta abordar la discusión referente a que la verdad biológica, en todos los casos no necesariamente es conforme al principio constitucional *favor filii,* lo digo, por cuanto "la jurisprudencia, hasta el momento, no ha expresado que el interés del hijo/a pueda ser contrario al descubrimiento de la verdad biológica y concorde determinación judicial de la paternidad". (Barber, 2018, p. 13).

Lo anterior por cuanto, el interés del hijo/a a ver determinada su filiación y conseguir una identidad completa y un referente paterno, con las correspondientes ventajas emocionales y patrimoniales. Puede decirse que es el caso para el que se enuncia la investigación de la paternidad en el art. 39.2 CE. En cambio, ante la misma demanda, si la paternidad ya está determinada y funciona, enjuiciar cuál es el interés del hijo/a se complica. Aparecen consideraciones ligadas a su estabilidad, así como a la conducta sostenida por sus padres legales. (Barber, 2018, p. 15).

De allí que se diga que los procesos de filiación se conducen por nuevos senderos tras las declaraciones de las SSTC 138/2005, de 26 de mayo y 237/2005, ya que "la ha convertido en un arma bi-direccional: no sólo pueden esgrimirla los hijos frente a los padres… sino los padres frente a los hijos, tanto para impugnar una filiación contradictoria a la realidad como para imponer la paternidad… la investigación de la paternidad ya no se liga a la protección el interés del hijo"[261] (Barber, 2013, p. 38).

Sin embargo, considero que aun en la acción de impugnación de la paternidad, debe sobre todo privilegiarse los intereses del/a hijo/a, cuestión que también debe analizarse en el ordenamiento jurídico colombiano, pues en el artículo 5 de la CEDAW[262] se establece que el interés de los/as hijos/as constituirá la consideración primordial en todos los casos, enunciado que se reitera en el artículo 16 de la misma convención cuando se señala que en todos los casos, los intereses de los/as hijos/as serán la consideración primordial. Además, en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra el principio de prevalencia de los derechos de los/as niños/as y el conjunto de preceptos constitucionales de dignidad,

[261] La filiación también puede imponerse al hijo/a en mucha mayor medida que en la redacción de 1981. En cualquier caso, el principio de verdad biológica resulta incompatible con la voluntad; cuando más radicalmente se defienda aquél, más limitado será el juego admitido a ésta (Barber, 2013, p. 44).
[262] Ratificado por Colombia en 1982.

identidad y seguridad jurídica que cobijan tanto a los mayores como a los menores de edad.

Además, el principio de libre investigación de la paternidad surgió para proteger al hijo/a, en términos de igualdad con los hijos/as nacidos/as dentro del matrimonio, por lo cual no es justificable hacer uso de una figura creada a su favor para perjudicarlos/as, por el contrario, también hay que ponderar en esos conflictos la verdad sociológica o filiación vivida, manifestada en la posesión de estado y la estabilidad jurídica del estado civil[263].

4. Legitimación para la impugnación de la paternidad

4.1 Legitimación en Colombia

De entrada se anota que la legitimidad no está supeditada a la posesión de estado y que con la Ley 1060 de 2006 se procuró equipar los requisitos para impugnar la paternidad de los hijos/as habidos en el matrimonio como fuera de él, pues antes de esa norma, la impugnación en sus términos y personas legitimadas dependía de si se trataba de una filiación matrimonial o no.

Lo anterior por cuanto, la Ley 1060 de 2006 ha reconocido al cónyuge, compañero/a permanente, ascendientes y herederos del padre o madre, o a cualquier persona que se crea con interés actual, impugnar la paternidad o maternidad[264].

Sin embargo, en la en sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez[265], la Corte Suprema de Justicia anotó que históricamente el legislador ha regulado el tema del estado civil y de la familia con precisión y cuidado sumo a fin de proteger la propia intimidad que rodea su constitución y de atender a las realidades que para

---

[263] "Aunque se reconoce que la a filiación se embandera en el principio de verdad biológica" (Ales, 2012, p.255) y que ese "es un axioma rector dentro del sistema de filiación, pero no puede aplicarse de manera rígida ni constituye la única solución posible a los múltiples conflictos que pueden plantearse" (p. 301).

[264] Según el artículo 5º, Ley 75 de 1968 el reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 336 del Código Civil Colombiano. El artículo 248 del Código Civil expone que podrá impugnarse la paternidad probando alguna de las causas siguientes: 1. Que el hijo/a no ha podido tener por padre al que pasa por tal. 2. Que el hijo/a no ha tenido por madre a la que pasa por tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título XVIII de la maternidad disputada.

[265] Rad. 25000-22-13-000-218-00310-01.

los hijos/as genera su entorno y su propio desarrollo; siempre ha preferido el legislador aceptar los hechos por los cuales se produce situaciones jurídicas que surgen de la vivencia de las relaciones intrafamiliares, en lugar de dejar un determinado estado civil en entredicho o sujeto una incertidumbre permanente, motivo por el cual ha impedido como, en línea de principio, que cualquier persona llegué a cuestionar un estado civil que viene consolidado de atrás.

Con ello noto que la Ley 1060 de 2006 es interpretada por la jurisprudencia en búsqueda de encontrar un equilibrio entre la verdad biológica y la estabilidad familiar y orden público del estado civil.

Pues bien, el hijo/a es quien encabeza la legitimidad para demandar la impugnación de la paternidad, porque tiene el interés primordial de indagar sobre el verdadero vínculo filial; y respecto de él, cuando reclama el estado civil, se ha expresado que no tiene término alguno para ello, tal como lo señaló la CSJ en sentencia del 4 de mayo de 2005[266], en donde enseña que "la acción que radica en cabeza de éste para investigar su verdadera filiación es imprescriptible y puede ejercerla en cualquier momento, aunque el ejercicio de esta acción implique a la vez la impugnación (G. J., t. CCI, pag.836)".

Para la acción de impugnación de paternidad matrimonial o marital en Colombia, el ordenamiento jurídico legitima al marido o al compañero permanente, y le otorga el término de 140 días después de que tuvo conocimiento de no ser el padre. Al respecto, el art. 216 CCC, establece que "podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico". Por su parte, el art. 219 CCC dispone que "los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público. Si los

[266] Rad. 666001-3110-003-2000-00301-01.

interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos". Y el art. 222 CCC dice que "los ascendientes del padre o la madre tendrán derecho para impugnar la paternidad o la maternidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión de sus hijos, pero únicamente podrán intentar la acción con posterioridad a la muerte de estos y a más tardar dentro de los 140 días al conocimiento de la muerte".

Respecto de la legitimidad del padre anotado en el registro civil, para la impugnación de la paternidad de los hijos/as nacidos fuera del matrimonio y de la unión marital de hecho, habrá que impugnarse el reconocimiento voluntario.

La Corte Suprema de Justicia[267], aclara que *"el reconocimiento de hijo… extramatrimonial es irrevocable, pero ello no significa que el padre no tenga legitimación activa para promover la acción respectiva de impugnación de dicha filiación".* Por ello con la irrevocabilidad del reconcomiendo voluntario se denota que no es posible para el padre inscrito solicitar al registrador (a) o notario (a) unilateralmente borrar sus nombres del registro civil de nacimiento de su hijo/a, alegando deshacer una actuación que se causó con su mera voluntad, pues para ello tendrá que promover la impugnación de paternidad.

Por otra parte, sobre los demás legitimados para demandar, en la sentencia del 28 de enero de 2019, MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque[268], la CSJ estableció que conforme al conjunto regulativo expuesto, el acto voluntario de «reconocimiento» únicamente puede ser repelido por los ascendientes de quien lo hizo o por las personas que acrediten un «interés actual», quedando incluidos entre ellos sus herederos, por obvias razones sucesorales.

Ahora bien, la madre también puede impugnar la filiación paterna en representación legal del/a hijo/a, sobre ese aspecto, no se ha suscitado mayor debate en la doctrina y

[267] Colombia. Corte Suprema de Justicia. Exp. 1300131100052002-00451-01. 29 de julio de 2009.
[268] SC113-2019, Rad. 68001-31-10-003-2006-00600-01.

jurisprudencia colombiana, cosa distinta a lo que acontece en España, como lo veremos luego.

Cabe resaltar que el padre biológico siempre le quedará la opción de impugnar la paternidad, reclamando a la vez su propia paternidad, en los términos del artículo 406 del CCC. Sin embargo, sobre la legitimación que se otorga al presunto padre biológico de impugnar la paternidad inscrita en el registro civil, en sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez[269], la Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre el deber del juez/a de analizar caso a caso la conveniencia para el hijo/a de darle curso al proceso de impugnación o de privilegiar la paz familiar[270].

En dicha sentencia, la CSJ anota que en algunos casos debe prevalecer la afectividad como generador del vínculo filial, permitiendo al hijo/a conservar su estado civil a pesar de la inexistencia de parentesco con sanguíneo con quien pasaba como su padre. Además, la CSJ fija la regla referente a que si el menor de edad cuenta con un núcleo familiar que lo protege, asiste, educar, le da afecto y le brinda el sostén necesario para su formación y desempeño en sociedad, a las autoridades públicas no les está permitido irrumpir en la tranquilidad de aquel grupo, ni descomponerlo o fracturar su unidad[271].

---

[269] Rad. 25000-22-13-000-218-00310-01.

[270] En la mencionada sentencia, la CJS se pronuncia dentro de la acción de tutela interpuesta por una adolescente en contra de un juzgado que conocía la demanda de impugnación formulada por el presunto padre de la joven; trámite en el que la adolescente pedía el amparo de sus derechos fundamentales, alegando que el juzgado accionado la estaba obligando a practicarse la prueba de ADN y que no era su deseo someterse a dicha prueba y menos saber si el demandante en ese proceso era su progenitor, en tanto, desde su nacimiento tenía establecida plenamente su familia. Es decir, la joven pedía que se dejaran intactos los lazos filiales consolidados con la única persona que respecto suyo, se comportó como un padre y con ello impedir la invasión indebida a su fuero interno intimidad, porque era el deseo de la adolescente conservar sus apellidos y el núcleo familiar que ha tenido desde su nacimiento.
Bajo esos presupuestos, la Corte consideró que debido a la trascendencia de la familia en el desarrollo armónico e integral de los menores de edad, cualquier cambio que se pretende imponer sobre su conformación y la dinámica familiar, debe obedecer a la protección de los derechos de los menores de edad y que la actuación de las autoridades serán administrativas o judiciales, no puede ser ajena a esa finalidad, por lo cual dichas autoridades deben determinar ese interés atendiendo a las circunstancias de cada caso, “pues no existe formulas maestras que sean capaces de resolver toda especie de conflicto”.
De hecho, la CSJ distingue la identidad que se estructura a partir de las reglas jurídicas, de la identidad que surge a la propia dinámica de las relaciones sociales, para explicar que una regulación legal que imponga de manera desproporcionada a una persona una serie de identidades jurídicas -como la filiación de legal- diversa de la identidad en la sociedad constituye un obstáculo inconstitucional al libre desarrollo de la personalidad.

[271] La Corte agrega que quebrar abruptamente la identidad aparente que ha formado un menor de edad y que viene desde la primera infancia, en la cual se produce la identificación de las figuras materna y paterna, conlleva necesariamente daños a nivel de la psiquis y de la emocionalidad de un individuo que se encuentra en pleno proceso de formación y de estructuración de su personalidad.

Estoy de acuerdo con dicha sentencia y considero que es un avance en la protección del derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes de participar en los procesos judiciales y de darle el valor que corresponde a sus opiniones. También considero que es un avance para las acciones de filiación, pues denota lo complejo de la decisión a tomar en esos trámites, exhorta el deber de las autoridades administrativas y judiciales de evitar decisiones que resulten desproporcionadas, que irracionalmente irrumpan la intimidad familiar y/o rompan los lazos familiares ya conformados, e inspira al operador jurídico a medir la legitimidad de los autores de la impugnación de la paternidad y balancear los interés del hijo/a con los demás sujetos que pueden verse afectados con la decisión.

4.2 La legitimación en España

Ahora, pasando al ordenamiento jurídico español, se denota que hay distinciones dependiendo si se trata de impugnación de filiación matrimonial o no matrimonial y si ha existido posesión de estado, por cuanto, si se impugna la filiación matrimonial y hay posesión de estado, está legitimado el marido[272] y el hijo/a[273], quien puede ser representado por su madre; cuando no hay posesión estado, está legitimado el hijo/a o sus herederos; cuando se trata de impugnación de paternidad no matrimonial si hay posesión de estado, tiene legitimidad el padre, hijo/a y cualquier afectado/a, como los herederos; mientras que si no hay posesión de estado, se legitima a aquel que le perjudique[274] y en ese evento "es imprescriptible" (Ruiz-Rico y Castaños, 2015, p. 5).

En el análisis del caso concreto, la Corte dijo que no se avizoraba ninguna razón que consulte los intereses y derechos de la joven que justifiquen la injerencia del Estado en su intimidad, autodeterminación, identidad, personalidad jurídica y familiar; por el contrario el accionado desatendió que el conocimiento del verdadero origen biológico, es un derecho fundamental que puede ser ejercido libremente por el hijo/a y que no constituye una obligación para él, de modo que si no es su deseo establecer con certeza la existencia o inexistencia de una relación biológica con que afirma ser su progenitor, la administración de justicia no puedo obligarlo. Por esas razones, la Corte ordenó al juzgado accionado, archivar de inmediato de la demanda de impugnación de la paternidad.

[272] Artículo 136 CCE.
[273] Artículo 137 CCE.
[274] Artículo 140 CCE.

La lectura del art. 140 CCE revela las diferencias establecidas por el legislador entre la impugnación de la filiación matrimonial y la no matrimonial (…) la exposición de motivos del proyecto de Ley 11/1981 explicitó la justificación de tal diferencia en la certeza que "en principio, el matrimonio confiere a la paternidad". Por tanto, y como filiación matrimonial, también la de los hijos habidos antes del matrimonio de sus padres (Barber, 2013, p. 294).

Así las cosas, para facilitar el estudio, Quesada (2018) señala que pueden impugnar la paternidad:

- Los dos protagonistas de la relación jurídica paterno-filial: el padre y el hijo/a[275]. El padre con independencia de que esté o no casado con la madre. El hijo/a tanto si es matrimonial como si es no matrimonial. (Quesada, 2018, p. 9).

Sobre la legitimación del hijo/a, estoy de acuerdo con Quesada (2018), cuando anota que solo el hijo/a esta legitimado para impugnar los reconocimientos de complacencia[276], a partir de su emancipación o mayoría de edad, siempre que no haya intervenido en la determinación de su filiación paterna (mediante el reconocimiento) prestando su consentimiento. (p. 31).

En esa misma línea, considero que debería negarse la legitimación para impugnar a quien hizo el reconocimiento de complacencia[277], básicamente con fundamento en los siguientes argumentos:

1. El reconocimiento es irrevocable, como resulta claramente de los artículos 737 y 741 CCE. Conceder legitimación al reconocedor para impugnar el reconocimiento de complacencia que

[275] La reforma del Código de 1981 otorga por primera vez en nuestro ordenamiento legitimación para impugnar su paternidad matrimonial al hijo/a (Barber, 2013, p. 289).

[276] Sobre la legitimación de impugnación por parte de la persona que realizó reconocimiento voluntario, Quicios Molina indica que "incluso de *lege data* es defendible negar la legitimación activa para impugnar la paternidad el reconocedor que asumido dicha paternidad a sabiendas de que no era el verdadero padre biológico y ha tratado como hijo/a al reconocido durante un tiempo (aunque sólo sea mientras duró la relación afectiva con la madre). A su vez Berrocal Lanzarote considera que "quizá no se puede impedir los reconocimientos de complacencia, pero si su impugnación cuando no resulten procedentes, por ejemplo, el reconocedor no actuado de buena fe". (Goñi, 2018, p. 11).

[277] Como ha observado cierta doctrina, los reconocimientos de complacencia son una quiebra o patología del sistema jurídico de filiación, porque se apartan de lo que se encuentra previsto en la ley, sin que el legislador lo haya deseado, pero si posibilitado. Se puede consultar sobre esta cuestión: BARBER CÁRCAMO (2009: 39), (2013: 210), (2016b: 1942); y GALLO VÉLEZ (2017: 121). (Quesada, 2018, p. 31).

ha hecho, por falta de veracidad[278], supone convertir el reconocimiento en revocable mediante el ejercicio de una acción judicial.

2. Que el reconocedor esté legitimado para impugnar el reconocimiento de complacencia que hizo implica permitirle que pueda ir contra sus propios actos sin respetar las exigencias de la buena fe (cfr. art. 7.1 CCE). Además, en supuestos que son en lo esencial análogos al reconocimiento de complacencia, como el caso de la adopción o cuando el marido presta su consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación de su esposa con aportación de gametos de un donante, la filiación, respectivamente, o no se puede revocar[279] (art. 180 CCE) o no se puede impugnar[280] (art. 8.1. LTRHA), precisamente porque el adoptante o el marido asumió una paternidad jurídica siendo consciente de no ser el progenitor biológico[281], como sucede en los reconocimientos de complacencia[282]. (Quesada, 2018, p. 32).

Hecha esas anotaciones, paso al debate en España sobre su legitimación para impugnar la paternidad de la madre. Históricamente, un sector de la doctrina decía que la madre no debía estar legitimada *nomine propio* para ejercitar la acción de impugnación de la paternidad[283].

---

[278] QUICIOS MOLINA sostiene que es defendible también de *lege data* negar legitimación activa para impugnar la paternidad al reconocedor de complacencia (2012: 6). (Quesada, 2018, p. 31)

[279] Por ejemplo, sobre la impugnación de los hijos/as concebidos/as por las técnicas de reproducción humana asistida, Barber (2013) ha de dicho que si el hijo/a hubiera nacido tras la aplicación de la esposa (sic) de técnicas de reproducción asistida, el art. 8.1 LTRHA impide la impugnación de la paternidad cuando el marido hubiera consentido la fecundación de su esposa con material genético de donante o donantes. "La regla responde a la inspiración general de la Ley, que sustituye la preeminencia del dato biológico (origen de los gametos empleados para la generación) por voluntad manifestada con carácter previo a la aplicación de dichas técnicas". (p. 284).

[280] Se destaca que en el artículo 8.1 LTRHA se establece que "ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación" (Quesada, 2018, p. 32)

[281] "Aunque el varón haya decidido con la madre tener un hijo mediante una fecundación asistida con material genético de donante puede retirar unilateralmente el consentimiento que prestó mientras no se practique la fecundación. Según ALKORTA IDIAKEZ la falta de consentimiento supondrá que el nacido no podrá ser declarado hijo del cónyuge o del varón vinculado a la usuaria de la técnica de reproducción asistida, concretando más, si el marido no realiza ningún acto anterior al nacimiento que enerve la virtualidad de la presunción de paternidad matrimonial será padre legal automáticamente, pero podrá impugnar su paternidad por no haber consentido la fecundación asistida con contribución de donante de su esposa. En el caso del varón no casado será suficiente con no reconocer al nacido" (2003: 244 y nota 161). (Quesada, 2018, p. 32)

[282] Quesada (2018) resalta que en el reconocimiento y la adopción son irrevocables porque determinan la filiación, y el fin de sus efectos no puede depender de la mera voluntad de su autor (reconocedor o adoptante) al tratarse de una cuestión de orden público, por la indisponibilidad del estado civil. (p. 33).

[283] Barber (2013) critica esta situación, al decir que la negación de la acción de la madre viene a ser una suerte de sanción civil a la actuación de quien ha provocado la situación. "Todas estas consideraciones, explicables desde la perspectiva decimonónica de la filiación, hoy resultan fuera de lugar. Privar de acción a la madre como sanción a su conducta constituye una vulneración clara e injustificada del derecho de tutela efectiva. Y cabe

La jurisprudencia de los años 70 era contraria a otorgar legitimación[284] y en la actualidad se justifica no otorgar legitimación a la madre para impugnar la paternidad en su propio nombre porque al no ser parte en la relación jurídica paterno-filial no debe interferir en su desarrollo, permanencia y continuidad. (Quesada, 2018, p. 9).

Pero ello aún no está resulto, ya que, de un lado, hay quienes consideran que al ser aquélla la culpable de la impugnación no debe estar legitimada para poder alegar. De otro lado, hay quienes sostienen que es discutible esa culpabilidad porque muchas veces puede haber otras culpabilidades, otras causas, incluso más profundas que las de la madre. Es esta última línea de pensamiento se encuentra Baber Carcamo, quien considera "fuera de lugar" esas justificaciones advirtiendo que son decimonónicas, que envuelven transgresión al derecho a la tutela judicial efectiva, situando a la madre en unas situación de más desventaja que la del hombre… negarle legitimización a la madre no va a representar mayores complicaciones porque, por un lado, la madre podrá entablar la demanda en nombre y representación de su hijo/a, que es lo que generalmente ocurre en la práctica jurídica; por otro lado, puede ejercitar la acción de impugnación de manera accesoria y por acumulación a la acción de reclamación conforme al art. 134 CCE (Gallo, 2015, p. 129).

- Por los herederos[285]. La ley confiere legitimación a esas personas para promover la acción, cuyo ejercicio, en principio, es intransmisible a otras. Sin embargo, en ciertos supuestos excepcionales la legitimación para interponer la acción de impugnación se confiere a los herederos para que la continúen[286] o para que la entablen[287]. (Quesada, 2018, p. 10).

---

también el art. 14 CE al colocar a la madre en peor posición que al marido en orden a la impugnación de una filiación no conforme con la realidad. La cuestión ha encontrado soluciones opuestas entre la doctrina" (p. 292).

[284] Como observa BARBER CÁRCAMO (2013: 292) no conferir legitimación a la madre nomine propio para impugnar la paternidad responde a la filosofía de la ley de restringir la impugnación, por su resultado negativo, y favorecer la reclamación, que sí atribuye una paternidad al hijo. (Quesada, 2018, p. 9).

[285] Para Barber (2013) el art. 136 CCE reconoce legitimación para impugnar la paternidad a sus herederos, en nombre propio. Como en los art. 132 y 133 CCE, no es éste un supuesto de sucesión en la acción ya entablada (art. 765.2 LEC), sino de sucesión *ope legis* en la acción del marido, que como personalísima no se integra en el caudal hereditario. Ello permite el ejercicio de la acción por cada uno de los herederos en nombre propio, condicionado al fallecimiento del marido sin que aquélla hubiera caducado. El interés en la impugnación de estos herederos, además de la protección del honor y la intimidad del marido, tendrá normalmente un carácter patrimonial. (p. 284).

[286] La concesión de legitimación a los herederos para continuar o ejercitar la acción de impugnación en ciertos supuestos ha sido criticada, porque implica tener una visión demasiado patrimonialista de estas acciones (y ello, aun cuando la transmisión no se produzca iure hereditario). (Quesada, 2018, p. 10)

Encontramos que para la impugnación de la filiación matrimonial paterna, el art. 133.3 del CCE establece que si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Por su parte, cuando se trata de los herederos del hijo/a, el art. 134 3. CCE dice que cuando el hijo/a falleciere antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos anteriores, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Ahora bien, para la impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación, el art. 141 del CCE dispone que la acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél que hizo el reconocimiento, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.

- Por el progenitor biológico. (Quesada, 2018, p. 11)

En España, al igual que en Colombia[288], se ha debatido el tema de la legitimidad del progenitor y del balance entre sus derechos y el del hijo/a, v.gr., en STS 30 junio 2016: “lo sugerido por algún sector de la doctrina en el sentido de que la investigación de la paternidad no sea un valor absoluto si el sujeto activo es el progenitor, encontrándose justificado que se impongan restricciones a la legitimación de este para accionar, por considerarse más dignos de protección los intereses del hijo/a. Se viene a contraponer tal principio de verdad biológica con la preservación de la paz familiar, pero bien entendido que esta preservación ha de venir referida al interés del hijo/a, por lo que la paz familiar será aquella que beneficie a este por encontrarse en una situación consolidada de familia, que ha podido formarse al margen de la biológica. La protección de esta situación familiar en que se encuentra integrado el menor de edad vendría a tener el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la

[287] En los específicos supuestos en que se legitima a los herederos para entablar la acción de impugnación, como es personalísima y no se integra en la herencia, la ejercitaran, no porque se les transmite iure successionis, sino ope legis, sencillamente porque lo dice la ley. (Quesada, 2018, p. 10)

[288] Sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Rad. 25000-22-13-000-218-00310-01. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

paternidad, al encontrarse recogidos ambos principios en el artículo 39 CE”[289]. (Barber, 2018, p. 13).

Por otro lado, Barber (2018) señala que también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado que cuando existen intereses contrapuestos entre el progenitor a ver declarada su paternidad y la situación familiar que vive el hijo/a, legitima los límites que las legislaciones nacionales hayan establecido para la satisfacción del interés del hijo/a. (p. 13).

Sobre la legitimación pasiva en los procesos de impugnación de la filiación establece el art. 766 de la LEJ que “en los procesos a que se refiere este capítulo serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda [...] quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne esta”.

Si se ejercitan acumuladas las acciones de reclamación y de impugnación de la paternidad, si el actor es "el hijo" deben ser demandados el presunto progenitor y el hombre que figure formalmente como padre[290]. Y si quien interpone ambas acciones acumuladas es "el progenitor", deben ser demandados el hijo/a y el padre jurídico. (Quesada, 2018, p. 14).

[289] Pero antes de esa sentencia, encontramos que en la STS 14 marzo 1994 ya se decía que el principio de verdad biológica "ha de responder al interés superior de los hijos y de la familia, y no ha de servir como elemento distorsionador del orden interno, y de ahí que no se haya introducido en nuestro sistema un modelo de investigación indiscriminada de la filiación y paternidad, perturbadora de ese orden familiar y contraria al estado civil y a la posesión de hecho del mismo que gozan las personas". En contra de lo afirmado en el texto suele citarse la ya lejana en el tiempo STS 28 mayo 1997 (RJ 1997\432), que efectivamente declara: “... cual la búsqueda de la verdad material que ha de regir en los procesos de filiación es la determinante de la amplitud de medios de prueba, lo que permite llegar a la más que dudosa conclusión según la cual se atribuye al legislador el deseo de que la verdad biológica sea norma en las relaciones parentales. Pero tal conclusión no es en modo alguno absoluta, puesto que las normas sobre filiación, junto a la búsqueda de la verdad material a través de medios de prueba, tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar, por ello el Código establece limitaciones en orden a la legitimación para interponer acción de filiación (vid. artículos 127, 131, 133, etc.), exige acompañar a la demanda principio de prueba de los hechos (artículo 129 del Código Civil), establece plazos de caducidad para su ejercicio (artículos 132, 133, 136 y 137 del Código Civil) que no existirían si fuere la verdad material el bien jurídico protegido . (...) La protección del interés del menor, digna y obligada, está atribuida en primer lugar a los progenitores, pero no es verdad absoluta entender que el bien del menor de edad está en la obtención de una declaración de filiación paterna y materna”. (Barber, 2018, p. 13).

[290] Me parece recomendable demandar al cónyuge respecto del cual no se impugna la filiación, para evitar problemas, porque como seguramente tendrá mucho que decir, así es más seguro que podrá ser oído. (Quesada, 2018, p. 14).

Por último, resalto que Quesada (2018) propone que se debe conceder legitimación al Ministerio Fiscal[291], pero subsidiariamente cuando interese al hijo/a que se impugne su filiación paterna y su representante legal no pueda o no quiera ejercitar la acción de impugnación (p. 9) y también le resulta justo legitimar a los descendientes e incluso a los ascendientes (tanto unos como otros podrían actuar a la vez o individualmente) para continuar o promover la acción de impugnación, que la solución de legitimar a los herederos, ya que en cualquier caso afecta al derecho a la intimidad saber si se desciende o no, o si se es ascendiente o no, de otra concreta persona. (Quesada, 2018, p. 11).

Sin embargo, desde la discusión parlamentaria de la Ley 11/1981 surgieron reticencias, que la doctrina ha compartido, referente al carácter marcadamente personalista de las acciones de filiación y la necesidad de evitar la intromisión de un tercero ajeno a tal relación[292]. (Barber, 2018, p. 4).

Conclusiones.

En Colombia, para la impugnación de la paternidad, a mi parecer podría impugnar la madre, el mismo padre ya sea el marido o quien hizo el reconocimiento, siempre y cuando no se trata de reconocimiento de complacencia; el hijo/a y los ascendientes de quien hizo el reconocimiento -en este caso, a más tardar dentro de los 140 días del reconocimiento-; pero, fallecido el hombre que hizo el reconocimiento, los herederos ya no podrán impugnar. Cosa distinta pasa con los herederos del marido o compañero permanente, quienes podrán impugnar desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo/a, en un término de 140 días.

[291] Con carácter general dispone el art. 3.7 EOMF: “Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: [...] 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”. (Quesada, 2018, p. 9)

[292] Sin embargo, Barber en el año 2013 anotaba que “quien ha ejercido la acción es un tercero a la relación de filiación que alega interés legítimo, la sentencia habrá de ser desestimatoria por falta de legitimación, aun habiéndose demostrado en el proceso el hecho real de la generación” (p. 244), en el año 2015, con la Ley 26, se generó la reforma al sistema de filiación, de allí su nueva precisión al respecto.

Sobre la legitimidad de impugnar por el presunto padre biológico, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez, definió que el juez/a debe analizar caso a caso la conveniencia para el hijo/a de darle curso al proceso de impugnación o de privilegiar la paz familiar.

Pasando a España, se tiene que la posesión de estado modula la legitimación activa y el plazo para el ejercicio de esta acción de impugnación, de manera inversa a cómo funciona en punto a la reclamación. Así, en presencia de aquélla, la impugnación de la filiación se restringe, sometiéndose a un plazo de caducidad de cuatro años y restringiendo los sujetos legitimados para su ejercicio. Es así que tenemos que, si la impugnación es de hijo/a nacido dentro del matrimonio, con posesión de estado podrá impugnar el marido y el hijo/a -con las anotaciones que hicimos sobre la legitimidad de la madre-; si no hay posesión de estado, lo puede hacer el hijo/a o sus herederos; cuando la impugnación es de hijo/a nacido fuera del matrimonio y no hay posesión de estado, tendrá legitimidad aquel que le perjudique; si hay posesión de estado será el padre y el hijo/a.

En España, al igual que en Colombia, la jurisprudencia ha denotado que las normas sobre legitimación de la impugnación de la paternidad, junto a la búsqueda de la verdad material a través de medios de prueba, tienen como contrapunto la preservación de la paz familiar y la protección del interés hijo/a; que mi modo de ver, debe analizar en cada juicio, en tanto la paz familiar y la protección a la filiación consolidada en la familia, que ha podido formarse al margen de la biológica, también se protege en el artículo 39 CE.

5. Caducidad e interés actual para la impugnación de la paternidad.

5.1 Caducidad e interés actual para la impugnación de la paternidad en Colombia.

Con el propósito de proteger la estabilidad, unidad familiar, certeza en el estado civil y seguridad jurídica, en Colombia se ha restringido la posibilidad de impugnar la paternidad con los términos de caducidad[293], para que la impugnación de paternidad no se haga en

[293] Tratándose de quienes están inscritos como padre o madre, el artículo 216 del Código Civil otorgó el término de 140 días, contados a partir de que tuvo conocimiento que no era el padre o la madre.

cualquier tiempo, sino en determinado plazo que de vencerse consolida el vínculo filial, al interpretarse que si se dejó pasar el tiempo es porque voluntariamente se ha aceptado la relación filial, de apoyo de solidaridad, lo cual convalida la existencia de la relación padre e hijo/a que se afianza más allá del vínculo genético. (CC. T207/2017 de 17 abril).

Estoy de acuerdo con que se haya establecido términos de caducidad a la impugnación de la paternidad, ya que tiene como propósito evitar "graves efectos jurídicos y sociales que podría acarrear el que se reconociese el derecho de impugnar la paternidad en cualquier momento, ya que con ello se dejaría al arbitrio de aquellos que en un momento han reconocido – a sabiendas – a un hijo ajeno como propio (sic), el decidir en qué momento dejar a la deriva, sin un padre, a ese hijo/a, menoscabando de esa forma no solo los intereses y los derechos económicos de aquel, sino también sus derechos relacionados con la personalidad jurídica, como lo es el del estado civil de las personas" (Cárdenas, 2011. p. 37). Acontecería algo semejante con el cónyuge o compañero permanente a quien se le atribuye la paternidad, y aun sabiendo que no es el padre, guarda ese secreto como un instrumento para ser usado en cualquier momento.

Vista la justificación de la caducidad de la impugnación de la paternidad, que considero es un límite necesario para asegurar la prolongación del estado civil como expresión de la seguridad jurídica e impedir la desestabilización permanente de las relaciones sociales y familiares que surgen del vínculo filial[294], preciso sobre el término de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad, dispuesto en Colombia, conforme a la sentencia T-160, del 21 de marzo de 2013, el término de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad para las personas distintas al hijo/a es de 140 días siguientes a aquel en que tuvieron

---

El hijo/a lo puede hacer en cualquier tiempo. El presunto padre o madre también puede impugnar la paternidad o maternidad, acreditando sumariamente ser el padre o madre biológica, en los términos del artículo 217 del Código Civil.

[294] En la Sentencia de la CSJ, Exp. 52001311000120040007201 del 21 de mayo de 2010, se analiza la demanda de impugnación de paternidad interpuesta por la tía paterna en contra sus sobrinos, dos menores de edad, hijo/a matrimonial y extramatrimonial respectivamente, argumentando que su padre padecía impotencia *generandi*. La Corte avalo la negación de las pretensiones por caducidad de la acción de impugnación y reconoce que no siempre la filiación está sustentada en raíces biológicas, sino en lazos de afecto, los cuales también son protegidos por la Ley, en los términos del artículo 42 de la Constitución Política. Para ello toma en consideración el reconocimiento voluntario o el principio de responsabilidad en la procreación, a partir del cual se puede fijar la filiación. Además explica que la caducidad busca consolidar relaciones filiales, distintas a las puramente biologías, para salvaguardar el trato afectivo en la familia.

conocimiento de que no es el padre biológico. “Con anterioridad, el término previsto en el Código Civil era de 60 días, contados desde el momento en que se demostrara el interés actual”. (Torrado, 2018, p. 135).

Sea del caso precisar que la caducidad opera objetivamente *ispo jure*, por el mero trascurso del tiempo, contabilizado desde el *factum* normativo, que para el caso de la impugnación de la paternidad corresponde a la época en la que se tiene un interés directo en ello, es decir, desde que se conoce de la inexistencia del parentesco.

Para ejemplificar esta cuestión, en la sentencia con radicación 11001-31-10-011-2002-00405-01, del 4 diciembre de 2006, la Corte Suprema de Justicia analiza un asunto en el que el demandante en la impugnación tuvo embargado su patrimonio 17 años por alimentos a favor de una hija que no conocía. Luego de ese tiempo la conoce y no le encuentra parecido físico con sus facciones, con lo cual decide realizarse la prueba de ADN que lo excluyó como padre. Como no se logró probar que el demandado antes de dicha prueba tuviere conocimiento que no era el padre, la Corte determina que no hubo caducidad en la acción y por ello encuentra que la acción de impugnación era procedente.

De ese caso podemos denotar la importancia de conocer desde qué momento debemos contar el término de caducidad. Para ello, preciso que el punto de partida para el conteo del tiempo de caducidad de la acción de impugnación de paternidad, es identificar la época en la que surge el interés actual, que para el padre no corresponde al día del reconocimiento voluntario de paternidad, de la simple duda de paternidad, la realización de la prueba de la prueba de ADN, ni desde que lo demanden para que pague alimentos[295], sino desde el momento en que se tengan serias dudas sobre la filiación.

[295] Es muy común en los juzgados de familia colombianos que se demande la impugnación de paternidad inmediatamente después que la madre del menor de edad demanda al padre para el pago de alimentos, como muestra se tiene la sentencia de la CSJ. Exp. 6657 del 11 de abril de 2003 en donde el demandante de la impugnación de paternidad, alegó que surgió el interés para demandar cuando “le embargaron el sueldo”. La Corte establece que esa circunstancia no se atempera a ninguna de las causales del artículo 248 del Código Civil Colombiano.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia[296] estableció que "el interés actual no puede confundirse con cualquier otro motivo antojadizo, pues aquél requiere a la condición jurídica necesaria para activar el derecho, al paso que éste apenas viene a ser cualquier otra circunstancia veleidosa y, por ende, carente de trascendencia o de razón alguna….dicho interés por consiguiente, valga repetirlo, no puede estar sometido al estado de ánimo o a la voluntad de los afectados, o la simple conservación o mantenimiento de las relaciones interpersonales… Expresado en otras palabras, el mentado interés debe ser concreto, de orden pecuniario o moral y, claro está, ´mesurable a partir de un juicio de utilidad".

En la sentencia T-381/2013[297] la Corte Constitucional señaló que conforme a la Ley 75 de 1968, el interés actual comenzaba a contabilizarse a partir de la primera duda de la paternidad, luego del reconocimiento voluntario[298]. Sin embargo, aclara que con la implementación de la prueba de ADN o por cuestiones personales, podría acontecer que el demandante se sometía a la prueba de ADN años después de la primera duda de paternidad, caso en el cual el interés debía tenerse como "actualizado gracias a la novedad de la prueba científica"[299].

De otro lado, podemos evidenciar que se generan dos intereses en conflicto al momento contabilizar la caducidad, por un lado el derecho del padre a quien se lo somete a aceptar un hijo/a como suyo a quien no lo es, ante lo cual tendría derecho a exigir que la verdadera filiación prevalezca. De otro lado, se encuentra el interés del hijo/a, a la seguridad jurídica de su estado civil y a la satisfacción de sus necesidades emocionales y economías; conflicto que debe ser resuelto por el juez/a buscando un equilibrio entre los derechos de los padres y los hijos/as. En caso de que dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores.

---

[296] Colombia. Corte Suprema de Justicia. M.P. RUTH MARINA DIAZ RUEDA. Exp. 1300131100052002-00451-01. 29 de julio de 2009.

[297] Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-381/13. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. 28 de junio de 2013. En esa oportunidad el padre demandante instaura la acción de tutela en el año 2011 pues considera que el juzgado declaró la caducidad de la acción de impugnación de paternidad sin valorar dos pruebas de ADN del 11 de febrero de 2004 y 14 de enero de 2011 que demuestran que no es el padre del menor de edad que había reconocido como su hijo el 21 de diciembre de 1995 y demandó la impugnación siete (07) años después de saber que no era el padre.

[298] Ver también las sentencias de la Corte Constitucional Colombiano T-888/10, T-071/12.

[299] Con esa posición de la Corte Constitucional deja en entredicho el concepto mismo de caducidad, pues recordemos que la caducidad opera de pleno derecho, con el mero trascurso del tiempo, que no puede suspenderse ni interrumpirse.

Con ello, se destaca que cada caso es particular y que debe analizarse detenidamente el momento en el cual surgió el interés para accionar y desde ese momento comenzarse a contabilizar el término de caducidad para evitar que la acción de impugnación este a merced de la voluntad, capricho o arbitrio del demandante, en tanto "debe el juez, tras de percatar la vigencia de tales términos de caducidad, resolver sobre la tensión que se presenta por el establecimiento de hechos que conforme a los métodos científicos permiten observar una certeza probable sobre la paternidad, frente a la realidad social que también hace posible ver de otro modo ese aspecto entre quienes componen un grupo familiar, la que puede ser divergente a pesar de los resultados aproximados a la verdad que ofrece la ciencia"[300].

5.1.1 Términos de caducidad en Colombia.

Desde el año 1970 en Colombia se estableció que el estado civil es indisoluble, indisponible e imprescriptible (artículo 1 del Decreto 1260 de 1970) y por ello la ley permite que en cualquier momento el hijo/a impugne su filiación y que acuda a la justicia para que se investigue su filiación materna o paterna sin que este supeditado ese derecho a ningún término de prescripción o caducidad alguno.

Al respecto el jurista Valencia (1995) dijo:

> Puede suponerse la hipótesis de que una mujer casada dé a luz un hijo y le oculte a su marido el parto, con el objeto de entregar ese hijo a otro matrimonio, que lo inscribe en el registro del estado civil como suyo, lo cría, educa y establece. Aunque este caso haya prescrito la acción de impugnación de la legitimidad de ese hijo, por haber trascurrido los plazos de que habla los artículos 336 y 337 del Código Civil, con todo y ser así, la acción de investigación de la verdadera filiación en cabeza del hijo nunca prescribe y este puede ejercerla en cualquier momento, con arreglo en lo dispuesto por el artículo 406.

Ahora si se trata de un menor de edad, representado ya sea por su madre o por funcionarios del Estado, se le hace extensivo la caducidad, en la medida promueve la acción bajo el ejercicio de su rol y/ representación del hijo/a.

Respecto de los términos de caducidad para el padre, tenemos:

[300] COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 0780-01.14 de enero de 2005.

Artículo 214 y siguientes del Código Civil originales	Artículo 214 y siguientes, modificados por la Ley 1060 de 2006
- El marido puede impugnar la paternidad del hijo/a concebido por su esposa, dentro de los sesenta (60) días desde que tuvo conocimiento del parto. - Quien haya hecho reconocimiento voluntario, podrá impugnar la paternidad en el término de sesenta (60) días (C-310/2004).	- El término de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad en todos los casos, para el padre anotado en el registro civil, es de ciento cuarenta (140) días desde que se tuvo el conocimiento de no ser el padre.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia[301] aclara que el término para alegar la impugnación es de caducidad y no de prescripción, y que aquel plazo debe contabilizarse en días hábiles, en atención a que la impugnación solo puede alegarse ante los estrados judiciales, en esa medida se debe garantizar en que todo el tiempo para impugnar estaba habilitado para radicar la demanda ante el Juzgado competente.

Respecto del interés de los herederos/as, tenemos que la Corte Suprema de Justicia[302], encontró probado el interés actual de una tía paterna en demandar la impugnación de la paternidad de sus sobrinas, dos menores de edad, hija matrimonial y extramatrimonial, quien

[301] Colombia. Corte Suprema de Justicia. M.P. Ruth Marina Diaz Rueda. Exp. 1300131100052002-00451-01. 29 de julio de 2009.

[302] COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 52001311000120040007201, 21 de mayo de 2010. En primera instancia se negó las pretensiones, manifestando que conforme al artículo 248 del Código Civil el interés actual de personas diferentes a los ascendientes del padre o madre que reconoce, deberá ser probado por quien instaure la impugnación, prueba que no se acreditó, por el contrario, las fotográficas aportadas daban cuenta de la buena relación que sostenía la demandante con las demandadas. Tampoco había interés económico, pues había un heredero con mejor derecho.

soportó el interés para demandar alegando aspectos económicos, por algunos bienes que dejo su hermano fallecido a sus hijas.

Si bien el caso se resuelve negando las pretensiones, por caducidad de la acción de impugnación, esta sentencia es interesante porque reconoce que no siempre la filiación está sustentada en raíces biológicas, sino en lazos de afecto, los cuales también son protegidos por la Ley, en los términos del artículo 42 de la Constitución Política. Para ello toma en consideración el reconocimiento voluntario o el principio de responsabilidad en la procreación, a partir del cual se puede fijar la filiación. Además, explica que la caducidad busca consolidar relaciones filiales, distintas a las puramente biologías, para salvaguardar el trato afectivo en la familia.

Para concluir esta temática se precisa que la declaración de la caducidad de acción de impugnación puede hacerse aun de oficio, pues según los artículos 90 y 278 del CGP si el juez/a encuentra en el estudio de admisión de la demanda que la acción de filiación caducó, debe rechazar las pretensiones; o en cualquier etapa del proceso puede emitir sentencia anticipada, de encontrar probada la caducidad.

Estoy de acuerdo con que el juez/a pueda decretar aun de oficio la caducidad de la acción de filiación, para darle certeza del estado civil y evitar que relaciones familiares ya consolidadas, sean cuestionadas en cualquier tiempo, por lo cual infiero que la Ley colombiana le ha dado la facultad al juez/a de decretarla de oficio, por ser la estabilidad del estado civil, en una cuestión orden público.

Aun mas, considero que el juez/a debe ser precavido al momento de contabilizar el término de caducidad de la acción, ya que puede existir abuso del derecho en el ejercicio de la acción de filiación, v.gr. en los asuntos de impugnación de reconocimiento de complacencia, es decir, en los casos en los que el padre inscrito, conocía al momento de hacer el reconocimiento que no era el padre biológico, deja vencer los 140 días para impugnar y luego de un tiempo, que pueden ser años, somete al hijo/a a la prueba de ADN, cuyos resultados se saben, pues al no tener vínculo consanguíneo, el resultado de la prueba será la exclusión de la paternidad; todo ello para alegar en la demanda que solo supo que no era el padre el día que conoció los resultados de la prueba. A mi modo de ver, en este caso se

abusa del derecho de ejercer la acción, actualizando con la prueba de ADN el término para impugnar.

Como lo dije antes, considero que al padre que hizo reconocimiento de complacencia se le debería negar la legitimidad para impugnar; sin embargo, de permitírsele accionar, aconsejo que con la contestación de la demanda, el juez/a vuelva a analizar si hay caducidad de la acción, pues si se trata de un reconocimiento de complacencia, pienso que habrá de contarse los 140 días para impugnar, desde que se realizó el reconocimiento y de encontrar que hay abuso en el ejercicio de la acción, como en el caso que esquematizo *supra,* emitir sentencia anticipada declarando la caducidad, conforme al num. 3 del art. 278 del CGP.

5.2 Caducidad e interés actual para la impugnación de la paternidad en España

En la sentencia 138/2005, de 26 mayo, el Tribunal Constitucional afirmó "que el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción, como tal presupuesto procesal establecido en aras del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no vulnera en sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo concedido al efecto". Además, el Tribunal Constitucional también entendió que "el establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial (...) tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y la estabilidad del estado civil de las personas, así como a proteger a los intereses de los hijos (art. 39.1 y 2 CE)". (Quesada, 2018, p. 15).

Al igual que en Colombia, en España es tema de debate el inicio del cómputo del plazo para impugnar la paternidad. El Tribunal Constitucional en la sentencia 138/2005, apreció que no ofrece dudas de constitucionalidad que conforme al art. 136 CCE el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial tenga, en principio, como *dies a quo* la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil, ya que la finalidad de la

referida acción es destruir los efectos de la paternidad proclamada por los asientos registrales[303]. (Quesada, 2018, p. 17).

El conocimiento por el marido de su falta de paternidad biológica como *dies a quo* plantea el problema de precisar cuándo hay que considerar que este conoce que no es el progenitor. Se ha criticado de este *dies a quo* la facilidad con que el actor puede preconstituir a su conveniencia, la prueba del día de conocimiento de la falsedad de su paternidad. Por ello, el demandante debe exponer en el libelo introductorio como *dies a quo* un determinado día, para que la parte demandada pueda ejercer derecho de contradicción. Al respecto afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 diciembre 2016 dijo que "el propio principio de facilidad probatoria a que se refiere el artículo 217.7 LEC determina claramente que la carga de la prueba sobre la existencia de tal conocimiento anterior ha de corresponder a quien sostiene la existencia de la caducidad". (Quesada, 2018, p. 18).

Por otra parte, sobre los plazos de caducidad y el interés del menor de edad, para el Tribunal Supremo el interés superior del menor de edad ha sido valorado al establecerse plazos de caducidad en las acciones de impugnación de la filiación. Pero, ¿debe identificarse el interés del menor de edad con la seguridad jurídica en las relaciones familiares y la estabilidad del estado civil? (Goñi, 2018, p. 12).

Esa pregunta no es fácil de resolver, ya que hay varias formas de interpretar aquel interés superior. Unos entienden que el interés superior del menor de edad está precisamente en adecuar la filiación a la biológica (Goñi, 2018, p. 12); otros entienden que el interés superior del menor de edad debe identificarse con aquello que permite su libre desarrollo de su personalidad (Goñi, 2018, p. 13)

[303] En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el párrafo primero del artículo 136 del Código Civil Español, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en cuanto comportaba que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empezase a correr aunque el marido ignorase no ser el progenitor biológico de quien fue inscrito como hijo/a suyo en el Registro Civil. Tras esta sentencia el legislador en el artículo segundo (apartados cuatro a siete) de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dio nueva redacción a los artículos 136, 137, 138 y 140 CC77 estableciendo también como *dies a quo* el momento en que el marido conozca su falta de paternidad biológica. (Quesada, 2018, p. 17)

Otros identifican el interés superior del menor de edad con el mantenimiento del *statu quo*. Se entiende que se debe intentar adecuar la filiación jurídica a la biológica, pero con unos límites (plazo de caducidad, restricciones en la legitimación), para proteger el interés del menor de edad. Por ejemplo, Barber (2013) considera que la estabilidad del estado civil, la no implicación del hijo/a en los conflictos paternos y la seguridad jurídica desaconsejan absolutamente dejar en manos de arbitrio paterno la impugnación, en el caso de quien reconoce como propio un hijo/a habido por su esposa antes de reconocerse (Goñi, 2018, p. 12)

Por otro parte, en voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 julio de 2011 - STS 318/ 2001, señalaba que nada hay más contrario al principio de la protección integral de los hijos/as que "un reconocimiento quede arbitrio de un reconocedor y de que mantengan las buenas relaciones con la madre de un hijo/a biológico de ella y reconocido por el ". (Goñi, 2018, p 12).

Nanclares señala "aún siendo cierta la prevalencia del interés de los hijos y la satisfacción del mismo a través de la estabilidad de su *estatus filii*, no es menos cierto que ese criterio, contrapeso del principio de verdad biológica, ha sido matizado por nuestro Tribunal Supremo, que en diversas sentencias ha identificado el interés del menor de edad con el hecho de vincularse jurídicamente con quien es su verdadero progenitor y no con quien sólo lo es en apariencia o por aplicación de una presunción de paternidad (Goñi, 2018, p. 12).

Como podemos ver son varias las maneras de interpretar el interés superior del menor de edad, de allí la disparidad de protección que se puede generar a la hora de decidir las acciones de filiación. Yo creo que la academia no debe dedicarse a fijar el interés del menor de edad como una regla sacramental a aplicarse por los agente del estado, raja tabla, en todos los asuntos, pues con ello estaríamos suponiendo que en todos los casos, el contexto del menor de edad es el mismo y en esa medida estaríamos acudiendo a la teoría de igualdad formal, cuando en la realidad cada niño, niña y adolescente, tiene su propia historia, con entorno protector, red de apoyo, o entorno de riesgo y en vulneración de derechos; ello se debe a que son seres humanos, con quienes el agente del estado debería verificar las condiciones de vida, condiciones familiares y sociales que los rodean, para

determinar en cada caso cuál sería el interés superior de ese determinado niño, niña o adolescente.

En esa medida, considero que la academia debe dedicarse a trazar criterios orientadores que puedan seguir los agentes del Estado para determinar en cada caso cuál es el interés superior para cada niño, niña o adolescente; trabajo que considero debe hacerse con apoyo de otras áreas del conocimiento; no solo de derecho, sino de la psicología, sociología, trabajo social, antropología, etc., por la misma complejidad del ser humano.

Sobre este aspecto, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 14 de 2013, concluyó que el interés superior del menor de edad debe determinarse caso por caso. Al respecto, sostuvo: "por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto".

Sobre ello, en sentencia T-259/18, la Corte Constitucional Colombia señaló que el interés superior del niño/a solo puede ser evaluado según las circunstancias propias de cada caso y reiteró ciertos parámetros generales que ha trazado como criterios orientadores en el análisis de los casos individuales, como: i) las consideraciones fácticas, que hacen referencia a las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y ii) las consideraciones jurídicas, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. Dentro de estos últimos, resaltó como relevantes:

- Garantía del desarrollo integral del menor de edad[304].
- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor de edad[305].

[304] "Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad". Sentencia T-259/18.

- Protección del menor de edad frente a riesgos prohibidos[306].
- Equilibrio con los derechos de los padres[307].
- Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor de edad[308].
- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales[309].

5.2.1 Términos de caducidad en España.

Barber (2018) escribe que sobre las legislaciones nacionales que fijan un plazo a la acción de reclamación del hijo/a, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que son respetuosas con el derecho a una vida privada y familiar recogido en el art. 8 CEDH, atendiendo al conocimiento de la verdad y a la diligencia en emprenderla[310]. (p 20).

Concretamente en España, según STS 138/2005, de 26 de mayo "ninguna objeción cabe a que el legislador haya señalado un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, hemos dicho que el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción, como tal presupuesto procesal establecido en aras del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no vulnera en sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el legislador habilite unos plazos

[305] "Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: 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, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en estos". Sentencia T-259/18.

[306] "Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas". Sentencia T-259/18.

[307] "Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor -tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso". Sentencia T-259/18.

[308] "Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección". Sentencia T-259/18.

[309] "Deben existir poderosos motivos adicionales que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica". Sentencia T-259/18.

[310] Barber (2018), cita para esa afirmación la STEDH 3 octubre 2017 (JUR 2017\268917), Caso Silva y Mondim Correia contra Portugal, y STEDH 3 abril 2014 (JUR 2014\101417), Caso Konstantinidis contra Grecia (p 20).

suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e interese legítimos ante los Tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo concedido al efecto" (Barber, 2013, p. 43).

De hecho, para Quesada (2018) si ha caducado el plazo de ejercicio de la acción de impugnación -o el actor no está legitimado-, el juez/a deberá abstenerse de pronunciarse sobre la paternidad impugnada (cfr. art. 6.4 CC). (p. 13).

En atención a ello, como lo dije al analizar la caducidad en Colombia, estoy de acuerdo con la fijación de un término para impugnar la paternidad, en tanto de ello pende la estabilidad del estado civil; además que el derecho a tutela efectiva (art. 24 CE), a acceder a la justicia, no puede entenderse de manera absoluta y menos establecer que solo se puede garantizar ese derecho haciendo inoperante la caducidad para las acciones de filiación, en tanto, como vimos en el capítulo I, son varios los derechos e intereses que se debaten en ese tipo de acciones.

Aquí denoto que en España, también se ha discutido si la caducidad es o no un límite a la tutela judicial efectiva en las acciones de impugnación, pero como cita Barber (2013, p. 20 y 43), esos debates se han desatado por la jurisprudencia al disponer que la caducidad es razonable y adecuada para darle estabilidad al estado civil y preservar el orden público.

Al fijar mi postura sobre la razonabilidad de la fijación de términos de caducidad para la acción de filiación, paso en concreto a estudiar los términos de caducidad fijado para el hijo/a en España, encontrando que, a diferencia de Colombia[311], el hijo/a tiene el término de un año para impugnar la paternidad matrimonial, con posesión de estado[312]; cuando no hay posesión de estado, lo puede hacer en cualquier tiempo; y si se impugna la paternidad no

[311] Recuérdese que en Colombia, conforme al art. 406 del CCC se concede al hijo/a la facultad de instaurar la acción, en cualquier tiempo.

[312] Además, si la posesión de estado es fiel reflejo de la buena relación de hecho que se supone existe entre padre e hijo/a difícilmente alguno de ellos impugnará la relación jurídica de filiación que les une, y a nadie más mientras vivan, como he propuesto, se debería conceder legitimación para impugnar. (Quesada, 2018, p. 16).

matrimonial y no hay posesión de estado, lo podría hacer en cualquier tiempo, pero si hay posesión de estado, lo podría hacer dentro del término de cuatro años[313].

Entonces, ¿será que la razonabilidad de fijar términos para la acción de impugnación, es aplicable también para el hijo/a? No, considero que la razonabilidad de los términos para impugnar sea aplicable al hijo/a, en la medida que es el hijo/a el directamente afectado de la relación jurídica que surge a partir de la filiación[314] y en consideración al principio *favor filii.*

Como ya lo dije, sobre este aspecto, la CE establece la protección de los/as hijos/as o *favor filii*, como principio constitucional, por medio del cual, según el profesor Ruiz-Rico Ruiz (2015) "la doctrina y la jurisprudencia se han centrado en otorgar preponderancia al principio del *favor filii* o interés del hijo en el ámbito de las acciones de filiación, frente a los intereses de terceros en el ejercicio de dichas acciones; ello con independencia de que se trate de hijos menores o mayores de edad, de modo que existe un consenso general acerca de la necesidad de tutelar ese interés por encima del de otros implicados" (p. 2).

Con ese argumento preciso que estoy de acuerdo con la imprescriptibilidad de la acción para el hijo/a, que estableció el art. 406 del código civil colombiano, y considero que en España ya está dado desde lo sustancial el reconocimiento de ese derecho al hijo/a.

Contrario a mi posición, Barber (2018) considera que la imprescriptibilidad de la acción del hijo/a puede generar una importante litigiosidad y unas consecuencias indeseables desde la seguridad jurídica. Su ejercicio tardío, no diligente o interesado, en cuanto muy ulterior al conocimiento de la realidad y dirigido a lograr unos beneficios sucesorios, no ha sido frenado hasta el momento en los Tribunales. (p. 19).

---

[313] Por otro lado, Quesada (2018) critica que el ordenamiento jurídico español, se confieran distintos plazos de impugnación, dependiendo si en la relación filial hay o no posesión de estado. Al respecto, anota que no es acertado que la mayor o menor duración del plazo (o su inexistencia) dependa de si existe o no posesión de estado, porque lo que se debe dilucidar en los procedimientos de impugnación (cuando el asunto sobre la filiación discutida deben resolverlo los tribunales en un procedimiento contencioso) es si el varón cuya paternidad está determinada y se impugna es o no realmente el progenitor, con independencia de si concurren o no los elementos que conforman la posesión de estado del *nomen, el tractatus* y la fama o *reputatio,* pues solo deben ser valorados como indicios de la paternidad, no como circunstancias a las que supeditar la legitimación o la duración del plazo para impugnar (p. 16).

[314] V.gr. Quesada (2018) considera que el hijo/a debería poder impugnar la paternidad del reconocedor de complacencia durante toda su vida. (p. 33).

Sin embargo, en España ya está dicho que en materia de filiación el interés del hijo/a debe protegerse de forma primordial, tal como lo dispone la Constitución española, al proclamar el deber de los poderes públicos de asegurar “la protección integral de los hijos” (art. 39.2 CE). También establece que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.4 CE) y entre ellos está la convención sobre derechos del niño de Naciones Unidas. Así la regulación actual del art. 2 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM), incorpora los criterios de la observación general número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de los derechos de la niñez, sobre el derecho del niño y niña a que su interés superior sea una consideración primordial. De forma que el actual artículo dos LOPJM configura el interés del menor como principio general y se configura como derecho sustantivo. (Goñi, 2018, p. 4).

Fijada mi postura sobre ese aspecto, surge otro interrogante y es lo referente a si la acción debe ser imprescriptible cuando no responde a una filiación vivida, con manifestación social (Barber, 2018, p. 6). Para resolver ese interrogante, tal como se dijo a lo largo del capítulo I, y concretamente en el aparte 6.3, habrá que ponderar en cada caso los intereses contrapuestos.

Por otro lado, “la acción de impugnación de la paternidad no matrimonial corresponde, de acuerdo con el artículo 140 CC<E>, al progenitor por un plazo de cuatro años desde que la filiación haya sido inscrita y el hijo/a goce de la correspondiente posesión de estado. Cuando la acción se dirija a atacar el acto del reconocimiento por haber estado viciado en sus orígenes, el plazo para ejercitarla será de un año desde que cesó el vicio” (Ales, 2012, p. 362).

Si se trata de impugnación de la paternidad no matrimonial y no hay posesión de estado, la acción es imprescriptible, por aquel perjudicado; si se impugna la paternidad matrimonial y hay posesión de estado, los legitimados tendrán un año para incoar la acción y si no hay posesión de estado, lo podrá hacer el hijo/a en cualquier tiempo.

Por su parte, como ya lo vimos en el aparte de legitimación en España, los herederos del hijo/a o del padre están legitimados para impugnar la filiación matrimonial paterna, pero, a diferencia de lo que acontece en Colombia, conforme a los art. 136.3 y 13.7 del CCE, el término que tienen los herederos para impugnar la paternidad, está supeditado al tiempo que faltare para completar un año.

Esta fórmula ha sido criticada por Quesada (2018) quien dice que establecer el plazo de esa manera no es afortunada ni acertada, porque variará al depender su duración de cuando falleció el principal legitimado, lo que en ocasiones conducirá a situaciones absurdas. Para explicar este supuesto, coloca como ejemplo si el padre muere poco antes (por ejemplo, solo dos o tres días antes) de que se cumpla el año sus herederos dispondrán de un plazo ínfimo, del todo insuficiente, para poder ejercitar la acción. Si a esto le añadimos que se trata de un plazo de caducidad, no será posible su interrupción. Por estas razones, Quesada (2018) considera que si se quiere legitimar para ejercitar la acción de impugnación de la filiación a los herederos del padre o del hijo/a la mejor solución sería establecer un plazo fijo de caducidad, en lugar de un plazo variable, que comenzase a transcurrir cuando fallece el principal legitimado. Así se evitaría la confusión y complejidad de la regulación vigente sobre este aspecto; aunque Quesada (2018) defiende que tras la muerte del padre o del hijo/a solo deberían estar legitimados para interponer la acción de impugnación sus descendientes y ascendientes, aclara que será posible impugnar siempre y cuando el principal legitimado no haya manifestado su voluntad inequívoca de que no se impugne su paternidad o filiación. (p. 16).

Conclusiones

Ahora bien, en comparación con el derecho colombiano, se concluye que el ordenamiento jurídico español, aun después de su reforma en el año 2015, conserva diferencias en la legitimidad y término de caducidad entre la impugnación matrimonial y no matrimonial y otorga una preponderancia a la posesión de estado para hacer diferenciaciones entre las mismas[315], cuestión superada en Colombia en el año 2006, cuando se equiparó los

[315] "En un sistema basado en la investigación de la paternidad (hoy, también de la maternidad), por mandato constitucional (art. 39.2 CE), sorprende que todavía se otorgue tan especial relevancia a la posesión de estado,

conceptos para permitir el acceso a la justicia, en igualdad, a las familias matrimoniales y no matrimoniales.

De hecho, Ruiz-Rico y Castaños (2015) para España propone que “deberían revisarse los planteamientos del legislador, desde la óptica del principio de igualdad, a la vista de la expansión en nuestra sociedad de las uniones de hecho y la consiguiente filiación no matrimonial nacida de las mismas, así como de las relaciones sexuales esporádicas, hoy muy frecuentes también”.

Al margen de ello, una cuestión interesante del ordenamiento jurídico español para el ordenamiento jurídico colombiano, es la determinación de las causales para la acción de impugnación del reconocimiento[316], y su diferencia con la impugnación de la filiación, que si bien conllevan al mismo propósito de atacar al vínculo anotado en el registro civil, corresponde a diferentes supuestos. Según el TSE en sentencia de 5 de julio de 2004 “las acciones de impugnación de la filiación matrimonial pueden responder a la inexistencia o invalidez del título de su determinación o a la ausencia de la realidad biológica. Según dispone el art. 138 del Código Civil <español>, tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento (…) cabe una impugnación del título de determinación, por inexistencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad, mediante la llamada acción declarativa negativa que regulan los arts. 138 y 141, y una impugnación por causas distintas, entre ellas, la inexistencia de una realidad biológica (mediante una acción de impugnación en sentido estricto), que regulan el mismo artículo 138 y, por remisión, las normas contenidas en la sección y capítulo terceros del título quinto del libro primero del Código Civil, entre ellas el art. 136”.

---

hasta el punto de servir de freno a algunas acciones de filiación, de ampliar injustificadamente a los sujetos legitimados con base en ella, o de utilizarse como apoyatura para pretensiones difícilmente conciliable con el Derecho vigente. Buen ejemplo de lo que decimos lo representa la reciente STS de 15 de enero de 2013, donde se atribuye una relevancia muy cualificada a la posesión de estado para atribuir derecho de relación con el menor nacido a la mujer conviviente con otra mujer que utiliza las técnicas de reproducción asistida dando a luz a un hijo, sin una base legal suficiente, a nuestro juicio” (Ruiz-Rico y Castaños, 2015, p. 14).

[316] Para un sector de la doctrina española “un reconocimiento de complacencia implica un acto jurídicamente nulo, bien por no existir propiamente voluntad (ser simulada), bien por ser fraudulento (art.6.3 CC), en cuanto acto contrario a la ley (art. 6.2 CC) que utiliza una vía oblicua para conseguir un efecto legalmente prohibido. Por lo tanto, debería aplicarse sin problemas toda la doctrina jurisprudencial acerca de la legitimación activa para impugnar actos y negocios jurídicos nulos de pleno derecho, en la que se incluye a las propias partes que emitieron los consentimientos” (Ruiz-Rico y Castaños, 2015, p. 25).

6. Cosa juzgada, recurso de revisión y demandas posteriores a la ejecutoria de la sentencia que resuelve la acción de filiación.

Plantearé a continuación como la prohibición de ejercer las acciones (tanto de reclamación como de impugnación) cuando la filiación está determinada legalmente a través de una sentencia en firme, no se encuentra estipulado explícitamente en Colombia como sí lo contempla el derecho español en el art. 164.2 Lec, pero de varias normas del ordenamiento jurídico colombiano se colige[317] (Gallo, 2015, p. 161).

En España, sobre este aspecto, el art. 764.2 LEC dispone que "los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra cuidarse sido establecida también por sentencia en firme. Si la existencia de dicha sentencia firme se acreditaré una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de este". "Debajo de todo ello sin duda se halla, de forma adicional a la necesaria seguridad jurídica por la que debe velar nuestra legislación en general, un deseo patente del legislador de asegurar la 'paz familiar, impidiendo sucesivas y reiteradas reclamaciones judiciales que provoquen la desestabilización de las familias, por la incertidumbre derivada de nuevos procesos judiciales". (Ruiz-Rico y Castaños, 2015, p. 10).

En ese panorama no sería posible en principio reversar una sentencia ejecutoriada emitida en el marco de una acción de filiación, en tanto pensando en el mantenimiento de la paz familiar. "Sin embargo, esta primera lectura sobre el fundamento o ratio del art. 764.2 LEC puede considerarse impregnada de una cierta mentalidad preconstitucional, cuando es evidente que habría que acomodar el hipotético fundamento de esa norma a los mandatos constitucionales específicos en la materia, e intentar darle una orientación más actual que se cohoneste adecuadamente con los antes citados arts. 24 y 39 CE. A estos efectos, parece

[317] En Colombia encontramos que conforme al artículo 303 del CGP la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, tales como las que emiten en los procesos de filiación, lo que significa que no solo son oponibles para las personas que concurrieron al proceso, sino a todos y además surte sus efectos para todos, con lo cual no puede someterse nuevamente el caso a los estrados judiciales, pues ya se decidió de fondo.

razonable entender que, tras la Constitución, los procesos de filiación buscan o deben buscar, por principio, la verdad material, a través de la investigación de la paternidad/maternidad (art. 39.2 CE), y las pruebas biológicas inherentes a ella. (Ruiz-Rico, 2016, p. 4).

Pero bajo dicha regla general, existen excepciones como lo es el recurso de revisión[318], autorizado por la ley[319], que establece que bajo estrictas causales es posible que la justicia analice nuevamente un asunto de filiación ya archivado con sentencia.

Concretamente, en Colombia el artículo 355 del CGP contempla las nueve causales de revisión, que son: cuando se encuentran documentos que habrían variado la decisión y que no pudieron aportarse al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria, declaratoria de falsedad en documentos o de testimonios que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida, o condena al perito por ilícitos cometidos en la producción de la prueba, o por violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida; existencia de colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia; indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad; nulidad originada en la sentencia que no era susceptible de recurso y ser la sentencia contraria a otra anterior.

De los supuestos para alegar la revisión, se destaca que están básicamente irrigados en el irrespeto del debido proceso, v.gr. en los que no se vinculó al proceso al padre declarado como tal en la sentencia que se ataca, o en cuyo proceso la madre ocultó datos, no se practicó la prueba de ADN, se determinó la filiación por indicios o datos aparentes, sin que el demandado se haya negado a la prueba de ADN, ni haya sido renuente en el cumplimiento de su deber de colaboración a la justicia; hubo una usurpación de identidad del demandado,

[318] En la sentencia del TSJ Cataluña de 27 de octubre de 2003 se autorizó “la revisión de la sentencia ya firme, que declaraba la filiación paterna no matrimonial, tras haberse aportado como nueva documental, un Acta Notarial otorgada por la madre del menor (sic) en la que manifestaba que, tras una prueba biológica realizada al mismo, resultaba que el recurrente en revisión no era el padre. La sentencia hace hincapié en la prevalencia del principio de verdad material sobre la formal, e interpreta de forma amplia los documentos que conforme al art. 510 LEC pueden tomarse en consideración para estimar un recurso de revisión, llegado a admitir el antes citado (Acta Notarial), a pesar de no estar dentro de los recogidos literalmente en el citado art. 510 LEC” (Ruiz-Rico y Castaños, 2015, p. 25).

[319] El art. 303 del CGP establece que “la cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”.

por fuerza mayor o caso fortuito no pudo acreditarse al juez/a una prueba decisiva en el asunto, o se indujo en error al/a juez/a, etc.

En este punto desde ya se deja en evidencia, que se trata de causales no atribuibles al accionante; caso contrario, no podría favorecerse de su propia negligencia o renuencia a colaboración con la justicia para beneficiarse de un nuevo trámite, cuando en el primero se le otorgaron todas las garantías y fue por su desidia que el/a juez/a acudió a otros mecanismos o elementos de prueba para decidir el caso. Ello en razón del principio referente a que nadie puede alegar su propio dolo o su propia torpeza.

Hecha esa aclaración, para ejemplificar esta temática se trae la sentencia T-1226/04, en la que la Corte Constitucional analiza en sede de tutela un caso en el que se negó la revisión de la sentencia que declaró la paternidad soportada en el examen antropoheredobiológico realizado por el ICBF y en donde se había acreditado que luego de dicha sentencia se practicó la prueba de ADN, la cual excluyó como padre a quien había sido declarado como tal en la sentencia revisada.

En ese asunto, la Corte decidió suspender temporalmente los efectos jurídicos del registro civil de la niña en relación con el accionante, mientras el juez penal o el juez civil en sede de revisión, adoptan una decisión definitiva sobre dicho registro civil. En consecuencia, hasta que la jurisdicción civil o penal se pronuncie, el actor no estaría obligado a cumplir con los deberes de la paternidad ni podría reclamar los derechos inherentes a la misma. La decisión se sustenta en que:

> Obligar al actor a tener como su hija a una niña que no lo es – y a la menor (sic) a tener por padre a quien no lo es – constituye una afectación de sus derechos a la filiación (C.P., art. 14), a la familia (C.P., art. 42), al libre desarrollo de la personalidad (C.P., art. 16) y a la dignidad (C.P., art. 1), además de su derecho de acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva (C.P., art. 229). (…) Pero, además, también es claro que la situación descrita constituye una afectación de los derechos de la menor (sic), quien no podrá establecer su verdadera filiación (C.P., art. 14), con todas las repercusiones que ello podrá tener sobre sus derechos fundamentales prevalentes como niña (C.P., art. 44), sobre el libre desarrollo de su personalidad (C.P., art. 16) y

> sobre su dignidad (C.P., art. 1) (…) <y que se busca> evitar tanto que la menor (sic) tenga por padre biológico a quien no lo es, lo cual le impediría averiguar quién es realmente su progenitor, como que el actor tenga que resignarse a aceptar como su descendiente a una niña que a todas luces no es su hija.

También se han encontrado casos, en los que se ataca la sentencia en firme que declara la paternidad, con una acción constitucional de tutela, alegando la protección al derecho a libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad, además de su derecho de acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Veamos otra sentencia, la T-305/03 en la que la Corte analizó una tutela en contra de la sentencia en la que se negó la paternidad, sin tener en cuenta que la prueba antropoheredobiológica arrojó el 99% de confiabilidad. Esa sentencia fue apelada, pero la accionante desistió del recurso y luego de 5 años instauró la tutela. En esa oportunidad la Corte privilegió la seguridad jurídica y la figura de cosa juzgada, argumentando que pese a que la filiación que se pretende involucra a un menor edad, y que la accionante pretende revivir una etapa procesal que precluyó hace cinco años, con el desistimiento del recurso de apelación.

Esta decisión ha recibido serías críticas, al contemplar que, si bien hubo un desistimiento, no hubo una renuncia a la acción.

En esa misma línea encontramos la sentencia T-307/03 en la que se discute un caso de investigación de paternidad en el que no se practicó la prueba científica por falta de recursos económicos del presunto padre, quien luego de la decisión que declaró la paternidad, se tomó la prueba de ADN, arrojando como resultado la exclusión de la misma. La Corte establece que el tutelante tuvo que agotar los recursos que dispone la Ley contra dicha providencia que lo declaró padre y que como lo no lo hizo la oportunidad debida, la tutela no procede como una tercera instancia.

Por otro lado, también hay pronunciamientos en los que se ha determinado la procedencia de la acción de tutela en contra de las sentencias de filiación y se ha tutelado el derecho al debido proceso, identidad, filiación, personalidad jurídica y dignidad.

En la sentencia T-411/04 la Corte analiza un caso en que el juez sin esperar los resultados de la prueba de ADN, decidió negar las pretensiones y que dichos resultados fueron allegados seis meses después, con la conclusión del 99.999% de probabilidad de paternidad. En esta sentencia la Corte amparó el derecho al debido proceso al establecer que el juez fue negligente, pues se limitó a imponer la responsabilidad de la ausencia de la prueba dentro del proceso a las partes, sin percatarse del deber de la valoración de los resultados de la prueba, conducta omisiva *"que implica una falta en la producción o la valoración de pruebas determinantes de la veracidad de los hechos analizados por el juez*".

En esta sentencia es interesante cómo la Corte pondera en el caso concreto la materialidad del derecho a la filiación y a la dignidad humana sobre la formalidad del procedimiento, así:

> La decisión rigurosa de declarar improcedente la acción de tutela cuando el actor no hizo uso del medio de defensa ordinario que tenía para hacer valer sus derechos, llevaría en determinados casos a que lo formal imperara sobre lo sustancial, pues, frente a la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales, prima la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa. De lo contrario, en aquellos eventos el juez de tutela estaría prestando su tácita aquiescencia frente a una vulneración de los derechos fundamentales de una persona, amparado en el subterfugio de la aplicación de una formalidad que debe ceder ante el derecho sustancial, por constituir éste la razón de ser de aquella <en tanto que el demandante> se vería abocado de por vida a una situación de flagrante vulneración de sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica y a su estado civil. De igual manera, conociendo ahora sin posibilidad de duda la identidad de su padre, si se le negara el derecho que tiene a establecer su filiación y su estado civil, [...] estaría recibiendo menoscabo también en relación con su dignidad como persona humana".

También encontramos la sentencia T584/08 en la que la Corte decidió un caso en el que ya había sentencia en firme que declaraba la paternidad y que posterior a ello el grupo familiar se realizó la prueba de ADN la cual arrojó como resultado la exclusión de la paternidad. En este caso la Corte determinó que la figura de cosa juzgada se hace menos rigurosa para salvaguardar los derechos fundamentales inmersos dentro del proceso.

Como común denominador en los dos últimos casos ya señalados, tenemos que se trataron de asuntos en los que en la primera instancia se declaró la paternidad, sin la práctica de pruebas biológicas de ADN, ante los cuales la Corte Constitucional ha privilegiado la realidad biológica sobre la seguridad jurídica y los efectos de cosa juzgada. Ello no obsta, para que en cada caso concreto se analice que la seguridad jurídica va de la mano con el derecho a la unión y paz familiar que también debe ser protegida, so pena de dejar a la deriva y en constante zozobra el parentesco y sobre todos los lazos familiares que se forjan al interior del hogar.

En este punto recalco la necesidad de que los agentes del Estado encargados de intervenir y decidir los asuntos de filiación hagan un estudio minucioso que les permita ponderar de manera detenida y caso a caso los intereses en conflicto, tal como se enseña la CSJ en sentencia del 21 de febrero de 2019 de la CJS, Rad. 25000-22-13-000-2018-00310-01, pues no puede decirse a raja tabla que en todos los casos debe privilegiarse la verdad biológica, en tanto la filiación vivida hoy también se le reconoce una amplia protección[320]. De allí que los agentes del Estado deban escuchar a todos los sujetos en conflicto, más aun a los menores de edad[321], revisar los elementos de prueba, apoyarse en los equipos sicosociales del ICBF, hacer uso de todas las herramientas conferidas por el ordenamiento jurídico para la protección de la familia y por ende de sus miembros, individualmente considerados, para acercarse a la situación familiar confrontada y resolver privilegiando el interés que prevalezca.

También encuentro en las sentencias en las sentencias T-1226/04 y T584/08, analizadas en ese aparte, cierta tendencia a retrotaer decisiones tomada en el pasado, por la relevancia de la prueba científica de ADN, sin la ponderación debida, olvidando que el derecho a conocer los padres biológicos a la permanencia de los lazos familiares, pueden verse confrontados y que ameritan un análisis de proporcionalidad de la nueva decisión a adoptar y no solo limitarse a decir que no puede obligarse a tener como padre, madre o hijo/a a quien no lo es, sino a analizar la real afectación que ello tendría al interior del hogar y para ello debe

[320] Ver en el capítulo I el parte 1.6.1.

[321] Es común que en los estrados judiciales no se otorgue a los niños, niñas y adolescentes, la opción de ser escuchados si así lo quieren, tal como lo plantea el art. 26 del CIA, derecho que ha sido desarrollado, entre otras, las sentencias T-955/13 y T-115/14 y CSJ del 21 de febrero de 2019 de la CJS, Rad. 25000-22-13-000-2018-00310-01.

escucharse la opinión de los implicados y conocer el entorno familiar que se desenvuelve el grupo implicado.

Al respecto, en España, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de julio de 2016, establece la necesidad de cohonestar la realidad biológica y seguridad jurídica, argumentando que “no impone nuestra Ley Fundamental que en la filiación por naturaleza la verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica: sobre la determinación legal de esa clase de filiación. De otro modo, habría que considerar inconstitucionales la totalidad de las limitaciones de la legitimación activa y los plazos de caducidad que resultan de la regulación”.

Para Ruiz-Rico (2016) “habría que concluir que por razón de mantenimiento de la paz familiar, el legislador intenta que no se permita volver, en un segundo procedimiento referido a ese mismo asunto, sobre la cuestión de la (determinación o impugnación de la) filiación previamente determinada en un primer procedimiento concluido con sentencia firme, incluso aunque se disponga de plazo legal para ello y lo promuevan o formen parte de él sujetos que no intervinieron en el primer procedimiento …<pero> habría que acomodar ese fundamento a los mandatos constitucionales específicos … <de> la verdad material, a través de la investigación de la paternidad/maternidad (art. 39.2 CE), y las pruebas biológicas inherentes a ella” (p.4).

Pues bien, otra excepción que se ha pensado es el supuesto de un proceso previo de impugnación, seguido de segundo proceso de reclamación de filiación o de acción mixta de impugnación/reclamación, esto considerando que el recurso de revisión está dispuesto para los sujetos procesales que fueron parte del primer trámite, lo cual limita a otros legitimados que también pueden tener un interés actual en la filiación que se discute “a quienes únicamente les cabría la alternativa de interponer nueva demanda de reclamación de la filiación, o de impugnación/reclamación, en caso de que fuera legalmente posible” (Ruiz-Rico, 2016, p. 7).

Frente al cual se ha dicho que “nada debería impedir un segundo proceso con impugnación de la filiación determinada por sentencia firme, siempre que además se reclame la filiación de otro sujeto distinto. Creemos que, en la duda de si sería viable este segundo proceso, con doble pretensión de impugnación y subsiguiente reclamación, en principio, no debería haber

inconveniente, a pesar de haberse celebrado un previo proceso de impugnación, con fundamento en la naturaleza principal de la pretensión de reclamación frente a la accesoria de impugnación, como ya hemos visto afirma reiteradamente la jurisprudencia" (Ruiz-Rico y Castaños, 2015, p. 20).

En España, sobre este aspecto la jurisprudencia es escasa, lo que si se ha dicho es que "no cabe volver sobre el asunto cuando en el nuevo proceso intervienen las mismas personas que lo hicieron en el antiguo; pero nada se dice cuando son personas distintas, en cuyo caso puede dudarse si no sería ser viable el nuevo proceso de filiación, en la medida en que fuese uno de los sujetos legitimados legalmente para ejercitar esa acción, y con base en la idea de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)" (Ruiz-Rico y Castaños, 2015, p. 24).

Por lo anterior, al igual que en Colombia, también en España existe la discusión sobre la efectividad de la cosa juzgada en las acciones de filiación, disputa que se puede dar procesalmente, por regla general, en los casos, en los que el juez/a tuvo que decidir la acción de investigación o reclamación sin la prueba biológica; peritaje al que luego se somete el grupo familiar y que puede arrojar conclusiones contrarias a la sentencia; evento en el cual alguno de ellos busca dejar sin efectos la decisión tomada con anterioridad; situación que creo que se evitaría si desde el proceso inicial los agentes del Estado agotan etapa a etapa el trámite, para efectos de concientizar a las partes sobre los efectos del proceso, para escucharlos y conocer a fondo la situación familiar; además, planteo la necesidad de que el proceso de filiación incluya la intervención de agentes del Estado conocedores de las ciencias socosociales, que permitan darle al proceso la visión humana que necesita para el fortalecimiento familiar y para el restablecimiento de los derechos a la identidad, desarrollo de la personalidad, unión familiar y a conocer a sus familiares y no ser separados de ellos.

En este punto, resulta en Colombia problemática la regla dispuesta en el art. 386 del CGP referente a que si con la demanda de investigación de la paternidad, el demandado no se opone a las pretensiones, se procederá a emitir sentencia de plano; porque dicha decisión haría tránsito a cosa juzgada, impidiendo conocer si efectivamente el demandado es el padre biológico del hijo/a, lo cual podría generar nuevas discusiones de la paternidad. Por ello me parecer aconsejable una reforma a la ley para que en ese caso, el juez/a proceda por auto a aceptar el reconocimiento voluntario del demandado, lo cual posibilitaría en el futuro debatir

la verdadera filiación paterna; o, para zanjar la problemática y definir la filiación, evitando debates judiciales sucesivos, propongo, que en caso de allanamiento, el juez/a decrete las pruebas a que haya lugar, para garantizar que una verdadera investigación de la paternidad.

7. Efectos de la prosperidad de la pretensión de impugnación de la paternidad.

Respecto a los efectos personales, en primer lugar, señalar que la información del reconocimiento tendrá efectos sobre la determinación de la filiación. Si la sentencia declara que el reconocedor de complacencia no es el padre, el pronunciamiento negativo se llevará en ejecución de sentencia al registro civil (arts. 2 y 82 RRC), y dará lugar a la cancelación de la inscripción del reconocimiento. (Goño, 2018, p. 14)

7.1 Apellidos.

En Colombia, al ordenarse la inscripción de la sentencia que declara prosperas las pretensiones de impugnación, los agentes del Estado encargados de realizar la anotación en el registro civil, proceden a hacer la modificación de los apellidos del hijo/a, pues de no haber sido posible la investigación de la paternidad, dejaran como tales, solo los apellidos de la madre.

En España, la impugnación tendrá efectos sobre los apellidos, porque en principio, deberá desaparecer el apellido del demandante, pues el art. 109 CCE señala que “la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley” (Art. 49 LRC y 194 y ss. RRC). Aunque el ordenamiento permite la conservación por el hijo/a de los apellidos que viniere usando “cuando sobre la base de una filiación rectificada con posterioridad, el hijo o sus descendientes pretendieran conservar los apellidos que vinieren usando antes de la rectificación. Dicha conservación de apellidos deberá instalarse si dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación o, en su caso, a la mayoría de edad” (art. 53 LEC y 209 RRC). (Goñi, 2018, p. 14)

7.2 Relaciones familiares

La prosperidad de la impugnación afectará a la relación personal entre quien dejo de ser padre y quien fuere su hijo/a por un tiempo. Sin embargo, según Goñi (2018) y en virtud del art. 160.2 CCE, podrán seguir manteniendo relaciones personales; “no podrá impedirse sin justa causa la relaciones personales del menor (sic) con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados “, y en caso de oposición resolverá el juez. (p. 15).

Farnós (2018) señala que asociar a la determinación de la filiación todos los efectos parentales obedece a una idea obsoleta de familia que no necesariamente se corresponde con el interés superior del menor de edad en cada caso concreto. Esta posición ha sido confirmada por la sec. 1a del TEDH en el caso Nazarenko c. Rusia (asunto 39438/13), decidido el 16 de octubre de 2015, en que Rusia fue condenada por extinguir toda relación entre una niña de cinco años de edad y el hombre que había constado como su padre desde su nacimiento en 2007 y cuya paternidad fue impugnada por la madre dos años después del divorcio de los progenitores. En palabras del TEDH, la relación entre el menor de edad y el recurrente, una vez revelado que el menor de edad no era su hijo biológico, constituye vida familiar en los términos del art. 8 CEDH48 (p. 20).

En palabras del TS, sentencia 1a, 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7824) «en ningún caso la protección que resulta de la inexactitud en la determinación de la paternidad, que incidiría en la anomalía de atribuir la condición de padre a quien no es su progenitor, no impide el derecho a tener contacto entre uno y otra cuando toda la prueba que se valora pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos mediante la negación de cualquier contacto en la confianza de que la nueva situación será más beneficiosa para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente. (...). El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (...) Y es lo cierto que tal menor (sic) ha permanecido con el recurrente largo tiempo”. (FJ 3o). (Farnós, 2018, p. 20).

Me parece muy interesante esa determinación porque permite visualizar la importancia de que el Estado respete los lazos de afecto ya constituidos; muchos dirán que resulta irónico que la persona que impugnó, luego quiera tener contacto con quien fue su hijo/a; lo que digo

al respecto es que cada caso es distinto, que solo la complejidad de las aspiraciones y deseos de cada litigante puede darnos las razones de esa determinación, y que la prosperidad de la impugnación puede constituir en la *siquis* un duelo, que debe ser tratado por profesionales, agentes del Estado que deberían intervenir en el proceso, ya que sería magnífico hacer el acompañamiento sicosocial, con participación de los afectados.

7.3 Alimentos

Respecto de los efectos patrimoniales señalo en primer lugar, que en virtud del artículo 154 CCE el demandante ya no quedará obligado a prestar alimentos, porque al dejar de ser padre, deja de ser titular de la patria potestad. (Goñi, 2018, p. 15)

En segundo lugar, respecto a los alimentos ya prestados mientras fue el padre, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 abril 2015, sienta doctrina y deja claro que no se puede devolver los alimentos pagados “el derecho a los alimentos de la hija existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de la apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondía. Por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta y es efectiva hasta que se declara la realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de filiación matrimonial”. -STS 202/2015 24 abril-.

En Colombia, el art. 224 del CCC modificado por la Ley 1060 de 2006 señala “indemnización por declaración de ilegitimidad. Durante el juicio de impugnación de paternidad o la maternidad se presumirá la paternidad del hijo, pero cuando exista sentencia en firme el actor tendrá derecho a que se le indemnice por todos los perjuicios causados”. Aunque en la práctica judicial, no conozco de algún caso en el que se haya aplicado esta norma por algún agente del Estado.

7.4 ¿Devolución de los alimentos pagados?

Farnós, en su estudio publicado en 2018 se centra en el daño patrimonial que produce la prosperidad de la acción de impugnación y de la posterior reclamación de la indemnización del daño moral y de las cantidades pagadas por alimentos. Al respecto, precisa que la legislación española no se ha regulado esos asuntos, con lo cual le ha correspondido a los

tribunales desatar la reclamación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos, ejercitada por el hombre cuya paternidad es impugnada, contra la madre y/o el padre biológico cuya paternidad es finalmente determinada[322] (p. 1).

Según Farnós (2018) en España es factible que el hombre que creía ser el padre ejerza la acción impugnación y acumule en el mismo proceso la pretensión restitutoria, a partir de la posibilidad que otorga el art. 437.4.2 LEC, "la acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial de ella"[323].

Los tribunales españoles se han enfrentado a estas acciones de restitución cada vez más frecuentes en ausencia de directrices en el CCE. Si bien, como sucede en relación con las acciones de indemnización del daño moral que puede resultar de estos mismos hechos, las Audiencias no van siempre en la misma dirección, en relación con las acciones que son objeto de este trabajo existe una línea jurisprudencial mayoritaria recientemente confirmada por el Tribunal Supremo en contra de la restitución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos por el hombre cuya paternidad es después impugnada. A continuación, se presentan las distintas líneas argumentativas seguidas por los tribunales españoles en este grupo de casos. (Farnós, 2018, p. 2).

La primera de la respuesta que resuelve Farnós (2018) es la referente al énfasis de que la filiación, en interés del menor de edad, produce efectos mientras está determinada (art. 112.I y 113.II CC) y que el derecho-deber de alimentos, que impide su abono con carácter retroactivo antes de la fecha de interposición de la demanda (art. 148.I in fine CC). Estos razonamientos se encuentran, entre otras, en la SAP Ciudad Real, Sec. 2a, de 29 de febrero

[322] Ciudad Real, Sec. 2a, 29 de febrero de 2012 (AC 2012\359), que confirma una indemnización de 1.530 euros por dicho concepto; Girona, Sec. 2a, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018\114596), que incluye dentro de la indemnización del daño patrimonial, ascendiente a 107.269,68 euros, el importe de dicha prueba (500 euros); y la de Barcelona, Sec. 1a, de 19 de marzo de 2018 (JUR 2018\88194), que incluye este concepto dentro de la indemnización de 3.000 euros, en la que también se computa el importe de la póliza de seguro que incluía a la hija cuya paternidad fue luego impugnada, así como el daño moral padecido por el actor. (Farnós, 2018, p. 1)

[323] Este es el supuesto que dio origen a la SAP Burgos, Sec. 2a, de 16 de febrero de 2007 (JUR 2007\217448), que además de la impugnación de la paternidad resolvía sobre una reclamación por daños patrimoniales y morales ejercitada por el actor contra la madre ex art. 1902 CC. La AP confirma la sentencia del Juzgado que estimó la acción de impugnación de la paternidad, pero desestimó la de daños al no apreciar dolo en la conducta de la demandada (FJ 4o), acogiéndose así a la que es la línea jurisprudencial mayoritaria. Por el contrario, al declarar probado el dolo de la demandada, sí prospera el ejercicio acumulado de ambas acciones en el caso resuelto por la más reciente SAP Girona, Sec. 2a, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018\114596) en la que la AP deja claro que si la acción que se acumula a la de filiación es una acción de resarcimiento de daños (ex art. 1902 CC), dicha acumulación es perfectamente posible para reclamar tanto los daños patrimoniales como los morales (FJ 2o). (Farnós, 2018, p. 2).

de 2012 (AC 2012\359), la cual se decanta abiertamente «por la imposibilidad de recobro de alimentos prestados por no reunirse los requisitos precisos para la aplicación de la figura del cobro de lo indebido y ello con independencia de la buena o mala fe, de la actuación culposa o negligente de la esposa que no afecta al instituto señalado» (FJ 4o). (p. 3).

Aplauden el fallo Quicios Molina (2015: 266-267) y Barber Cárcamo (2016: 608). Para la primera, «la realidad biológica no puede ser suficiente asidero para decidir sobre una cuestión con tantas aristas como la obligación de alimentos debidos por los padres a los hijos». Para la segunda, lo verdaderamente relevante es que el art. 112 CCE exceptúa de la regla general de retroactividad de los efectos de la filiación los incompatibles con su naturaleza, condición que indudablemente cumple la prestación de alimentos pagada, y no la irretroactividad de los efectos de la filiación en perjuicio del menor de edad, que considera carente de fundamento legal. (Farnós, 2018, p. 3).

Con ello, Farnós (2018) precisa que quien asiste a un hijo cuya filiación no ha sido determinada conforme a derecho no cumple una obligación moral ni natural, sino jurídica, en tanto, no se trata en este caso de una cuestión de "devolución de alimentos", que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto; que se dirige, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los alimentos y no lo hizo -al menos en la cuantía cubierta por el demandante- (p. 4).

Luego, Farnós (2018), para mostrar la postura que defiende el reintegro de los dineros pagados por alimentos, por la persona que en el juicio de impugnación, fue excluido como padre, cita a la SAP Barcelona, Sec. 18a, de 22 de julio de 2005 (JUR 2006\163268), favorable a la restitución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos desde la fecha de la demanda de impugnación de la paternidad por el actor. Según la Audiencia, que remite la determinación de la cuantía a un ulterior proceso, «la reclamación posterior por parte de la demandada Doña Soledad de una pensión alimenticia para una hija suya -que no del Sr. Luis Carlos- respecto de la que el hoy demandante no tiene obligación alguna, por carecer de vínculo paterno-filial, implicaría una situación de enriquecimiento injusto, no amparada por el derecho» (FJ 3o 1). La SAP León, Sec. 2a, de 2 de enero de 2007 (JUR 2007\59972), (p. 5).

Sea del caso precisar que a diferencia de la acción del art. 1902 CCE, la acción para el cobro de lo indebido (art. 1895 CCE), ubicada en el ámbito de los cuasi-contratos, no requiere ningún juicio de imputación subjetiva. La acreditación de la buena o mala fe del *accipiens* solo es relevante para fijar las cantidades totales objeto de restitución, en los términos del art. 1896.I CCE, (Farnós, 2018, p. 6).

La acción restitutoria que posibilita el art. 1895 CCE requiere que el pago de lo indebido se haya realizado por error, pues el que paga a consciencia lo que no debe —por ejemplo, el hombre que asumió o reconoció la filiación del hijo de su esposa o compañera, a sabiendas de que el padre biológico era otro— no puede considerarse que pague y, por tanto, no puede repetir. El error del *solvens* sobre el carácter indebido del pago es presupuesto del enriquecimiento, y su prueba corresponde al demandante. Sin embargo, el error se presume «cuando se entrega cosa que nunca se debió o cosa que ya estaba pagada» (art. 1901 CCE). En el grupo de casos objeto de este trabajo el *accipiens* puede identificarse tanto con la madre como con el padre biológico. La posibilidad de dirigir la acción contra este último requiere que, además de la acción de impugnación de la paternidad, se haya ejercitado con éxito la de reclamación. (Farnós, 2018, p. 7).

La más reciente SAP Girona, Sec. 2a, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018\114596), en cambio, ha indemnizado el daño patrimonial con base en el art. 1902 CCE[324], tras apreciar dolo o culpa grave en la conducta de la demandada… La AP descarta la devolución del coste de la manutención del hijo desde su nacimiento hasta la firma del convenio regulador, que el actor cuantificaba en 79.799,94 euros, a razón de 648,78 euros mensuales por analogía con el periodo en que hay convenio regulador. En este punto la AP recurre al argumento, que cuestiona Farnós (2018), según el cual «los alimentos que el actor reclama fueron abonados dentro el ámbito de una relación matrimonial en que se dan un entramado de relaciones personales y económicas y en que los cónyuges asumen en cada entorno familiar el pago de cargas familiares (Farnós, 2018, p. 8).

Por otro lado, Farnós, (2018), se cuestiona si con la teoría del pago por cuenta de otro ¿Puede el hombre cuya paternidad ha sido impugnada invocar el art. 1158 CCE para reclamar al hombre cuya paternidad ha sido determinada lo pagado en su lugar? (p. 9).

[324] Conforme al artículo 1968.2 CCE el plazo de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual empieza a correr desde que lo supo el agraviado. (Farnós, 2018, p. 9).

Frente a ello, cita el Pleno del TC en la que argumenta que la posibilidad de exigir retroactivamente los alimentos solo facilita el resarcimiento del progenitor cumplidor frente al progenitor incumplido, pero no cumple el fin constitucional de asistir al hijo/a menor de edad (in praeteritum non vivitur): «los alimentos no se orientarán a la asistencia del menor de edad, el fin del art. 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades de todo orden fueron cubiertas. Y si no lo fueron, los alimentos reclamados retroactivamente no servirían para cubrirlas ya» (FJ 4o)[325]. (Farnós, 2018, p. 13).

Otra solución que aborda Farnós (2018), es la referente a la aplicación de la agencia oficiosa, dispuesta en el art. 1894.I CCE que, en sede de gestión de negocios ajenos, se tendría que "cuando sin consentimiento del obligado, a prestar alimentos, los diese un extraño, este tendrá derecho a reclamarlos de aquel, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos». No obstante, ni quien presta alimentos en calidad de progenitor, ya se trate de la madre sola, ya del hombre cuya paternidad será después impugnada o de un pariente, es propiamente un "extraño" (…) ni siempre los alimentos se satisfarán sin conocimiento del obligado a prestarlos, pues en algunos casos este sabe o puede saber que es el padre y es consciente de que otra persona está prestando alimentos en su lugar. Si bien estas circunstancias, ya se den las dos a la vez o solo una de ellas, impiden que el art. 1894.I CCE opere para reclamar los alimentos en el caso de determinaciones tardías de paternidad, el caso del obligado que sabía que era o podía ser el padre y que otra persona estaba haciendo frente a su obligación de alimentos requiere una respuesta jurídica (Farnós, 2018, p. 17).

Farnós (2018) concluye que se debe hacer una valoración caso por caso, en atención a los hechos probados. Se pretende, con ello, evitar acciones oportunistas por parte del actor que

[325] La tesis del Pleno del TC ha sido aplicada con posterioridad por las SSTS, 1a, de 29 y 30 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4457 y 2016\4844) que, "en dos supuestos de determinación judicial de la paternidad no matrimonial, aplicaron la doctrina a favor de los padres frente a la acción de reembolso ejercitada, al amparo del art. 1158 CCE (pago por cuenta de otro), por las madres que habían asumido en solitario la obligación de alimentos respecto de los hijos menores (sic) (…) De proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos. Puede haber, sin duda, una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase" (FJ 3o, 4). En el segundo caso el TS precisa que la regla del art. 148 CCE es compatible con el régimen de alimentos a menores, en los términos siguientes: «lo que el legislador ha querido con tal disposición es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del art. 1966.1a CC), a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos» (FJ 3o, 6). (Farnós, 2018, p. 13).

sabe desde mucho tiempo atrás que no es el padre pero que no ejerce la acción de impugnación de la paternidad inmediatamente (p. 10).

En relación con las impugnaciones inesperadas de paternidad, quizás ha llegado el momento de cuestionar la tesis tradicional mantenida por los tribunales españoles, contraria a restituir dichas cantidades a partir del principio indiscutido según el cual la filiación produce efectos mientras rige. Esta jurisprudencia infiere el principio general de la no devolución de las cantidades pagadas en conceptos de alimentos a favor de quienes se creía hijo/a (Farnós, 2018, p. 19)[326].

Por último, cabe preguntarse si sería posible la reclamación de daños morales. Hay jurisprudencia de las autoridades audiencias provinciales sobre la reclamación de daños morales tras descubrirse la infidelidad conyugal, por el ocultamiento de la verdadera paternidad del menor que fue inscrito como hijo/a matrimonial cuando no lo era. (Goñi, 2018, p. 16).

Por su parte, Goñi (2018) se apoya en la sentencia Provincial de Saragoza de 14 de julio de 2003 que de manera indirecta hace mención a esta cuestión y se anota que “el menor (sic) tendría derecho a ser indemnizado por los daños que le causa la declaración de nulidad del reconocimiento (artículo 1902 en relación con el artículo 7 CCE), que no son otros que la prestación de alimentos y en su caso el daño moral por los reconocimientos de complacencia (en estos casos lo que se debería haber hecho es adoptar y no reconocer)” (p. 16).

Con acierto considera Rivero Hernández que la impugnación “es evidente que puede producir en el hijo del daño moral quizás otros también al quedar sin padre: pérdida de la apellido, de estatus familiar y social, frustrados importantes aspectos nacidos al calor del reconocimiento y la paternidad perdida. La reclamación indemnizatoria, en caso de daños

[326] Porque venía utilizando el apellido del padre habitualmente y porque no constaban datos del padre biológico (FJ 3o). El mantenimiento de las relaciones personales con el menor de edad es, además, el argumento que coherentemente permite a la AP rebajar de 10.000 a 3.000 euros la indemnización de daño moral reclamada por el actor, puesto que «no parece razonable, a priori, pretender la continuación de relaciones con el menor (sic) y, al tiempo, reclamar 10.000 euros de indemnización por daño moral, como si de la pérdida de un hijo en accidente de circulación se tratase» (FJ 4o). Más allá de poder obtener relaciones personales en calidad de «allegado» (art. 160.II CC), en casos excepcionales el hombre podría incluso obtener la guarda del menor de edad, como sucedió en la STS, 1a, 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7824), dadas las circunstancias especialmente graves del caso. (Farnós, 2018, p. 20).

morales, se bastaría en la conducta ilícita del reconocimiento conscientemente inexacto artículo 1902 CC". (Goñi, 2018, p. 16).

Capitulo IV. Colaboración de las partes en el debate probatorio.

1. Colombia

Con el Código General del Proceso Colombiano, cambian los propósitos del trámite de las controversias en los estrados judiciales, para acoger posturas como las construidas por Ferraioli, quien señala que la razón del proceso es la verdad. Esa propuesta la encontramos reglada en el artículo 42 del CGP y esa generalidad del código, influye en las acciones de filiación para que también se apunte a la búsqueda de la verdad, bien sea biológica o sociológica.

Las implicaciones de la acogida de la verdad como razón del procedimiento judicial, cambia la perspectiva de autoridad y de carga probatoria, de allí que se positivizan en la ley los conceptos como, inversión de la carga de la prueba, deber de aportación y carga dinámica de la prueba, que ya habían sido analizado previamente por la jurisprudencia y que se recogen con la expedición del CGP.

Según la teoría de la carga estática de la prueba, le corresponde al demandante probar los hechos en los que sustenta sus pretensiones; ahora se habla de una carga dinámica dependiendo de la posición en que se encuentre determinada parte respecto de la prueba, cuestión definida por ley en el art. 167 del CGP.

En esa medida, el juez/a puede hacer exigible el deber de colaboración a la justicia, dispuesto en el art. 95 de la Carta Nacional, en búsqueda de la verdad, que difiere de la carga, en atención a que se le impone a los ciudadanos un deber, que de incumplirse no solo obtendrá una sentencia desfavorable, sino que también puede ser sancionado, hasta por desacato.

Según Nisimblat (2013) la lealtad y buena fe de las partes es un principio que gobierna el proceso, y que le impone a las partes el deber de "obrar con rectitud, honestidad, probidad,

publicidad y responsabilidad. En virtud de este principio, no se les permitirán conductas que tiendan a entorpecer el normal curso del proceso".

Por su parte, la Constitución de Colombia, en su art. 83 establece el deber de obrar de buena fe y el art. 95 establece el deber de colaboración con la justicia, que, de incumplirse, el juez/a puede sancionar, acudiendo a las presunciones que se hayan establecido por el legislador y considerando la conducta de la parte como indicio en su contra.

Sobre la potestad de calificar la conducta de las partes como indicios, se tiene el art. 240 a 242 del CPG, con lo cual el/a juez/a debe hacer una construcción lógica a partir del comportamiento de las partes[327], como hechos indicadores y a través de un nexo causal coherente, arribar a hechos desconocidos; mecanismo que es un medio de prueba que deberá evaluar junto con los demás elementos recogidos en la etapa probatoria.

En esa medida, el indicio "es un construcción lógico-jurídica que parte de la verificación plena de un hecho, para, a partir de él, concluir la ocurrencia de otro hecho" (Nisimblat, 2013, p. 436). Este medio de prueba no debe ser descartado por el juez/a, con el propósito de evaluar cada conducta y generar un contexto en el que las conductas frente a la jurisdicción vayan considerándose en pro de resolver un conflicto de manera célere, al punto de sancionar el desacato y decidir en unidad de la prueba junto a los indicios la falta de colaboración con la justicia.

Con la reglamentación del CGP se tiene que las órdenes impartidas por el juez/a, en ejercicio de su poder de instrucción, representa para las partes, no meras cargas, sino deberes y obligaciones, que de no cumplir puede ser sancionadas, en ejercicio de los poderes de corrección. Esas potestades generales se confieren para todos los procesos judiciales, incluidas las acciones de filiación; y en concreto, para estas acciones, como lo veremos a

[327] En la Sentencia del 8 de mayo de 2001, exp. 5692, de la CSJ, MP. José Fernando Ramírez Gómez, precisa que para la construcción de los indicios debe considerarse la conducencia de la prueba indiciaria, que exista una conexión lógica, que se excluya la posibilidad de falsificación del hecho indicador, que haya relación de causalidad entre el hecho indicador e indicado, que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios y que se pueda llegar a una conclusión final precisa y segura, basada en el pleno convencimiento de la certeza del juez/a.

continuación, el art. 386 del CGP establece precisas formas de ejercicio del poder de instrucción y corrección del juez/a de familia.

Estando en curso del proceso, el juez/a debe acudir a todas las herramientas para recoger las pruebas conducentes, pertinentes y útiles para decidir, pero puede pasar que pese a ello, haya un déficit probatorio, es decir que con los medios de prueba no sea suficiente para motivar su decisión. Ante ese panorama también se acude a las presunciones y evaluar la conducta de cada parte, el cumplimiento de sus cargas, para arrogarles también responsabilidad e interés en el debate probatorio y con ello proceder a decidir[328].

El art. 166 del CGP establece que las presunciones serán procedentes, siempre que se haya probado los hechos en los que se funden. A diferencia de los indicios, las presunciones eximen del deber de probar, pues de acreditarse unos hechos, el legislador previamente estableció la consecuencia de ellos, tales como, la conducta renuente hace presumir ciertos los hechos alegados por la contraparte (art. 96 CGP), al igual que la renuencia a la práctica de la prueba de ADN (art. 386 CGP).

2. España

En igual sentido del visto para Colombia, de exigencia de actuar con lealtad y buena fe, se ha pronunciado el TC, v.gr. en la STC 177/2007, de 23 de julio, se anota que “como se recuerda en la citada STC 95/1999, F. 2, «dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser este un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda

[328] Ver CCC Sentencia C-086/16.

descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE (STC 7/1994, F. 6 y las resoluciones en ella citadas)». (Barber, 2018, p. 28).

3. Medios de prueba

Este aparte está dedicado a los medios de prueba en las acciones de filiación, tanto de reclamación, impugnación como la mixta, pues de la acreditación de los hechos depende la concesión de las pretensiones. Por los avances científicos, la utilidad de los medios probatorios se ha redefinido en las acciones de filiación, por lo cual se puede establecer que al interior del proceso encontramos "pruebas directas o biológicas y pruebas indirectas" (Gómez, 2007, p. 164).

Dentro de las pruebas directas encontramos las biológicas[329] y actualmente la prueba de ADN, que con su gran probabilidad de acierto contribuyen a que el juez/a, con los otros elemento de juicio, proceda a decidir, al punto, que el TCE, que en su Sentencia de 17 de enero de 1994 señaló que "la ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99%".

3.1 Prueba de ADN

3.1.1 Colombia

En la actualidad, el ADN es la prueba directa por excelencia de las acciones de filiación, que fue dispuesta para este tipo de procesos por el legislador en la Ley 721 de 2001, para lo cual

[329] "Los elementos que permitieron dilucidar el vínculo genético entre progenitores e hijo fueron descubiertos y estudiados en el siglo XX, en el año 1900 por Karl Landsteiner cuando descubrió sistema sanguíneo de grupos ABO. Luego en las décadas de 1940 y 1970 Levine y Stetson descubrieron el factor Rh en los grupos sanguíneos y el patrón mendeliano que determina la herencia, con lo cual se determina la certeza de quien no era el padre y para acercarse a la certeza de determinar quién era el progenitor en 1985 se descubrió la técnica Restriction Fragment Length Polymorphisms (RFLP), la cual permite conocer la ascendencia genética de una persona" (Ales, 2012, p.23).

se hizo modificaciones al proceso de filiación dispuesto en la Ley 75 de 1968, entre las más importantes, la obligatoriedad de decretar, aun de oficio, la prueba de ADN, lo cual trajo solución a muchos casos que se presentaron a los estrados judiciales en los que era casi imposible probar el rapto, violencia, engaño, confesión del demandado y relaciones sexuales, v.gr: en una fiesta de despedida universitaria, una mujer conoció a un hombre por intermedio de una amiga, con quien esa noche decidió tener relaciones extramatrimoniales, de las cuales concibieron un hijo; luego, el presunto padre se negó a reconocerlo como tal, por ello la madre demandó la filiación y en curso del proceso, en la recepción del único testimonio, la amiga que los presentó, solo declaró justamente eso, que los presentó, pero desconocía si la pareja salió de la fiesta y menos si hubo trato íntimo.

En otro caso de demanda de investigación de paternidad, se encontró a una mujer campesina que era citada por un hombre casado, una vez al mes en el parque del pueblo, para luego tener trato intimo en una residencia; nadie jamás los vio y ella no comentó a nadie la situación por temor a ser cuestionada. En uno de esos encuentros resultó embarazada, de lo cual dice le informó al hombre, momento en el cual el hombre le pidió nunca más volverse a ver.

Como este caso hay muchos de difícil acopio probatorio, situación que reconoce la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de abril de 2008, con radicación e68001-3110-004-2003-00666-01, cuando precisa que “el secreto y sigilo para no dejar huellas, rastros, antecedentes o evidencias de hechos reservados e íntimos, propios de la vida privada de las personas, entrañan prístinas vicisitudes probatorias”.

Por ello la prueba de ADN innovó los medios de prueba de la acción de filiación, al disponer de una solución para esos casos y acercar a la verdad biológica, pues la concepción de un hijo/a no solo acontece dentro de las relaciones amorosas públicas y continuas, sino en situaciones casuales o secretas, en los cuales la genética resulta ser una herramienta contundente que contribuye a resolver este y todos los casos de filiación[330].

[330] La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de abril de 2008, e68001-3110-004-2003-00666-01 enfatiza que la prueba de ADN debe ser analizada conforme a las pautas legales, técnicas y científicas, sin omitir los restantes elementos probatorios ni solo remitirse al resultado pericial para la determinación de la filiación.

Para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia -Exp. No. 50001-31-10-002-2002-00495-01, sentencia del 21 de mayo de 2010, los avances de la ciencia genética en torno a la identificación del principal componente de los cromosomas, el ácido desoxirrribonucleico o ADN, como sustancia que contiene los genes, mismos que transmitidos como son de los padres al hijo/a, permiten que este se distinga como individuo único, pues contienen una información exclusiva que permite la producción de proteínas y enzimas necesarias para el funcionamiento del organismo. El ADN, entonces, representa una sustancia vital del núcleo celular que es constante e irrepetible, salvedad hecha de los gemelos idénticos, que excepcionalísimamente comparten una misma información genética.

En dicha sentencia se anota que puesta la ley en medio de la averiguación tan delicada como es la que entraña el misterio de la fecundación, estimó en principio razonable inferir la paternidad del hombre que por la época de la concepción entró en contacto sexual con la madre de la criatura, tal como desde la ley 45 de 1936 se consagró. Luego, admitió que la cópula es un hecho cuya prueba no es fácil, e indició que bien podía colegirse del signo revelador hallado en el trato social y personal de la pareja (ley 75 de 1968). Pero tal devenir legislativo no puede ser interpretado con el criterio restrictivo, en el sentido de que la relación sexual se comprueba únicamente a través del susodicho trato, lo cual, como salta a la vista, se opondría al espíritu de la norma y al sentido de la lógica. Lo uno, por cuanto la previsión legal, consciente de la complejidad demostrativa sobre el particular. Y después, porque es ilógico pensar que de aquella manera clausure la ley otro sendero apto a la consecución de la verdad. Ahora, en ese orden de ideas, otra conclusión se impone, y es la de que consecuentemente cabe admitir que no habría base jurídica para descartar la prueba genética con ese fin, pues si, como lo ha expresado la Corte, su poder persuasivo «es sencillamente sorprendente (...), al extremo que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayando en la seguridad» (Cas. Civ. 23 de abril de 1998)[331].

[331] No está fuera de propósito admitir que como mínimo contiene tan buena señal como la que emite el mismo trato personal o social de los amantes. Tema este respecto del cual conviene todavía memorar que la prueba científica de que se trata «le presta tal apoyo a su veredicto (del juez), que se constituye en pilar de su sentencia», y que, en fin, «la paternidad biológica, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno de determinado hombre (...) es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta (...)». (Cas. Civ. 10 de marzo de 2000, exp. 6188). Se ha llegado, pues, al punto en que el problema no es el de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella, de manera que, en cualquier caso,

Pero antes de esa sentencia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya se había pronunciado en similar sentido; me refiero a la sentencia del 23/Abr./1998, e5014, en la que se señaló que "tanto más es forzoso en la actualidad, cuando el avance de la ciencia en materia de genética es sencillamente sorprendente, contándose ahora con herramientas que a juicio de doctos contienen un indiscutible rigor científico, al extremo de que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayando en la seguridad".

Luego, en decisión, del 22 de mayo de 1998, e5053, se analizó un caso en el que en segunda instancia se decretó la prueba científica pero no fue debidamente comunicada a las partes y pese a ello se decidió; frente a la Corte expreso que "*no solo se establece para el juez el deber de decretarla, aun de oficio, (...) sino que también se le otorga la atribución de que su decisión se cumpla con la mayor celeridad en pro de la verificación de 'los hechos alegados por las partes*", por esa razón la Corte casa la sentencia y señala que *"el hecho de que esta prueba sea decretada de oficio, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su práctica, es decir, hacerla o no, sino que, por el contrario, habiendo sido estimada como necesaria, le incumbe un mayor deber en su ejecución"*, con ello la Corte recuerda el deber del juez/a de buscar por todos los medios la práctica de la prueba científica.

Con ello no se quiere significar que la prueba de ADN sea suficiente para determinar la filiación, pues de ser así, con la mera comunicación del laboratorio, del resultado superior al 99.999% de compatibilidad o de exclusión, el registrador procedería a hacer las inscripciones correspondientes en el registro civil, pues "no es posible privar al juez de su tarea jurisdiccional y, de otra parte, se debe descartar el automatismo" (Pizarro, 1999, p. 15).

A contrario, el juez/a como garante del debido proceso, desde la admisión de la demanda debe observar el ordenamiento jurídico sustantivo y adjetivo y en curso del proceso debe estar plenamente comprometido con el éxito de la realización de la prueba de ADN -en los procesos de investigación de paternidad- y demás pruebas –sobre todo en los procesos de

---

quienquiera desvirtuar esa alta dosis demostrativa, que lo acredite" (Sent. Cas. Civ. de 15 de noviembre de 2001, Exp. No. 6715).

impugnación[332]- haciendo uso de requerimientos, llamados de atención, advertencias, e incluso sanciones correccionales (art. 44 CGP). Compromiso que debe darse desde la admisión de la demanda (Villamil 2017), visualizando desde primer momento las formas de la obtención de las pruebas, que sea más práctica y que respete derechos fundamentales. V.gr. puede acontecer que en determinado caso exista muestra de sangre perteneciente a quien se pretende declarar padre, depositada en custodia en el laboratorio de biología del Instituto de Medicina Legal; generalmente ello acontece en casos en los que se haya tenido que recoger la evidencia en asuntos penales; evidencias de las cuales también puede echar mano el juez/a de familia para determinar si el demandante es hijo/a o no del quien por determinada circunstancia no puede tomarse directamente la muestra de ADN[333].

Las tarjetas AFT que se encuentran en custodia del Instituto Nacional de Medicina Legal, también pueden ser utilizadas para el cotejo de ADN de alguno de los miembros del grupo familiar con quien se requiera realizar dicho dictamen y sería menos penoso para los familiares de alguien de quien ya falleció y que hay manchas de sangre que se encuentran bajo custodia en la bodega del laboratorio de biología del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con lo cual el juez/a de familia acuda a esas muestras para la prueba de ADN y no a la exhumación del cadáver.

Por otro lado, el juez/a al emplear los poderes que el artículo 42-4 del CGP puede con las pruebas de oficio verificar los hechos alegados por las partes, (Villamil 2017), como la inspección al lugar de trabajo u habitación del demandado para obtener material humano en los que pueda estar presente una huella biológica (cabellos, fluidos corporales), elementos de prueba a la que se hizo mención en Auto AC4431-2014, Radicación No. 05042-3184-001-2002-00107-01 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 4 de agosto de 2014[334].

---

[332] Con miras a conocer, v.gr. la filiación sociológica que se ataca.

[333] Al respecto leer la sentencia del 9 de marzo de 2015 de la 76001-31-10-004-2006-00277-01 de la Corte Suprema de Justicia, en donde se estudia el caso en el que no se realizó la prueba pericial con las personas presuntas familiares del demandante, en tanto luego de varios intentos de notificarlas, se acudió a la muestra de sangre del presunto padre que estaba en custodia del laboratorio de biología del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. La Corte avaló ese procedimiento, al destacar que el juez/a debe utilizar las herramientas jurídicas que le sean posible a efectos de hacer efectiva la realización de la prueba de ADN.

[334] La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en auto del 4 de agosto de 2014 ante la imposibilidad de practicar la prueba de ADN, señaló: "...agotar los mecanismo legítimos que sean necesarios para recaudar la prueba pericial con referencia al ADN, no significa con todo, que pueda diferir -

Esas son algunas de las tantas medidas que puede tomar el juez/a para obtener el cotejo de ADN de las partes, todo ello por cuento es indispensable que en todos los procesos de investigación o reclamación los jueces acudan al aporte científico del caso, independientemente de los resultados que el mismo pueda arrojar en orden a comprobar la paternidad que se discute, al punto que "es tal el imperio de la ley, que bien puede asegurarse que el funcionario judicial que sea omisivo sobre el particular, bien porque, siendo posible, deja de decretarlas, ora porque no controla que su práctica se realice con la idoneidad y cautela bastantes a garantizar el valor científico que de ellas se espera, compromete su responsabilidad; como también la comprometen en su caso los entes estatales encargados de su práctica cuando no la realizan, o la realizan deficientemente" (CSJ. Exp. 5014/1998 de 23 abril).

Significa lo anterior que en los procesos de investigación de paternidad, la prueba de ADN aún debe ser decretada de oficio con el fin de acercarse a la verdad procesal y real y por tal profiera decisiones acordes con la legalidad, la justicia y la verdad, de esa forma, "los jueces no pueden justificar sus omisiones al respecto, en aquello que las partes hicieron o dejaron de hacer durante el proceso, porque en la determinación de la filiación, en especial cuando en los hechos se involucran menores de edad, es al juez a quien le concierne esclarecer lo ocurrido, con miras a declarar o negar la paternidad o la maternidad disputada" (CC T1342/2001 de 11 diciembre).

Aún más, no basta con la facultad de decretar oficiosamente la prueba de ADN, pues podría surgir el inconveniente en su práctica, por el deber especial de diligencia que se espera en este tipo de procesos de filiación cuando se involucran derechos de menores de edad (CC C807/2002 de 3 octubre).

Respecto de la importancia de que el/a juez/a propiecie la práctica de la prueba de ADN, en la sentencia T-997/03 la Corte Constitucional analiza un caso de un demandado que no compareció a la prueba de ADN pese a los múltiples requerimientos hechos por el Juzgado. En esta sentencia, la Corte recordó que le juez/a es el director/a del proceso y que debe usar

---

indefinidamente- el fallo de los procesos de filiación hasta tanto se practique la prueba (...) no puede el Juez aplazar la definición del proceso, en la que deberá otorgarle valor de un indicio a la conducta renuente del presunto padre o madre, desde luego que no de uno cualquiera, sino el que corresponde a aquel que se deriva de la reprochable conducta del demandado a colaborar con la práctica de una prueba de suyo apropiada para decidir la realidad biológica, según lo tiene establecido la ley y la jurisprudencia..." (Auto AC4431-2014. Ref.05042-3184-001-2002-00107-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez).

todas las herramientas dadas por la Ley para el éxito de la práctica de la prueba de ADN, todo ello dentro de un término razonable, que no ponga en indefinición el derecho de filiación del demandante[335]. Concretamente, hoy esas herramientas están fijadas en los art. 42 a 44 y 386 del CGP, como lo veremos más adelante.

Por consiguiente, el juez/a tiene la potestad y el deber de realizar los actos que garanticen la obtención de la prueba de ADN, dada la naturaleza del proceso de investigación o impugnación de paternidad y que en la fase probatoria debe realizar, como actos pertinentes para obtener la información necesaria para decidir. Para ello el artículo 43 del Código General del Proceso prevé que el funcionario exija de las partes todos los elementos pertinentes. Frente a la investigación o impugnación de la paternidad, el mismo estatuto (artículo 386), dispone una presunción contra la parte renuente a la prueba de ADN.

Siendo que la prueba de ADN se ha consolidado como una prueba directa para demostrar la paternidad en los procesos de filiación (C-807/02) cuyo grado de aproximación a la certeza que confiere este medio de convicción[336], superior al 99.99% sobre el vínculo de filiación (CSJ SC2377-2014), permite garantizar los derechos a la personalidad jurídica, identidad y a tener una familia (T1008/02), en lo atinente al pilar de la corrección en el registro civil, sin dejar de lado que los resultados de ADN por si solos no restablecen las relaciones familiares, pues para ello habría que realizar un acompañamiento posterior con expertos en apoyo y fortalecimiento familiar, con lo cual la exigencia luego de conocer los resultados de compatibilidad genética deberían ser cómo forjar los lazos de afecto, en algunos casos diluidos, en otros inexistentes de esa nueva conformación familiar, con el propósito que sea garante de atender las necesidades emocionales y afectivas del hijo/a.

Si la acción de filiación no solo se orienta a la corrección del registro civil, sino también al segundo pilar que constitucionalmente está dispuesto para ese mecanismo, referente a restablecer la unidad familiar, el derecho a compartir con la familia, a la identidad, al libre

[335] En esta sentencia la Corte reprocha a los jueces de instancias, que lo único que hicieron fue requerir a la parte para que comparezca a la toma de muestra de sangre, pero no ejercieron medidas contundentes para ese fin.

[336] Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-476/05 estableció que el examen de ADN no es indiscutible ni esta eximido de errores humanos y es por ello que tienen las partes la posibilidad de controvertirlo, por tratarse de una de un dictamen. Aclara que la prueba de ADN no es una tarifa legal y con ella el juez/a no pierde su autonomía y potestad de valorar la prueba con la sana critica, por lo cual deben acudir a todos los medios de prueba, analizarlos en conjunto, para que su decisión tenga legitimidad.

desarrollo de la personalidad y al derecho al amor, se encontraría sentido a que el juez/a sea el encargado/a de ese proceso, pues si solo dependiera de la determinación si hay o no compatibilidad genética, podría simplemente arrogarle el trámite a una autoridad administrativa, quien luego de recibir los resultados de la prueba de ADN, ordenaría la inscripción en el registro civil, empero la acción de filiación es tarea jurisdiccional, en la cual se debería abordar de manera intencionada y sistemática los posibles distanciamientos de los nuevos integrantes de la familia, con el propósito de direccionar junto con un equipo interdisciplinario la atención familiar, con actividades enfocadas en superar las diferencias y falta de comunicación, para propiciar en la familia escenarios de cuidado, apoyo, comprensión, armonía, producción y reproducción personal y social.

3.1.2 España.

En el ordenamiento jurídico español, en las acciones de filiación se admite toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, para posibilitar la investigación de la paternidad y la maternidad, pero existe la exigencia de un principio de prueba para la admisión de la demanda, por considerar en palabras de Barber (2018) “la especial naturaleza de estos procesos, por sus implicaciones íntimas y sociales” (p. 20) -cuestión que crítico, pues considero que el principio de prueba ha sido un rezago que nos ha dejado la historia de las acciones de filiación.

Sobre las pruebas biológicas Quesada González (2005: 521), con cita de otros autores precisa que: “difícilmente puede ser declarada impertinente o inútil una prueba de ADN cuando se solicita por primera vez en un proceso de filiación, al ser necesaria, decisiva y la más idónea para resolver de modo concluyente la mayoría de los litigios sobre filiación”. (Barber, 2018, p. 27).

4. La libertad de investigar la paternidad y mínima entidad probatoria para admitir la demanda

En España el ordenamiento jurídico consagra la libertad de investigar la paternidad y de otro lado la mínima entidad probatoria para admitir la demanda (art. 767.1 LEC[337]), lo cual para

[337] En el art. 767.1 Lec se lee: “en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”.

muchos parece ser contradictorio, al concebir de un lado, la libertad de acudir a los estrados judiciales para demandar la filiación y de otro lado, impedir el acceso a la justicia, con la exigencia de un principio de prueba; empero, para otro sector de la doctrina, la exigencia que se hace es que el juez/a que al momento de evaluar si admite o no la demanda, analice si se presentan unos mínimos razonables probatorios para admitirlas o si carece de aquel fundamento mínimo razonable.

Esta discusión no se genera en Colombia, en tanto, no hay exigencia del principio de la prueba para admitir la demanda; basta con esgrimir los hechos y cumplir la ritualidad dispuesta en el art. 82 del CGP para que el juez/a admita el trámite.

Hecha esa aclaración, Quesada (2018) ilustra que se ha entendido para muchos que este requisito de la presentación de un principio de prueba, no es un obstáculo o impedimento impuesto a la libre investigación y búsqueda de la verdadera filiación que consagra el art. 39.2 CE, pues como ha apreciado el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, es una precaución “para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras”. (p. 6).

Los que exponen esa línea de pensamiento, esgrimen el derecho a la intimidad familiar, que involucra la protección a la familia, en su ámbito de reserva y tranquilidad, en el que a cada miembro de la familia debe garantizarse que no haya intromisiones injustificadas de demandas sin sustento mínimo, que lo único que generarían es inestabilidad.

Para Barber (2018), el principio de prueba requerido por el art. 767.1 LEC para la admisión de la demanda, se diseña por el legislador como un requisito excepcional, explicable por la especial naturaleza de los procesos de filiación, que trata de evitar dar trámite a demandas caprichosas o manifiestamente infundadas y acepta que la doctrina no aplaude unánimemente esta exigencia (p. 31).

Para otros, dándole flexibilidad a esa exigencia[338], dicen que con la demanda no se requiere que se aporte plena prueba sino que "establece un control de admisibilidad de la demanda, que pretende impedir proceso que puede afectar no solo la tranquilidad de una familia, en caso que exista una, sino también la de una persona que sea compelida a comparecer a los tribunales sin existir antecedentes que fundamentan la demanda" (Pizarro, 1999, p, 15).

Sobre esa flexibilidad de la exigencia de ese principio de prueba, el Tribunal Supremo ha defendido desde el primer momento una interpretación denominada "espiritualista", inspirada en la no obstrucción del derecho de acceso al proceso. En su virtud, ha estimado suficiente el mero relato de la demanda razonable, coherente, creíble o verosímil, sin aportación de otro documento o indicio más que el ofrecimiento de practicar prueba determinada en el momento procedente, incluso la biológica (en este sentido, por ejemplo: STS 12 noviembre 1987 (RJ 8396), STS 3 junio 1988 (RJ 4736), STS 3 diciembre 1991 (RJ 8909), STS 20 octubre 1993 (RJ 7752), STS 18 julio 2000)[339]. Si bien ulteriormente el Tribunal Supremo ha matizado tal doctrina, excluyendo que el ofrecimiento de practicar la biológica sea un principio de prueba (STS 1 febrero 2002). Esta laxitud, aplicada sobre todo cuando es el padre el demandado, ha sido en general criticada por la doctrina, por desnaturalizar el requisito. Ya que efectivamente, la jurisprudencia demuestra que en ocasiones se llega a la desestimación de la acción porque el único indicio contra el demandado es su negativa a la práctica de la prueba biológica (por ejemplo, SSTS 1 octubre 1999 y 26 marzo 2001). (Barber, 2018, p. 31).

En mi opinión la exigencia para la admisión de la demanda sobre determinación de la filiación de presentar un principio de prueba de los hechos en que se funde, es un rezago que nos ha

[338] Sobre dicha flexibilización, Barber (2018) propone que se debería dar lugar a la admisión de las demandas que aporten indicios bastantes para, junto a la posible negativa del demandado una vez declarada pertinente por el juzgado la prueba biológica, declarar la paternidad. Indicios diferentes a las simples declaraciones de la demanda, por más congruentes, lógicas y bien trabadas se hallen. Resulta indudable que un indicio ha de ser algo más que el simple relato de la parte actora, y ha de hallarse recogido en un documento que permita la exigida aportación, como unas fotografías o un acta notarial que recoja una manifestación de testigos. Racionalizar esta exigencia beneficia tanto a la parte actora, que en caso de inadmisión puede volver a proponer la demanda si consigue después aportar algo más relevante, como a la demandada, colocándole desde el inicio del proceso ante el resultado previsible de su negativa a la prueba (p. 31).

[339] "No obstante, el Tribunal Supremo en España haber realizado una interpretación amplia de ese principio al afirmar que basta con relacionar los medios de prueba, que se practicarán el en momento procesal oportuno en el escrito de la demanda, la misma corporación ha aclarado que no significa que se haya abierto la puerta a la investigación de la paternidad en forma indiscriminada. A lo anterior, la doctrina considera que si bien en ese momento procesal no es posible presentar todos los medios de prueba, los que se relacionan en el escrito de la demanda, si deben tener un cierto grado de verosimilitud y razonabilidad que logren el convencimiento del juez de la seriedad de las pretensiones". (Gallo, 2015, p. 160).

dejado la historia de las acciones de filiación. Obsérvese por ejemplo que de la exposición de motivos del proyecto de la Ley 11/1981, se deduce que tal requisito responde al intento del legislador de "impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona"[340]. (Barber, 2018, p. 31).

Por ello estoy de acuerdo con García Vicente (2017: 370) cuando dice que ese control es "una secuela de la originaria prohibición de investigación de la paternidad y la maternidad, que se fundara en la protección de la familia legitima y la paz familiar" y defiende su supresión (Barber, 2018, p. 31).

Yo si considero que existe una contrariedad entre el art. 39 CE y el art. 767.2 LEC para el caso concreto de la acción de reclamación –de investigación de la paternidad- pues la constitución concede el derecho de accionar y el art. 767.2 LEC contiene, a mi parecer, un limitante injustificado a ese principio, que va de la mano con la concepción decimonónica de evitar escándalos y enjuiciamientos al hombre y que desconoce que muchas veces la procreación no es producto de una relación establece y prolongada, pues para concebir basta con la cohabitación, así haya sido en una oportunidad. Aunque sobre el tema se ha avanzado, como lo es la STS 18 julio 2017 (RJ 3320), hace falta mucho para que se elimine el principio de prueba para la admisión de la demanda de reclamación de la paternidad, cambio normativo que considero que es el deseable, en tanto, como ya lo expliqué al inicio de este capítulo, para la concepción por naturaleza no se requiere sino el trato intimo entre hombre y mujer y en muchos casos, no va a generarse de una relación establece[341], o de

[340] La redacción que la Ley 11/1981 dio al art. 127.2 CCE estableció como requisito de admisibilidad de la demanda la aportación de un principio de prueba. Exigencia tras la que asoma, de nuevo, el radical personalismo presente en estos procesos, que aconseja evitar una proliferación indeseable e indiscriminada de demandas (…) "Pero de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límite a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afecta a la persona". Estas palabras frecuentemente reiteradas por el Tribunal Supremo, la exigencia de este principio de prueba "es tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre el art. 39.2 CE" (STS 21 de diciembre de 1989 –RJ8857-). Ha de advertirse sin embargo que en su aplicación el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación amplia y flexible de este principio, "espiritualizado", por emplear sus propias palabras, que le ha conducido en muchas resoluciones a entenderlo cumplido con el mero ofrecimiento de practicar pruebas en su día, de modo que la demanda ofrezca una razonable verosimilitud. También con la aportación de fotografías y actas notariales de manifestación de testigos sobre la relación de los progenitores o de la misma filiación (así en el supuesto de la STS 3 febrero 2006 –RJ 621-) (Barber, 2013, p. 227)

[341] "La cohabitación sexual aislada debe ser suficiente para que se determine la paternidad cuando el Juez haya llegado a la convicción de que es muy verosímil por no existir ningún hecho que contraríe esta conclusión". (Quesada, 2012, p. 322).

años de conocerse y no hay que perder de vista que con un solo encuentro intimo puede surgir la concepción[342].

De esta forma, Barber (2018) dice que se ha evolucionado desde la probabilidad de la relación sexual, requerida de la acreditación de un trato continuado (y de ahí la referencia en muchas resoluciones a la existencia de una relación sentimental), hasta su posibilidad, mucho menos exigente en cuanto ligada al mero conocimiento o la ubicación física en lugares comunes. Evolución a la que desde luego no debe ser ajeno el cambio en las costumbres sociales. (p. 29)

Como lo dije al inicio de este aparte, en Colombia no existe el principio de prueba para la admisión de la demanda, que considero adecuado, pues si bien ni en la Constitución Política Colombiana ni el Código civil contemplan expresamente el derecho a la libre investigación de la paternidad (Gallo, 2015, p. 176), como si se hace en España, se considera un derecho fundamental innominado, al que la ley civil no coloca ese límite, en vista que el derecho a accionar es amplio y que será en curso del proceso donde se practicarán las pruebas directas e indirectas que le darán al juez/a el conocimiento de los hechos, ante lo cual se ofrece el mismo trato en el acceso a la justicia que se permite en otros escenarios del derecho y para otras pretensiones, por ello infiero que la exigencia de un principio de prueba es un rezago que aún conserva la legislación española.

Cosa distinta acontece con los procesos de impugnación de la paternidad, en los eventos en que para el hijo/a ya se ha conformado vínculos afectos con su padre inscrito en el registro civil, en ese evento considero que es idóneo exigir el principio de la prueba, para que sea de paso solo a las demandas que tenga un sustento probatorio mínimo y con ello evitar litigios innecesarios que pueden generar inestabilidad en los lazos de amor y apoyo familiar.

Sobre las demandas de impugnación, para Quesada, 2018 la exigencia de un principio de prueba como presupuesto de admisión es razonable (p. 6). Para sostener ese argumento explica que la intención del legislador al establecer como presupuesto de admisión de las demandas sobre determinación o impugnación de la filiación la presentación de un principio

[342] Lo que no discuto es que el principio de prueba facilita la adopción de medidas cautelares y provisionales.

de prueba de los hechos en que se funden fue impedir que sobre la base de demandas infundadas y temerarias se pusiera en marcha todo el complejo mecanismo procesal inútilmente, proteger el derecho al honor y a la intimidad personal, así como la paz familiar que también merece ser respetada (Quesada, 2018, p. 6), además:

- Sobre todo, cuando se interpone la acción de impugnación por falta de veracidad de la filiación se justifica exigir un principio de prueba porque como se persigue dejar sin efectos la paternidad ya determinada, una demanda infundada puede causar graves perjuicios morales, de muy difícil o imposible reparación, tanto al hijo/a como al padre y/o a la madre[343]. (Quesada, 2018, p. 6).
- Se tendría más amplías las posibilidades de investigar la filiación real en los procesos de impugnación (Quesada, 2018, p. 7).
- En los procesos de impugnación de la paternidad el principio de prueba se ha de exigir con rigor, porque para estimar la demanda se tienen que haber aportado pruebas concluyentes, no basta para que prospere la acción de impugnación con que existan dudas sobre la paternidad impugnada, ya que si se estima la demanda se dejará al hijo/a sin la filiación paterna o materna que estaba determinada. (Quesada, 2018, p. 7). Ello se entiende que funciona en España, en la medida que el juez/a no puede de oficio convertir la acción en mixta, para proceder de oficio a investigar la paternidad.

5. Otras dificultades que enfrentan los agentes del Estado en el trámite de las acciones de filiación

5.1 El acceso a las acciones de filiación de niños y niñas en lugares rurales, apartados y de difícil acceso

El artículo 22 del CGP corresponde al juez/a de familia, en primera instancia conocer de los procesos de filiación y si el conflicto no involucra a niños, niñas o adolescentes, la demanda

[343] Cuando se interpone una acción de impugnación de la paternidad por falta de veracidad de la misma existe incertidumbre sobre si el hijo/a realmente desciende del varón respecto del cual su filiación ha sido determinada, lo que obliga al juez/a a obrar con una especial prudencia por tratarse de una situación muy delicada y a acordar las medidas del art. 768 CCE solo cuando crea que la acción es fundada (de ahí la conveniencia y oportunidad de exigir un principio de prueba en los procesos de impugnación de la filiación) (Quesada, 2018, p. 7).

se radicará en el domicilio del demandado, caso contrario, será competente el juez/a del domicilio del menor de edad (Rivera. 2011. p. 921).

Por otra parte, de la lectura del inciso final del numeral 2 del artículo 28 del CCP se precisa que cuando esté vinculado un NNA sea demandante o demandado, la competencia corresponde en forma privativa al juez/a del domicilio o residencia de aquel. Esto con el propósito de facilitar el acceso a la administración de justicia a los menores de edad; sin embargo, en la práctica judicial, con esa mera precisión no se hace efectivo el derecho consagrado en el art. 229 de la Constitución Política, en vista que hay muchos NNA que habitan en zonas de difícil acceso, en lugares que en la división política del país corresponden a veredas o corregimientos o áreas no municipalizadas[344] en donde no hay jueces/zas, pues conforme al parg. 3 del art. 11 del LEAJ la presencia jurisdiccional se garantiza solo desde las cabeceras municipales, sin tenerse en cuenta que hay muchos municipios con una extensión geografía muy amplia, conformado por veredas, corregimientos y áreas no municipalizadas a las que desde la cabecera municipal se accede luego de horas o días de viaje, ya sea en trasporte fluvial o terrestre.

De otro lado, el parg. 3 del art. 11 del LEAJ precisa que en cada municipio funcionará al menos un juzgado cualquiera que sea su categoría, por lo que en muchos municipios de Colombia no se cuentan con jueces de familia, por ello, si en el lugar donde vive el menor de edad no hay un juez/a de familia, la acción de filiación corresponderá al juez/a de familia del circuito al cual pertenece dicho lugar[345]. Por ejemplo: si la demanda de filiación es a favor de un menor de edad que vive en el municipio de Santa Rosa (Cauca), la demanda deberá interponerse ante el Juez/a Promiscuo del Circuito Judicial de Bolívar (Cauca), a más de 12 horas por carretera sin pavimentar.

Además de ello, el convenio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el Instituto Nacional de Medicina Legal para la realización de la prueba de ADN, contempla solo a algunos municipios de Colombia para realizar la toma de muestra de sangre para el posterior cotejo de ADN; lo cual hace engorroso, costoso y hasta inaccesible el proceso de filiación, para personas de escasos recursos y/o de extrema pobreza.

---

[344] En los Departamentos del Vaupés y Amazonas.

[345] El artículo 22 del CGP corresponde al juez/a de familia, en primera instancia conocer de los procesos de filiación.

Por ejemplo, un niño que vive en Santa Rosa (Cauca), municipio que pertenece al circuito judicial de Bolívar (Cauca), el proceso de filiación lo deben iniciar en el Juzgado Promiscuo de Familia de Bolívar; si el juez/a admite la demanda, debe fijar fecha y hora para la toma de muestra de sangre y posterior ADN en el Bordo (Cauca) -otro municipio- a 2 horas de Bolívar y a 14 horas de Santa Rosa, pues el convenio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el Instituto Nacional de Medicina Legal, no incluyó a Santa Rosa ni a Bolívar, como sedes para la toma de muestra de sangre.

Hay casos más preocupantes, como el que acontece en el Amazonas, Departamento que corresponde al 10% del territorio nacional, en donde encontramos dos municipios Leticia y Puerto Nariño, que juntos son el 3% del territorio y hay un solo juzgado de familia en Leticia, siendo el 97% del territorio restante áreas no municipalizadas en donde también se requiere la definición de la filiación; por ejemplo, de presentarse un litigio de filiación en el área no municipalizada de la Chorrera, la demanda debería presentarse en el juzgado de familia de Leticia, la prueba de ADN conforme al cronograma de ADN debería practicarse en Leticia, sin tener en cuenta que a Chorrera solo se accede vía aérea, con oferta de vuelos cada quince días y con tarifas costosas, o vía fluvial con 15 días o más de recorrido.

Ante eso, considero que los agentes del Estado deben ofrecer soluciones para permitir a las personas de lugares apartados y de difícil acceso acudan a la justicia[346], afrontar las vicisitudes que trae la geografía colombiana y brindar una solución a los usuarios que no cuentan con la posibilidad de salir de su vereda, corregimiento, área no municipalizada o municipio para tramitar el proceso de filiación[347].

Lo anterior por cuanto, hasta que no se garantice una verdadera descentralización del país[348], las dificultades y dilataciones en el trámite que puede conllevar esa carencia de jueces/zas en el domicilio de NNA, deben ser superadas por los operadores/as jurídicos/as, a través del uso de correo electrónico y de comunicación telefónica con las autoridades que

[346] En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “las Mujeres Indígenas y sus Derechos Humanos en las Américas” del 17 de abril de 2017 se formularon 10 recomendaciones y se resaltó la necesidad de incorporar un enfoque integral, de género – etnorracial- y asegurar el acceso a la justicia, para proteger a las niñas y niños de zonas apartadas”.
[347] En Convenio del ICBF con el INML agrupa por 128 lugares de atención para la toma de muestra de sangre de 1122 municipios en los que residen niños y niñas sin filiación paterna.
[348] Art. 1 de la Carta Nacional.

puedan encontrarse en el lugar donde viva el menor de edad, disponer que el INML salga en comisión a esos lugares para recoger la prueba de ADN y adoptar cualquier mecanismo que permita el trámite del proceso con sujeción de las garantías mínimas conferidas a todas las personas residentes en el país independientemente de su residencia.

En casos como este se coloca a prueba la diligencia de los operadores/as jurídicos/as, entre ellos la potestad del juez/a como director/a del proceso que busca la verdad y la salvaguarda de los derechos fundamentales, para lo cual el juez/a como ejecutor de actos de gobierno en el proceso (Villamil 2017) debe preparase para cada una de las etapas del mismo (Villamil 2017) y para ello cuenta con las herramientas consagradas en los arts. 42 al 44 del CGP, para materializar el acceso a la justicia y hacerle frente a las distancias geográficas.

5.2 Cuando una de las partes está en el extranjero.

En los municipios que están ubicados en zonas fronterizas se presentan cuestiones interesantes de analizar porque repercuten en el trámite y decisión del proceso de filiación, como por ejemplo, cuando el demandado reside en país vecino o se debe hacer una diligencia en ese lugar; o el demandante es colombiano o alega la paternidad y el demandado es extranjero, al igual que el menor de edad.

Si el demandado es nacional o reside en el país vecino, considero que sería preferible, a la regulación de la diligencia de notificación personal establecida en el artículo 291 del Código General del Proceso, dar aplicación al artículo 41 del Código General del Proceso, que establece la carta rogatoria en los siguientes términos:

> Cuando la diligencia haya de practicarse en territorio extranjero, el juez, según la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, y con arreglo a los tratados y convenios internacionales de cooperación judicial, podrá:
>
> 1. Enviar carta rogatoria, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país donde ha de practicarse la diligencia, a fin de que la practique y devuelva por conducto del agente diplomático o consular de Colombia o el de un país amigo.

2. Comisionar directamente al cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo para que practique la diligencia de conformidad con las leyes nacionales y la devuelva directamente. Los cónsules y agentes diplomáticos de Colombia en el exterior quedan facultados para practicar todas las diligencias judiciales para las cuales sean comisionados.

Igualmente si debe hacerse otro tipo de diligencia, se debe remitir carta rogatoria para que por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia se pida a la autoridad competente en el exterior realizar la diligencia.

Para la toma de la prueba de ADN, encuentro que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante el Protocolo de Proceso de Protección señala que tratándose de un/a colombiano/a el juez/a eleva orden mediante exhorto y si es un extranjero, diligencia carta rogatoria a la autoridad homóloga en el extranjero y solicita la citación de la persona en el consulado de Colombiano en el respectivo país; cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores tenga el exhorto y/o carta rogatorito, el Formato Único de Solicitud de ADN -FUS-, el kit para la toma en el exterior, los envía al país extranjero, luego las muestran son traídas a Colombia, a través de valija diplomática, garantizando la cadena de custodia para realizar el cotejo de ADN con los demás involucrados.

En estos eventos, se denota que ya se ha regulado la manera de la obtención de la prueba de ADN, lo que hace falta es definir la forma como restablecer vínculos de afecto entre las partes, en tanto las distancias podrían colocar en riesgo los derechos al amor, identidad, libre desarrollo de la personalidad del hijo/a, por ello habría que acudir a los conceptos de integración de padres e hijos/as residentes en diversos países, para procurar ese derecho dentro del trámite de filiación.

5.3 Renuencia para asistir a la práctica de la prueba de ADN

5.3.1 Renuencia para asistir a la práctica de la prueba de ADN en Colombia

En caso de renuencia de alguno de los involucrados para práctica de la prueba de ADN, se evidencia que el juez/a tiene varios caminos posibles, frente a la negativa de una de las

partes, generalmente del demandado, de permitir que se tome de su cuerpo material genético para el cotejo de ADN.

El primer camino es negar las pretensiones, dejar inactivo el proceso o declarar el desistimiento tácito, luego de un año sin que se haya realizado actividad alguna.

Sin duda este es el camino fácil, justificado en que el impulso procesal debe venir de la parte interesada, en la congestión judicial o en posiciones propias de otras ramas del derecho como el derecho penal, civil o comercial. Pero, particularmente considero que en el derecho de familia, son otras las herramientas que tiene un juez/a para dirimir un conflicto, pues distinto a esas ramas del derecho, el derecho de familia, exige una sensibilidad especial en el juez/a que lo haga consciente que dejar inactivo un proceso de filiación, es dejar a un hijo/a sin padre, o que le está impidiendo conocer su verdad biológica.

La Convención Americana de Derechos Humanos denomina al mecanismo judicial efectivo para acceder a la justicia, tutela judicial (art. 8) como un derecho que debe ser garantizado por el Estado, no necesariamente para que se conceda lo que pide, sino para que se propicie al ciudadano de acciones idóneas y efectivas, en el que se ilumine la verdad a través de la practica probatoria, lo que viene a significar para la acción de filiación, que el ciudadano tiene el derecho de que ese mecanismo sea idóneo y efectivo para que se resuelva su pretensiones de investigación o impugnación, luego de un debate probatorio álgido y transparente.

Ahora, analicemos el otro extremo, puede pensarse también que ante la primera inasistencia del demandado a la prueba de ADN, se proceda a decretar la paternidad, decisión que vulnera derechos, tal como se establece en la sentencia T-488/99, en la que la Corte analizó un caso en el que se decidió sin haberse practicado la prueba antropoheredobiológica, aun cuando fue decretada y en la que el juez no agotó las herramientas conferidas por la ley para ese propósito; ante ello, el demandado interpuso recurso de casación, el cual fue inadmitido y luego presentó demanda de tutela, trámite en el cual la Corte señaló que el juez/a tiene la obligación de realizar las actuaciones pertinentes para posibilitar la práctica de la prueba científica, so pena de incurrir en nulidad procesal, por no garantizar el trámite establecido por Ley.

Analizadas las dos posibilidades y en atención a que la acción de filiación ha sido dispuesta como el mecanismo idóneo para conocer los verdaderos orígenes y garantizar el derecho a

la identidad, entonces ante la dificultad de recoger la prueba de ADN, el juez/a no puede simplemente dejar el proceso inactivo, declarar el desistimiento tácito luego de un año sin que se haya realizado actividad alguna, o declarar la paternidad sin recoger otros medios probatorios, pues no estaría cumplimiento la labor que se le ha encomendado de velar por los derechos de los miembros de la familia y por tanto el no hacer uso de sus facultades de instrucción, orientación y corrección hace nugatorio el derecho al acceso a la justicia.

Descartado por lo dicho esos caminos, otro sendero sería continuar fijando fechas suscesivas de toma de muestra de sangre para posterior ADN, esperando que el demandado cambie de opinión y se anime a colaborar con la justicia.

Sobre esta opción, la Corte Suprema de Justicia Colombiana se pronunció en sentencia del 28 de junio de 2005, e7901, en la que decidió un asunto en el que en siete oportunidades se señaló fecha y hora para la prueba antropoheredobiológica, pero que no se pudo recaudar por causa imputable al demandado, quien en dos oportunidades, justificó su inasistencia alegando objeción de conciencia. En ese caso la Corte destacó que no solo fue la conducta del demandado que impidió la práctica de la prueba científica, sino del juez, quien auspicio la renuencia del demandado al no ejercer medidas racionales y coactivas, para la obtención de la prueba, pues se limitó a insistir en su práctica con oficios, sin optar por las medidas necesarias para su recaudo, lo cual configura la causal de nulidad 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil[349], así:

> La nulidad a la que se refiere el numeral 6º del artículo 140 del C.P.C., no sólo comprende los casos de cercenamiento de los términos y oportunidades para pedir o practicar pruebas, propiamente dichos, lo mismo que los eventos en que el Juez, pese a decretar una prueba oficiosa o una dispuesta por la misma ley, omite fijar la fecha necesaria para su realización, o se abstiene de comunicarla en debida forma a las partes, sino también aquellos otros casos en que, frente a un medio probatorio que el legislador ordena practicar, una de las partes obstruye, impide, dificulta, retarda o entorpece su recaudo, sin que el juzgador, frente a esa irregularidad, correlativamente adopte las medidas necesarias en orden a remover los respectivos obstáculos.

[349] Consultar art. 133 del CGP, hoy vigente.

En dicha sentencia la Corporación concluye que el límite del derecho a la libertad son los derechos ajenos y el interés general, además del cumplimiento de uno de los deberes que la constitución impone como es el de cumplir con la administración de justicia (Gallo, 2015, p. 168).

La Corte no encontró en el expediente que el juez/a de instancia haya hecho uso de los poderes disciplinarios para que el demandado colabore con la justicia y expuso que "en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia".

Bajo esa óptica, queda descartada la posibilidad de que el juez/a se permanezca estancado repitiendo una y otra vez la misma providencia ordenando la prueba de ADN, con nuevas fechas para ello, pues ya se dijo que esa conducta comporta nulidad.

Ahora, también puede creerse que el demandado está justificando su negación a la toma de muestra de sangre, alegando objeción de conciencia[350], derecho a la libertad, a la integridad y a la intimidad, argumentando que la prueba biológica se soporta en un fluido extraído de su cuerpo y que por esa razón no se lo puede obligársele a ello.

Ante ello, no hay que olvidar que hay otros derechos también se están debatiendo el trámite de filiación y que "silencio normativo <que> ha sido aprovechado para justificar estas conductas obstruccionistas sobre la base del respeto que a todo sujeto se le debe en sus derechos de integridad física, honor, intimidad, libertad, defensa, igualdad ante la ley… los argumentos, sin embargo, no han prosperado ante el interés de carácter preferente de todo sujeto a conocer quién es su padre" (Soler, 2002 p. 32).

[350] Al respecto ver también sentencia CC T-474/1996 de 25 septiembre.

Hay que hacer hincapié en los deberes de los ciudadanos, porque si el demandado tiene el derecho a la libertad, integridad y honor, también tiene deberes ante la justicia y la sociedad, por lo cual si se rehúsa al deber de colaborar con la justicia, su "conducta lo que sí pone de relieve es una evidente falta de lealtad procesal del demandado, constitutiva de un abuso, y un "indicio" suficientemente revelador de un afán obstruccionista, que puede revelar un fraude de ley y un ejercicio antisocial del derecho" (Soler, 2002, p. 40).

Además, si se analiza el procedimiento para la obtención de sangre, es bueno reflexionar sobre qué tan degradante y lesivo de la intimidad e integridad puede ser que un profesional de la medicina, en un lugar apto, realice el examen de ADN; qué tanta afectación puede causarse a la dignidad humana que se acopien evidencias físicas para tomar de ellas el material genético que se requiere.

Esta discusión nos puede llevar al otro extremo, como quinto camino, el juez/a puede obligar al demandado a que acuda a la toma de muestra de sangre. Este mecanismo está autorizado en el ordenamiento jurídico alemán y también ha sido debatido en otras latitudes sobre su aplicación, sin necesidad de que el legislador lo haya establecido[351]. Para el caso de Colombia, no hay norma que pueda obligar al demandado a practicarse la prueba de ADN, empero algunos podrían interpretar que el artículo 44 de la Carta Nacional establece la prevalecía de derechos de los NNA, por lo cual si el demandado decide negarse a la práctica de la prueba, fácilmente pudiese ponderarse el derecho de menor de edad de conocer sus orígenes, respecto el derecho a la libertad e integridad del demandado, privilegiándose el derecho del primero, por mandato constitucional de prevalencia de derechos y por ser los menores de edad, sujetos de especial protección.

En esa misma línea de pensamiento, se diría que la prueba biológica es la prueba directa de la filiación, sería preciso que el juzgado proceda a ordenar la conducción y someta al demandado a que se le extraiga de cuerpo material genético para tal prueba, habida cuenta que no hay otro tipo de medio probatorio directo para determinar la paternidad biológica. Por otro lado, también se podría justificar la obligatoriedad de la prueba de ADN, en el deber de

[351] "Otros países como Alemania tipifican la imposición a los peritajes biológicos justificándola con el principio del "deber de sometimiento" (Duldungspflich), que obliga a las partes y a los terceros a… tolerar todos los exámenes susceptibles para la verificación de la verdad genética real. Del mismo modo se admite en Dinamarca, Austria y algunos estados de USA" (Soler, 2002, p. 40).

buena fe (art. 83 C.Pol), colaboración a la justicia (art. 95 C.Pol), se incumplen cuando se niega la toma de muestra biológica[352].

Para Gallo (2015), en Colombia el juez/a puede acudir a los poderes disciplinarios y cita a la CSJ, cuando que indicó como legítimo "el auxilio de las autoridades de policía para citarlo y para persuadirlo…" "En cuanto al auxilio de las autoridades de policía aclara la CSJ (Sent. 27 de octubre/2005, M.P. Isidro Ardila Velásquez) que se acudirá a ellas pero respetando la dignidad humana; se puede adelantar una inspección judicial sobre la persona del demandado, como expresamente lo autoriza el art. 244 del C.P.C., con el fin de practicar los exámenes respectivos; pero solo para persuadirlos, sin violencia, ni coerción ilegal; también se puede lograr una inspección al lugar de habitación o trabajo del demandado con fin de obtener objetos en los cuales se pueda encontrar la huella genética" (Gallo, 2015, p. 165).

Pero luego concluye, Gallo (2015) que en Colombia la norma que regula la práctica de la prueba científica de paternidad es imperativo; en España es enunciativa; sin embargo, en ninguno de los países que se comparan se puede acudir a la fuerza pública para su realización, por falta de una disposición normativa que así lo imponga. (p. 209).

[352] Sobre ello, en sentencia C-808/02 el accionante demanda el parágrafos 1º y 2º del artículo 8º de la ley 721 de 2001 por violar el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto la norma no dice si es que el juez/a "puede dictarle orden de captura al renuente para que lo capturen con el único fin de tomarle la muestra para el respectivo dictamen, o si es que puede ordenar que la policía lo conduzca, o si es que lo debe llamar por medio de publicación o por aviso en emisoras, viola entonces el principio de legalidad de cualquier tipo de acto sancionatorio y no deja establecido que pasa cuando el demandado es ausente y tiene asignado curador ad litem, caso en el cual estimo que no porque se hayan agotado todos estos procedimientos y no haya logrado la toma de muestras para la comparación de los marcadores genéticos, ha de dictar sentencia declarando paternidad o maternidad o absolviendo al demandado" la Corte no acogió esos argumentos exponiendo que "los mecanismos que debe utilizar el juez/a para hacer comparecer al demandado renuente a la práctica la prueba de ADN se encuentran consignados dentro de los poderes generales del juez/a en el art. 39 del C. de P. C <hoy art. 42 del CGP>., aplicables a cualquier proceso civil incluido el de filiación o investigación de la maternidad o paternidad, de tal manera que el legislador no tiene por qué repetir para cada tipo de juicio o proceso la normatividad general del ordenamiento procesal civil, pues de suyo se entienden aplicables a cada proceso. Por lo tanto, con dicha "omisión" no se vulnera el derecho al debido proceso, pues no se entiende cuál garantía podría resultar afectada cuando el mismo estatuto procesal tiene establecidos los mecanismos idóneos para combatir la contumacia. De suerte que del conglomerado de poderes y deberes del juez/a devienen facultades para lograr que los particulares se sometan a la administración de justicia con la observancia de los trámites y procedimientos propios de cada proceso, a efectos de impartir justicia haciendo efectivos los derechos mediante la aplicación de las normas procesales y sustanciales".

En ese punto, quiero referirme al procedimiento penal, en la investigación de las conductas delictivas, encontramos que para la toma de muestras para la prueba de ADN de la presunta víctima con el posible victimario, debe haber autorización del juez/a penal con función de control de garantías, a quien el ente investigador le allega todos los elementos materiales probatorio y evidencias físicas para que el juez/a haciendo la ponderación de derechos, decida si autoriza o no el procedimiento en el cuerpo del procesado y de la presunta víctima, en caso que esta última se niegue al procedimiento (art. 245 y 249 del Código de Procedimiento Penal)[353].

Pese a esos argumentos, en mi opinión, considero que en los procesos de investigación de paternidad, es innecesario restringir el derecho a la libertad e integridad del demandado en todos los casos, pues el Código General del Proceso, dispone en el numeral 2 del artículo 386 que la renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad sin necesidad de obligar al demandado a que se practique la misma[354].

En el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que sucede en España[355], Francia, Italia o Suiza, entre otros, y contrario de lo que ocurre en Alemania, no existe ninguna norma que autorice el uso de la fuerza para imponer a alguien la realización de una prueba biológica (Gómez, 2007, p. 166), empero se dispone la libertad probatoria, por lo cual ante la renuencia del demandado de presentarse a la prueba de ADN, no es necesario restringir el

[353] La Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-822/05, acepta que los derechos a la intimidad e integridad pueden ser limitados y ha autorizado las inspecciones corporales cuando el propósito es recoger elementos materiales probatorios en materia penal, bajo estrictos límites, por autorización del legislador y sometido al juicio de proporcionalidad concreto que debe hacer el operador jurídico.

[354] La presunción a la que hace referencia no implica que, ante la renuencia del demandado para la práctica de la prueba de ADN, el juez/a no deba hacer uso de los poderes conferidos por la ley para logra su comparecencia, pues la CSJ en el auto Exp.05042-3184-001-2002-00107-01/2004 de 4 agosto, estableció que el juez/a debe tratar por todos los medios la práctica de la prueba científica, empero sin perder de vista que debe resolver prontamente el proceso y no permitir su paralización por la falta de la referida prueba; a más que en la actualidad cuenta con la presunción legal del artículo 386 del CGP.

[355] "Varias sentencias del TS y Autos del Constitucional habían establecido ya que la práctica de este tipo de pruebas no es contraria a la Constitución; es, sin embargo, la STC de 17 enero 1994 la que con más detalle afronta esta cuestión, negando que la realización de tales pruebas vulnere los derechos a la intimidad o a la integridad física, la libertad personal y el derecho a no declarar contra sí mismo, y añadiendo que el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad debe prevalecer frente a otros derechos fundamentales alegados por el individuo afectado... Desde estas coordenadas, afirma la STC de 17 enero 1994, el demandado en un proceso de filiación sólo podría negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existen indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud" (Gómez, 2007, p. 167).

derecho a la integridad física y moral y a la libertad personal, para obligar al sujeto a someterse a la prueba[356], sino acudir a las pruebas indirectas, presunciones e indicios.

Por ello, aquí está el otro camino que puede transitar el juez/a en caso de renuencia del demandado y es usar los poderes de dirección para recaudar la prueba, dada la capital importancia de practicar la prueba directa de paternidad; atribución que no comporta la facultad de obligar o someter a la fuerza la intervención en su cuerpo[357], por el contrario, el juez/a debe advertir de manera suficiente de las consecuencia que acarrea su negligencia o desidia frente a la prueba determinante de la confirmación o exclusión del vínculo paterno-filial endilgado y tomando las medidas correctivas a que haya lugar[358].

En consecuencia, el deber del juez/a como director/a del proceso no se agota con el decreto oficioso de la prueba y las prevenciones que formule sobre la renuencia en la práctica, pues además debe gestionar lo ingente para su realización, en garantía efectiva de los derechos (CC T997/2003 de 24 octubre). En caso de renuencia, debe hacer uso de los poderes correccionales por incumplimiento del deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95 CPol.) e imponer sanción de multa (arts.60, 60A LEAJ; 44.2, 78.3, 79 CGP), con independencia de la consecuencia procesal de "presumir cierta la paternidad" (art. 386.2. CGP).

Por otro lado, la CC recuerda que frente al comportamiento renuente del demandado es posible sancionar con multa y ordenar la inspección judicial, su lugar de trabajo o habitación para la obtención del material genético u ordenar la prueba de ADN con sus consanguíneos.

Por lo dicho, tenemos como medidas que puede tomar el juez/a:

a) Advertir al demandado las consecuencias de su renuencia (art. 368-2 CGP). El decreto de la prueba en el auto admisorio debe acompañarse de una exhortación sustentada y

---

[356] De hacerlo, se trataría de una prueba ilícita, por vulnerar las garantías fundamentales, conforme al artículo 29 de la Carta Nacional y en esa medida debe ser excluida del proceso, por lo que al no hacer parte del acervo probatorio, el juez/a no puede fallar con sustento en ella.

[357] Podría pensarse que el juez/a puede ordenar la conducción por agentes de Policía, hasta el lugar donde haya que realizarse la prueba de ADN, pero la conducción para obtener la práctica de la prueba de ADN, implica el ejercicio de la captura administrativa, lo cual desconocería los postulados de dignidad humana; en tanto solo el legislador puede disponer de ese mecanismo judicial para lograr consolidar la prueba, a más que la privación de la libertad es restrictiva y solo procede bajo los supuestos dados por el legislador.

[358] Recordemos que el juez/a es el director/a del proceso no un empoderado prevalido de poder que deba buscar demostrar los hechos a cualquier precio, por lo cual se le exige acudir a la ponderación, raciocinio, estrategias, planeación, lingüística, etc.

persuasiva sobre la importancia del oportuno recaudo de la prueba; como acción temprana y anticipatoria por parte del juez/a (Villamil, 2017), en orden a una suficiente recaudación de los medios de convicción para una pronta decisión de mérito (arts. 42 y 372 CGP).

b) Requerir al demandado para que cumpla los deberes que le corresponden como parte (artículo 78 numerales 2 y 8 CGP).

c) Advertir al demandado que, de persistir su renuencia, su actitud será considerada como temeraria y de mala fe (artículo 79 numeral 4 CGP). El juez/a como director/a del proceso lo puede conminar, a la práctica de la misma, en los términos del artículo 14 ley 1285 de 2009 numeral 3,4 y la LEAJ, so pena de hacerse acreedor a sanciones sobre su comportamiento.

d) Dar inicio al procedimiento sancionatorio previsto en el parágrafo del artículo 44 CGP. Al respecto, el artículo 60A de la Ley 1285 de 2009, establece como facultades del juez/a sancionar a las partes del proceso cuando obstruyan la práctica de pruebas o injustificadamente no suministren la información y cuando no presten la debida colaboración en la práctica de pruebas.

En efecto, en este trámite incidental el juez/a debe garantizar el debido proceso y escuchar al demandado en las razones para negarse a toma de prueba pericial, para determinar si existe justa causa de su comportamiento y si aquella negativa es injustificada, debe sancionarlo.

e) Ahora en caso de que definitivamente el juez/a no logre que el demandado se realice la prueba[359], deberá aplicar la presunción del artículo 386 del Código General del Proceso, con lo cual recoge las demás pruebas, en este caso indirectas (artículo 372, numeral 7 del CGP).

Por ejemplo, en la Corte Suprema de Justicia, el 8 de noviembre del 2000, e5792, analiza un caso que se decidió con la prueba testimonial, sin practicarse la prueba científica, por obstáculos impuestos por la parte demandante; en esta decisión la Corte reconoce que existen casos en los que pese a que el juez/a procure la obtención de la prueba científica, no es posible su práctica y por no existir la tarifa legal, la renuencia de unas de las partes para su práctica apenas constituye un *indicio* en su contra, que debe ser analizado con los demás medios[360].

[359] Es importante recordar que cuando por alguna circunstancia no puede tomarse la muestra con material genético del presunto padre o madre, en ambos derechos se deberá acudir a los parientes más próximos con el fin de obtener el resultado científico. (Gallo, 2015, p. 168).

[360] En la actualidad el CGP ha definido que esa conducta hace presumir ciertos los hechos.

Entonces, al no ser posible recoger los medios probatorios directos, se acude a las pruebas indirectas, tales como, la posesión de estado, la convivencia con la madre en la época de la concepción u otros hechos análogos. Entre las pruebas indirectas, tenemos la declaración de la progenitora, para conocer que personas pueden ser llamadas a declarar de oficio, en los términos del artículo 169 del Código General del Proceso, pues en muchos casos, en las demandas no se señalan los testigos que podrían declarar de manera indirecta sobre la concepción y se limitan a pedir la prueba de ADN, desconociendo que en caso de ser imposible la obtención de esta prueba, el juez/a debe decretar los medios para pronunciarse sobre las pretensiones.

Respecto de este último punto, la Ley 721 de 2001 establecía en su parágrafo 1 art. 8 cierta circunstancia o hecho que permite emitir una decisión de fondo, pese a no contar en el proceso con la experticia médica exigida, y era cuando se presenta la renuencia de los interesados a la práctica de la prueba. En este evento el parágrafo citado contemplaba que "... el juez de conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia proceda a declarar la paternidad o maternidad que se te imputa”.

Dicho mandato fue objeto de estudio por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-808 de octubre 03 de 2002, en donde se decidió declararlo exequible, en el sentido de que la renuencia de los interesados a la práctica de la prueba solo se puede tomar como indicio en su contra, pero jamás como prueba suficiente o excluyente para declarar sin más la paternidad o maternidad que se les imputa y puntualiza diciendo que:

> La renuencia de los interesados a la práctica de la prueba sólo se puede tomar como indicio en contra, pero jamás como prueba suficiente o excluyente para declarar sin más la paternidad o maternidad que se les imputa a ellos. Es decir, acatando el principio de la necesidad de la prueba el juez deberá acopiar todos los medios de convicción posibles, para luego sí, en la hipótesis del parágrafo 1º, tomar la decisión que corresponda reconociendo el mérito probatorio de cada medio en particular, y de todos en conjunto, en la esfera del principio de la unidad de la prueba.
>
> No quiere decir el precepto acusado que una vez utilizados por el juez los mecanismos compulsivos, sin obtener la comparecencia a la práctica de la prueba, deba proceder

de plano a fallar, sino que debe remitirse a dar aplicación al artículo 3º de la ley que le permite decretar y practicar otros medios de prueba con el fin de establecer la verdadera filiación del actor o demandante, lo que en últimas le permitirá fallar de fondo las pretensiones demandadas. Por lo tanto, debe acudirse a la interpretación sistemática, integrando las normas de la ley acusada a fin de armonizar el parágrafo 1º del artículo 8º con el artículo 3º ibídem.

Como ello queda claramente establecido que el/a juez/a debe agotar todos los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para arribar a la decisión de fondo, como parte del debido proceso que implica la ausencia de dilaciones injustificadas[361].

Por lo anterior se concluye que le corresponde al/a juez/a ejercer todas las facultades a él conferidas para decidir la investigación de la paternidad de fondo, en tanto la conducta de las partes no puede ser obstáculo para restablecer los derechos a la identidad y filiación en si misma, pues "en forma de mandato categórico para el juzgador, los jueces no pueden justificar sus omisiones al respecto, en aquello que las partes hicieron o dejaron de hacer durante el proceso, porque en la determinación de la filiación, en especial cuando en los hechos se involucran menores de edad, es al juez a quien le concierne esclarecer lo ocurrido, con miras a declarar o negar la paternidad o la maternidad disputada"[362] (CC T1342/2001 de 11 diciembre).

Además el juez/a puede considerar que tan legítimo y proporcional es adelantar el trámite, si el hijo/a es quien se niega a que se lleve a cabo por tener precisamente definida su filiación. Si se dispone a raja tabla en todos los procesos de impugnación de la paternidad, las partes forzosamente deben someterse a la ADN, concentramos el proceso en la prueba biológica y

[361] Aún más, en este punto también se trae a colación el principio de celeridad que fue expresamente dispuesto en la LEAJ.

[362] En la sentencia, T-1342/01 la Corte analiza un caso en el que no se practicó la prueba antropoheredobiológica; a voces de la Corte el juez/a no puede escudarse en la falta de colaboración de la partes para la no realización de la prueba, más aun cuando son los derechos de un menor de edad los involucrados y que "excluir una paternidad discutida sin practicar los exámenes que permiten hacerlo con absoluta certeza, al igual que establecer una filiación sin el auxilio eficaz que los avances de la ciencia genética ofrecen para hacerlo, porque si bien existe libertad probatoria para las partes, en cuanto a la demostración de los hechos en que fundan sus pretensiones y excepciones, para la decisión se requiere que el juez adquiera tanta certeza como fuere científicamente posible, para incluir o declarar una paternidad disputada", por lo cual concedió el término de cuatro meses para que el accionante interponga en recurso de revisión.

olvidamos que por tratarse de una acción que toca las fibras de la familia, el agente del Estado debe tener la diligencia reforzada para determinar si en ese asunto debe buscarse la verdad biológica o si debe privilegiarse la filiación vivida.

Me apoyo para hacer dicha afirmación, en la sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez[363], de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en la que señaló que son ineludibles las implicaciones de la figura paterna en el desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes; la forma de paternal del padre influye de manera notable en la esfera psicológica, física, sexual, moral, cognoscitiva y en el ser social de los hijos/as desde la gestación, de modo que la presencia activa participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo/a y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo/a el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho el cuidado y el amor para su desarrollo armónico integral.

En la mencionada sentencia, la CJS se pronuncia dentro de la acción de tutela interpuesta por una adolescente en contra de un juzgado que conocía la demanda de impugnación formulada por el presunto padre biológico de la joven; trámite en el que la adolescente pedía el amparo de sus derechos fundamentales, alegando que el juzgado accionado la estaba obligando a practicarse la prueba de ADN y que no era su deseo someterse a dicha prueba y menos saber si el demandante en ese proceso era su progenitor, en tanto, desde su nacimiento tenía establecida plenamente su familia. Es decir, la joven pedía que se dejaran intactos los lazos filiales consolidados con la única persona que respecto suyo, se comportó como un padre y con ello impedir la invasión indebida a su fuero interno intimidad, porque era el deseo de la adolescente conservar sus apellidos y el núcleo familiar que ha tenido desde su nacimiento.

La Corte consideró que debido a la trascendencia de la familia en el desarrollo armónico e integral de los menores de edad, cualquier cambio que se pretende imponer sobre su conformación y la dinámica familiar debe obedecer a la protección de los derechos de los

[363] Rad. 25000-22-13-000-218-00310-01.

menores de edad y la actuación de las autoridades, administrativas o judiciales[364], no puede ser ajenas a esa finalidad, por lo cual dichas autoridades deben determinar ese interés atendiendo a las circunstancias de cada caso, pues no existe formulas maestras que sean capaces de resolver toda especie de conflicto.

De hecho, la CSJ distingue la identidad que se estructura a partir de las reglas jurídicas, de la identidad que surge a la propia dinámica de las relaciones sociales, para explicar que una regulación legal que imponga de manera desproporcionada a una persona una serie de identidades jurídicas -como la filiación de legal- diversa de la identidad en la sociedad constituye un obstáculo inconstitucional al libre desarrollo de la personalidad.

Además, anotó que en algunos casos debe prevalecer la afectividad como generador del vínculo filial, permitiendo al hijo/a conservar su estado civil a pesar de la inexistencia de parentesco consanguíneo con quien pasaba como su padre.

Luego de ello, la CSJ fija la regla referente a que si el menor de edad cuenta con un núcleo familiar que lo protege, asiste, educa, le da afecto y le brinda el sostén necesario para su formación y desempeño en sociedad, a las autoridades públicas no les está permitido irrumpir en la tranquilidad de aquel grupo, ni descomponerlo o fracturar su unidad[365].

En el estudio del caso en concreto, la Corte dijo que no se avizoraba ninguna razón que consulte los intereses y derechos de la joven que justifiquen la injerencia del Estado en su intimidad, autodeterminación, identidad, personalidad jurídica y familiar; por el contrario el accionado desatendió que el conocimiento del verdadero origen biológico, es un derecho fundamental que puede ser ejercido libremente por el hijo/a y que no constituye una

[364] En la sentencia que estamos analizando, la CJS hace hincapié en que las autoridades encargadas de fijar el contenido del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en controversias concretas, por ejemplo, los jueces/zas, tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores de edad que requiere su protección; deberes que obligan a los jueces/zas y funcionarios/as administrativos en cuestión aplicar un grado especial de diligencia y cuidado al momento de adoptar sus decisiones.

[365] La Corte agrega que quebrar abruptamente la identidad aparente que ha formado un menor de edad y que viene desde la primera infancia, en la cual se produce la identificación de las figuras materna y paterna, conlleva necesariamente daños a nivel de la psiquis y de la emocionalidad de un individuo que se encuentra en pleno proceso de formación y de estructuración de su personalidad.

obligación para él, de modo que si no es su deseo establecer con certeza la existencia o inexistencia de una relación biológica con que afirma ser su progenitor, la administración de justicia no puedo obligarlo. Y por esas razones, la Corte ordenó al juzgado accionado, archivar de inmediato de la demanda de impugnación investigación de paternidad.

Estoy de acuerdo con dicha sentencia porque considero que es un avance en la protección del derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes de participar en los procesos judiciales y de darle el valor que corresponde a sus opiniones. También considero que es un avance en las acciones de filiación, pues denota lo complejo de la decisión a tomar en esos trámites, resalta el deber de las autoridades administrativas y judiciales de evitar decisiones que resulten desproporcionadas, que irrumpan la intimidad familia y/o rompan los lazos familiares ya conformados, e inspira al operador jurídico a medir la legitimidad de los autores de la impugnación de la paternidad y balancear sus intereses, con los del hijo/a y el de los demás involucrado.

Por otro lado, en las acciones de investigación o reclamación de la paternidad, podría pensarse que es viable someter a las partes, aun de manera forzosa, a la realización de la prueba de ADN, en tanto se hace urgente definir la filiación paterna, de la que ha carecido el hijo/a y de la que se desprende el restablecimiento de los derechos a la identidad, desarrollo familiar, conocer a la familia, amor y unión familiar; pero, soy de las que opina que con el uso de las facultades de instrucción, orientación y corrección[366], es posible la recolección de los elementos que se requieran para decidir y la determinación de las medidas efectivas para resolver el asunto de fondo. Como hemos visto en precedente, las variables que se pueden generar en las acciones de filiación se dan justamente por la complejidad de las relaciones

[366] También se propone aplicar la teoría de abuso del derecho como fuente de las obligaciones "pues sin duda es abusivo (comporta un ejercicio antisocial del derecho) el proceder de aquellos hombres que no acceden a algo tan simple e inocuo como es la toma de muestras para la práctica de la prueba biológica... de allí que se piense, que el juez, previa petición de parte, podría obligar a los hombres que cohabitaron con la madre en el periodo de la concepción a reparar, en la medida del posible, el daño que cause su actitud renuente y reprochable, condenándoles a indemnizar por ello". (Quesada, 2012, p.330). "Esta solución pienso que es viable en nuestro ordenamiento jurídico por estar expresamente sancionado el abuso del derecho. De admitirse, no se trataría, obviamente, de una acción de filiación, sino de una acción de otra índole en atención a su fundamento y finalidad. No debería desdeñarse el importante efecto disuasorio que produciría la posible condena" (Quesada, 2012, p. 331). La jurisdicción en familia en Colombia no está diseñada para indemnizar, por lo cual propongo que debería modernizarse pues existen muchas circunstancias en las que por justicia y equidad es necesario que el juez/a de familia tase y condene a pagar los perjuicios causados.

familiares y personales de las que se deriva la concepción y las circunstancias que desatan que la determinación de la filiación se haga desde los estrados judiciales, de allí que sea necesario revisar caso a caso, la legitimidad, caducidad e interés de cada una de las partes, para decidir conforme al asunto, cumpliendo los deberes y propósitos para los cuales se ha designado los agentes de Estado en este tipo de procesos.

5.3.2 Renuencia para asistir a la práctica de la prueba de ADN en España

Quesada (2018), afirma que en España en realidad es bastante frecuente que alguna de las partes (el demandado) se niegue al análisis de la prueba de ADN y advierte que no dar relevancia a la negativa a someterse a las pruebas biológicas supondría dejar indefensa a la parte que las propuso y conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva, porque se saldría con la suya el litigante de mala fe[367]. (p. 8).

El legislador en el artículo 767.4 de la LEC estipula una regla semejante a la dispuesta en el artículo 386 del CGP, al establecer que "la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios".

En España también se ha planteado la dificultad de recoger una prueba directa del trato íntimo del que se generó la concepción y la de recopilar la prueba biológica. Pero, ¿podría ser posible que el juez/a decida la demanda, con la mera negativa del demandado de someterse a la prueba de ADN?, según los dicho por el TC, no es posible decidir solo con la mera negativa, tal como se anota en la STC 29/2005, de 14 de febrero, que determinó que hubo vulneración de los arts. 24 y 14 C.E. por deficiente e irrazonable motivación, al imputarle a la STS 20 septiembre 2002 (RJ 8461)[368] haberse apartado sin justificación de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al fundar la

[367] Una causa que justifica dicha negativa es la inexistencia evidente de indicios serios que demuestren los hechos que se pretenden probar con la práctica de pruebas biológicas. En este sentido ha dicho el Tribunal Supremo que nadie está obligado a someterse a las pruebas biológicas sin que exista base que justifique esa petición, por puro capricho de otro. (Quesada, 2018, p. 8).

[368] STS 20 septiembre 2002 (RJ 8461): "si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama filiación. Lo cual debe aplicarse al presente caso, para acoger el motivo segundo". (Barber, 2018, p. 29)

declaración de paternidad exclusivamente en la negativa del demandado a la prueba biológica[369]. Finalmente, la STS 7 diciembre 2005 (RJ 10182) reitera la declaración de paternidad haciendo recaer el eje de la argumentación en la suficiencia del carácter coadyuvante de los otros indicios (el silencio del demandado ante el requerimiento notarial de la autora a hacerse cargo de sus obligaciones paternas, las frecuentes llamadas telefónicas de aquella, la comunicación al demandado de su cambio de domicilio), frente a la especial relevancia de la negativa. (Barber, 2018, p. 29).

Sobre la valoración de las pruebas indirectas, en la STS 18 julio 2017 y la STS 26 septiembre 2000, se advierte que no puede exigirse una cumplida prueba de la relación sexual entre las partes para otorgar valor probatorio a la negativa injustificada del demandado, sino que basta con ofrecer al Tribunal "la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción".

Al parecer, los avances sobre el tema se han dado desde la jurisprudencia, ya que la ley en España ha dejado a voluntad de los involucrados, acudir a la práctica de la prueba de ADN y no ha establecido qué hacer para la obtención de la prueba biológica[370], generando un conflicto de derechos que el legislador no ha regulado.

Un sector de la doctrina señala de manera categórica que no es posible obligar al demandado a la práctica de le prueba de ADN, por ser contrarios al art. 15 y 18 de la CE. También encontramos que en la STS del 27/6 y del 14/11/1987, 28/5 y 14/7/1988[371], entre

[369] Reiteradamente se suscita el valor que ha de darse a la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica acordada judicialmente, concluyendo que cabe declarar judicialmente la paternidad, en tal caso, siempre que exista otros indicios que la justifiquen, de lo contrario vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (…) En este sentido se manifiesta la STC 29/20015, de 14 de febrero (Ponente Conde Martín De Hijas), que al estimar el recurso de amparo interpuesto por el supuesto progenitor demandado, declara nula la STS 20 septiembre 2002, que había establecido su paternidad con el único fundamento de su negativa a la práctica de la prueba biológica (Barber, 2013, p. 264).

[370] Recordemos que la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 767.4 solo dice que: "La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de esta no se haya obtenido por otros medios".

[371] El Tribunal Supremo cuando declaró tempranamente que no cabe la imposición coactiva de la práctica de la prueba biológica (SSTS 14 noviembre 1987, RJ 8401; 21 mayo 1988, RJ 6543; 15 junio 1993, RJ 5271 y 8 mayo 1995, RJ 3939), porque para ello sería necesario una Ley Orgánica que así lo estableciera (STS 27 mayo 1994, RJ 3754, con apoyo en los derogados arts. 372 y 496 Cpe. y STC 341/1993, 18 noviembre, RJ 341). Además, no recae sobre el demandado una obligación de someterse a dicha prueba, sino que la exigencia

otras, expresó que “en primer lugar hay que decir en cuanto a la toma de muestras para la práctica de la prueba de paternidad, y como prolegómenos indispensables, que no puede imponerse a una persona por la fuerza, ni puede ser físicamente obligada a la toma de tal muestra para la práctica de la referida prueba, ya que dicha acción iría contra los derechos fundamentales a la integridad física y moral así como al de libertad de la persona; todo ello sin perjuicio de las consecuencias lógicas que haya lugar a deducir de tal negativa” (Soler, 2002, p. 32).

Se dice en ese ámbito que el art. 767 LEC es enunciativo en señalar que en los juicios de filiación se admite cualquier clase de prueba… y con fundamento en el art. 752 del mismo estatuto, el Tribunal puede decretar de oficio pruebas que considere pertinentes pero advirtiendo, eso sí, que es escenario aportar un principio de prueba en los juicios de filiación[372] (…) el TC el 17 de enero de 1994 ordenó la realización de la prueba científica como consecuencia de una ponderación de principios constitucionales en torno a los cuales se enfrentaban las partes en cuanto a la obligatoriedad o no de la realización de la prueba de paternidad; la conclusión a la que llega el TC es que en los procesos de filiación prevalece el interés social y el orden público por estar de por medio los derecho fundamentales de los niños y niñas, según el art. 39.2 CE y agrega que “ni la integridad física del progenitor ni su intimidad son suficientes para impedir la determinación de la relación de filiación. (Gallo, 2015, p. 167).

Sobre esta temática para Soler (2002), “la jurisprudencia… hoy en día es unánime, en el sentido de señalar que si bien tal negativa no se puede considerar una *ficta confessio*, si como un indicio de inestimable valor que, por otra parte, denota un afán obstruccionista y un ejercicio antisocial del derecho, lo que provoca que, conjugada con otros elementos de juicio, la filiación se declare acreditada… la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que

---

constitucional de colaborar con los Tribunales (art. 118 CE), la identifica como una carga procesal, de forma que su conducta renuente puede acarrearle perjuicios y nunca beneficios. También, que no puede calificarse de *ficta confessio*, ni de reconocimiento tácito, sino que constituye un indicio, si bien valioso, para que el juez/a, en presencia de otros, pueda declarar la paternidad. (Barber, 2018, p. 24).

[372] En este punto hay que tener en cuenta, el deber constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), en estos procesos en relación con la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos/as (art. 39.3 CE); la indefensión en que la sola voluntad del demandado puede dejar a la demandante; las normas sobre la carga de la prueba, y en concreto el principio de disponibilidad y facilidad probatoria recogido en el art. 217.7 LEC (Barber, 2018, p. 27)

existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no haya sido obtenida por otros medios" (p. 33).

En esa línea de pensamiento queda establecido que no es jurídicamente legitimo someter a las partes o terceros a la toma de material genético, para proteger el derecho a la libertad e integridad, pues si bien la ley no se pronuncia, si define cómo interpretar ese actuar renuente, para no dejar en una situación de indefensión a la contraparte[373].

En relación a ello, Barber (2018) y Quesada (2012 y 2018) tienen otra opinión, en tanto exponen que la solución a la renuencia es someter de manera obligatoria y aun contra la voluntad de la persona, a la prueba biológica, en tanto la insegura situación resultaría directa e indudablemente atajada si el legislador contemplara, mediante Ley Orgánica, la posibilidad de que el demandado fuera obligado coactivamente a la práctica de la prueba biológica en el seno de los procesos de filiación. (Barber, 2018, p.33).

Barber (2018) dice que parecería razonable hacer gravitar la prueba de la filiación en criterios más seguros que la ponderación judicial de los otros indicios concurrentes con la negativa a una prueba cuya práctica procuraría certeza al objeto del proceso. Además, advierte que la sola enunciación de la regla hoy vigente causa cierta perplejidad. "Seguir poniendo el acento en esos otros indicios, además de ser un error de tiro, implica introducir en la cuestión una inseguridad en la que seguirán cobijándose los demandados renuentes, confiados en que la valoración judicial les beneficie"[374]. (p. 22). Lo cual, puede ser cierto, más si se tiene en

[373] "La STC 7/1994 indica que "ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía de acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contra el derecho fundamental del artículo 24.1 CE, colocándola en una situación de indefensión" (Soler, 2002, p. 48).

[374] "Buena prueba de lo expuesto ofrece las tres sentencias del Tribunal Supremo dictadas en el año 2017 sobre la valoración de la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica: SSTS 17 enero (RJ 750), 8 marzo (RJ 1634) y 18 julio 2017 (RJ 3320). La última tiene el indudable interés añadido de ser la primera sentencia en la que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión. Las tres responden a demandas presentadas por la madre, en reclamación de la paternidad extramatrimonial del demandado que se niega a la práctica de la prueba biológica acordada por el juez. En los tres casos, los Tribunales deben decidir sobre el valor probatorio de dicha negativa injustificada, puesta en relación con los otros indicios presentes en el proceso. Pues bien, en todos ellos la pretensión de la madre resulta desestimada en ambas instancias, porque pese a ser un hecho incontrovertido la existencia de relación entre las partes, se considera insuficientes los indicios para declarar la paternidad, al no probar cumplidamente la relación sentimental o sexual en el tiempo de la concepción (…) En la STS 18 julio 2017, que al declarar la paternidad del demandado afirma que no es necesario probar la relación sentimental ni sexual entre las partes, sino que basta "una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad de la procreación". Y así, a

cuenta que fallar a partir de pruebas indirectas, puede generar litigios futuros, v.gr. que luego de la sentencia en firme, el grupo familiar se someta a la prueba biológica y que dicha prueba arroje resultados contrarios a lo decidido en la sentencia, con los cual alguna de las partes quiera activar mecanismos judiciales para dejar esa sentencia sin efectos.

Hecha esa aclaración, Barber (2018) precisa que sin desconocer la conveniencia –apreciada por los Tribunales de las distintas instancias- de una intervención legislativa especifica que despeje las dudas al respecto, la legislación vigente, tanto penal como procesal, proporciona al juez/a los medios suficientes para actuar con esa diligencia que le exige el mandato constitucional, y, por todo lo dicho, resulta imperativa su utilización. (p. 24).

Por ejemplo, los arts. 326.3 y 363.2 LECrim., en redacción procedente de la L.O. 15/2003, de modificación del Código penal. Prevén respectivamente la posibilidad de que el juez/a de instrucción adopte medidas de recogida, custodia y examen de muestras biológicas en el lugar del delito, (Barber, 2018, p. 34).

Entonces se precisa que no es coherente que el legislador haya limitado la posibilidad de imposición de esta prueba al proceso penal[375], donde puede no ser concluyente, a diferencia de su resultado en la mayoría de los procesos de filiación. Además, dado que en los delitos contra la libertad sexual (arts. 178 a 190 Cpe.), la sentencia condenatoria, en su caso, determinará la filiación (art. 193 Cpe), se instaura un tratamiento legislativo diverso que para algunos autores incluso puede incurrir en discriminación para los hijos/as (Barber, 2018, p. 34).

Quesada González, firme defensora de la imposición forzosa del análisis de ADN[376], aporta interesantes consideraciones sobre la regulación alemana en tal sentido, vigente desde 1935

---

partir del dato acreditado en autos de que demandante y demandado acudían al mismo gimnasio en la época de la concepción" (Barber, 2018, p. 22).

[375] Según el artículo 520.6 c).2 LECrim: "Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad".

[376] En su trabajo de 2018, Quesada anticipa las problemáticas que pueden generarse de no obligarse a la toma de prueba biológica y se refiere en concreto al proceso de impugnación de la paternidad con sentencia firme sin

y que no ha suscitado debate social al respecto, dada la defensa que supone del interés del hijo/a. Además se apoyan en TEDH, que ha declarado que el CEDH no exige imponer dicha prueba en el proceso de filiación, aunque tampoco lo impide, pero sí requiere establecer un medio de respuesta singular frente a la negativa a su práctica: así, STEDH 7 febrero 2002 (JUR 78019, Mikulic contra Croacia)[377]. (Barber, 2018, p. 33).

Para hacer uso de la facultad que tienen los jueces/zas alemanes para emplear la fuerza con el fin de que se practiquen pruebas biológicas, se tienen en cuenta dos principios: el de Erforderlichkeit (necesidad) y el de Verhältnismäßigkeit (proporcionalidad)[378], pues solo entonces está justificada la limitación del derecho fundamental que tiene toda persona a la integridad corporal recogido en el Art. 2 Abs. 2 de la Grundgesetz. (Quesada, 2018, p. 23).

Quesada (2018) reconoce que en España el sometimiento forzoso a las pruebas biológicas no se acepta, que el uso de la coerción es inadmisible por vulnerar ciertos derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, a la integridad física y a la libertad personal. (p. 24). Pero, según Quesada (2018) la objeción de la restricción a la libertad personal ni se plantearía si mediante ley orgánica (cfr. art. 81.1 CE) se permitiera la privación de libertad de una persona por el tiempo imprescindible para tomar muestras con el fin de analizar su ADN y de investigar su no paternidad en un proceso civil de filiación, ya que según el art. 5.1 b) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades

---

que se haya practicado la prueba biológica por negarse el demandado y que con posterioridad este se someta voluntaria y extrajudicialmente a un análisis de ADN del que resulte que el demandante sí es el padre biológico, sin que conforme a la ley se pueda hacer nada para que el progenitor vuelva a ser también jurídicamente el padre o a la inversa, puede suceder que aun existiendo indicios de la no paternidad estos sean insuficientes junto con la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica para que el órgano judicial aprecie que existe una prueba concluyente de la no paternidad, con la consecuencia de que la demanda será desestimada y ya no se podrá volver a interponer la acción de impugnación para dejar sin efectos la determinación de la paternidad, aunque con un análisis de ADN extrajudicial posterior se descubra que el padre jurídico no es el progenitor (p. 22).

[377] En un asunto decidido por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 7 de febrero de 2002, caso Mikulic v. Croacia, la demandante, una niña nacida en 1996, representada por su madre, ejercitó una acción de reclamación de paternidad ante los tribunales croatas. El demandado fue citado seis veces para el examen de ADN, pero no compareció… la demandante se quejaba de que su derecho al respeto de su vida privada y familiar fue violado debido a la excesiva duración del proceso. También se quejaba de que no tuvo un recurso efectivo para acelerar el proceso o asegurar la comparecencia del demandado ante el tribunal… el tribunal entendió que “las personas en la situación de la demandante tienen un interés vital, protegido por la Convención, de recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal. (Quesada, 2012, p. 58).

[378] Al respecto, respetando no solo el principio de necesidad, sino también el principio de proporcionalidad, según el cual debe haber una adecuada proporción entre la intromisión en la intimidad y la finalidad perseguida, en concreto, en los procesos de impugnación de la paternidad o de la maternidad averiguar si la filiación determinada no es la verdadera. (Quesada, 2018, p. 24).

Fundamentales, de 4 noviembre 1950, cabe la posibilidad de restringir el derecho a la libertad con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley. (p. 24).

Quesada (2018) reconoce puede resultar violento, forzar físicamente a una persona con el objeto de obtener las muestras idóneas para analizar la prueba (basta con imaginar a unos fuertes agentes de los cuerpos de seguridad del Estado inmovilizando al sujeto afectado, mientras otra persona toma las muestras necesarias). Sin embargo, se enfoca en que el responsable de tan lamentable espectáculo sería el propio sujeto afectado que muy bien podría evitarlo accediendo voluntariamente a proporcionar una muestra para el análisis de su ADN, que es el comportamiento que cabe esperar de una persona civilizada y sensata. (p. 25).

Y agrega que, el sujeto que ha de tolerar la toma de muestras de fácil e indolora obtención (como pueden ser un cabello, saliva, etc.) para que se analice su ADN no resulta desproporcionado respecto de la finalidad perseguida (averiguar si la filiación determinada no es la biológica), ya que la intervención corporal necesaria para realizar un análisis de ADN, por nimia y banal, no se puede considerar que vulnera la integridad física, ni es inhumana o degradante, ni pone en peligro la vida o salud del intervenido. (Quesada, 2018, p. 24).

Quesada (2018) no está desacuerdo con que el juez/a imponga multas o se sancione como delito de desobediencia a la autoridad judicial la negativa a someterse a las pruebas biológicas, en tanto considera que no deben ser planteadas por no eliminar definitivamente la incertidumbre sobre la filiación. (Quesada, 2018, p. 25). Particularmente me aparto de esa posición, en tanto considero que el juez/a es el director/a del proceso, no un empoderado prevalido de poder que deba buscar demostrar los hechos a cualquier precio, por lo cual se le exige acudir a la ponderación, raciocinio, estrategias, planeación, lingüística, etc.

Además, considero que debe hacerse la diferenciación en el tipo de acción de filiación en la cual la sería idóneo y legitimo imponer de manera forzosa la realización de la prueba de ADN. Quesada (2018) propone que en casos de impugnación de la paternidad sería procedente ese cambio legislativo. Yo no estoy de acuerdo con ello, pues en los procesos de

impugnación de la paternidad, hay que analizarse la existencia o no la filiación vivida, a la que me he referido en el aparte 6.2 de este trabajo. Si decimos a raja tabla en todos los procesos de impugnación de la paternidad, las partes forzosamente deben someterse a la ADN, concentramos el proceso en la prueba biológica y olvidamos que por tratarse de una acción que toca las fibras de la familia, el agente del Estado debe tener la diligencia reforzada para determinar si en ese asunto debe buscarse la verdad biológica o si debe privilegiarse la filiación vivida.

Me apoyo para hacer dicha afirmación, en la sentencia de tutela del 21 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez[379], de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en la que señaló que si el menor de edad cuenta con un núcleo familiar ya definido que lo protege, asiste, educa, le da afecto y le brinda el sostén necesario para su formación y desempeño en sociedad, a las autoridades públicas no les está permitido irrumpir en la tranquilidad de aquel grupo, ni descomponerlo o fracturar su unidad, con el trámite del proceso de impugnación de la paternidad encausado por quien alega ser el progenitor[380].

Hecha esa aclaración, paso a las acciones de investigación o reclamación de la paternidad, en la que considero que podría pensarse que es viable someter a las partes, aun de manera forzosa, a la realización de la prueba de ADN, en tanto se hace urgente definir la filiación paterna, de la que ha carecido el hijo/a y de la que se desprende el restablecimiento de los derechos a la identidad, desarrollo familiar, conocer a la familia, amor y unión familiar; pero, soy de las que opina que con el uso de las facultades de instrucción, orientación y corrección, es posible la recolección de los elementos que se requieran para decidir y la determinación de las medidas efectivas para resolver el asunto de fondo. Como hemos visto en precedente, las variables que se pueden generar en las acciones de filiación se dan justamente por la complejidad de las relaciones familiares y personales de las que se deriva

[379] Rad. 25000-22-13-000-218-00310-01.

[380] En la mencionada sentencia, la CJS se pronuncia dentro de la acción de tutela interpuesta por una adolescente en contra de un juzgado que conocía la demanda de impugnación formulada por el presunto padre biológico de la joven; trámite en el que la adolescente pedía el amparo de sus derechos fundamentales, alegando que el juzgado accionado la estaba obligando a practicarse la prueba de ADN y que no era su deseo someterse a dicha prueba y menos saber si el demandante en ese proceso era su progenitor, en tanto, desde su nacimiento tenía establecida plenamente su familia. Es decir, la joven pedía que se dejaran intactos los lazos filiales consolidados con la única persona que respecto suyo, se comportó como un padre y con ello impedir la invasión indebida a su fuero interno intimidad, porque era el deseo de la adolescente conservar sus apellidos y el núcleo familiar que ha tenido desde su nacimiento.

la concepción y las circunstancias que desatan que la determinación de la filiación se haga desde los estrados judiciales, de allí que sea necesario revisar caso a caso, la legitimidad, caducidad e interés de cada una de las partes, para decidir conforme al asunto, cumpliendo los deberes y propósitos para los cuales se ha designado los agentes de estado en este tipo de procesos.

Conclusiones.

En los sistemas jurídicos colombiano y español, ante la falta de la realización de la prueba científica y la renuencia del demandado, el juez/a puede dictar sentencia de paternidad, siempre que haya acudido a otros medios de prueba que le sirvan de soporte para fundamentar su decisión. (Gallo, 2015, p. 169).

En su virtud, y dada la fiabilidad actual de la prueba biológica para establecer la relación de filiación, quien se niega a su práctica deja a quien la solicita en situación de desventaja procesal. No siendo posible, por respeto al derecho fundamental a la integridad física y moral, violentar la voluntad contraria a la práctica, tampoco ésta equivale a una *fista confessio*, pero puesta en relación con otros hechos e indicios de los que puede inferirse la filiación, puede fundamentar la declaración de ésta aun a falta de una prueba directa que la determine (Barber, 2013, p. 226).

No dar relevancia a la negativa a someterse a las pruebas biológicas en un proceso de investigación de la filiación supondría dejar indefensa a la parte que las propuso y vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva, beneficiando al litigante de mala fe.

Ni en Colombia, ni en España se ha dispuesto la obligatoriedad de la prueba de ADN, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a precisar como idóneo y legítimo que el legislador establezca que las partes deban someterse a la prueba de ADN, aun de manera forzosa; postura de la que me aparto, ya que como lo traté de sintetizar al inicio de este aparte, son varios los caminos que tiene el juez/a frente a la renuencia someterse a la prueba de ADN, por lo cual creo que más allá de hacer obligatorio el sometimiento de la prueba, hay que

concientizar a los agente de Estado de las facultades conferidas por la ley para tramitar y decidir la acción de filiación.

Lo anterior, por cuanto, en las acciones de investigación o reclamación de la paternidad, podría pensarse que es viable someter a las partes, aun de manera forzosa, a la realización de la prueba de ADN, en tanto se hace urgente definir la filiación paterna, de la que ha carecido el hijo/a y de la que se desprende el restablecimiento de los derechos a la identidad, desarrollo familiar, conocer a la familia, amor y unión familiar; pero, soy de las que opina que con el uso de las facultades de instrucción, orientación y corrección, es posible la recolección de los elementos que se requieran para decidir y la determinación de las medidas efectivas para resolver el asunto de fondo.

Capitulo V. Diligencia reforzada de los agentes del Estado en la Acción de Filiación

Como ya lo vimos en el primer capítulo, son varios los derechos comprometidos en la acción de filiación que va más allá de la modificación del estado civil de las personas, pues si no se han definido los vínculos filiales, corresponde al Estado realizarlo, a través de la acción de filiación, en esa medida hay una obligación e interés del Estado en la salvaguarda de esos derechos, que se ve reflejada en la adopción de los postulados constituciones dispuestos en el artículo 14, 16 y 42 de la Carta Nacional que orienta la labor del poder público[381].

Para Ales Uría (2012) existe una tendencia a respetar, con intensidad y extensión creciente, el derecho e interés de las personas a saber y conocer quiénes son sus progenitores, “las consideraciones que ha forjado la manera preponderante en los tribunales es que la ocultación de la verdad biológica y la consiguiente consagración del vínculo legales carentes de sustrato, es contrario al mejor interés del niño” (p. 382).

Esa tendencia puede ser el resultado del propósito de los Estados de fortalecer a la familia, de servir al bienestar de la familia, velar por su integridad, exigir a los padres el cumplimiento de sus obligaciones, para cooperar con la familia en la supervivencia y formación, pues de la

[381] Como acertadamente lo expresa la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, "...la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad".

familia depende la proyección del Estado, entendiendo que en la familia se construye la vida y se forma a los hombres y mujeres, quienes serán los que dirigirán al Estado, por eso el éxito o fracaso gubernamental depende de qué tanto se haya contribuido en el bienestar de la familia (CC. T278/1994 de 15 de junio). En la actualidad, la familia sigue siendo el núcleo de la sociedad, conforme al art. 5 de la Carta Nacional Colombiana, que establece que 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.

El deber estatal de realizar los derechos fundamentales y servir al bienestar de la familia, se torna en vinculante para las autoridades públicas, en las que como sujetos obligados no pueden sustraerse de ese amparo, pues su labor se considera indispensable para alcanzar los propósitos constitucionales, so pena de asumir sus consecuencias desfavorables.

En ese contexto se tiene que la acciones de filiación, "el posibilitar la investigación de la paternidad se sitúa en la línea de protección integral que los poderes públicos aseguran a los hijos cualquiera que sea su filiación" (Soler, 2002, p. 7.), por lo cual en ese trámite la función que se le asigna al Estado también es de carácter imperativo, a fin de que hacer efectiva la igualdad y la libertad de la investigación de la paternidad que está prevista para favorecer los derechos del hijo/a y la integración con su familia, por lo cual la acción dispuesta en el artículo 386 del CGP no es una norma de mera competencia, ni tampoco de mera atribución o discrecionalidad, sino que es un deber ineludible para conseguir el resultado de determinar la filiación y la integración de los miembros de la familia[382].

Entonces, a más de las normas de orden públicos del estado civil de las personas, nombre y nacionalidad, la obligación del Estado se amplía al bienestar el hijo/a, a quien debe garantizársele conocer su orígenes, postura que está ligada a la misma concepción por naturaleza, de la cual se denota que "no puede existir un ser humano sin padre o madre, el derecho para trabar entre dos personas concretas la relación de filiación, plena de pretensiones recíprocas, ha de exigir determinados presupuestos que, de fallar hacen imposible el establecimiento de vínculos de parentesco, y entrañan, como consecuencia, que no es para el derecho un absurdo la existencia de un ser humano sin padre" (Ales, 2012, p.

[382] El juez/a debe procurar lograr la representación de los hechos jurídicamente relevantes, a fin de lograr una debida dialéctica dentro del proceso; pues es deber del juez/a, según el artículo 42 del CGP, dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar medidas que impidan su dilación, y en últimas, tomar una decisión que resuelva el caso concreto.

40).

En este contexto, la tarea de preservar y enaltecer los vínculos familiares ha de aparecer a la conciencia colectiva como un imperativo de la mayor trascendencia y más para las entidades comprometidas en la protección de la familia, para contribuir en el desarrollo integral del hijo/a y la generación de nuevas solidaridades y de cambio social.

Ante ello, el debido proceso en las acciones de filiación no solo se enmarcan dentro de las potestades a la partes dadas por el derecho al debido proceso tradicional, de defensa y contradicción, sino también el derecho a que se defina la identidad, a la cual en muchos casos solo puede arribarse a través de la proactividad de los agentes del Estado que interviniente en el uso de las potestades como instrumentos para llegar al propósito de la filiación, o para procurar obtener de quien corresponda una conducta que conlleve a reivindicar el derecho a la conocer a la familia[383].

Para hacer efectiva la intervención de los agentes del Estado en la protección integral de los miembros de la familia, considero que debe haber diligencia reforzada de cada uno de ellos en las acciones de filiación, ya sea como juez/a, procurador/a, defensor/a de familia, comisario/a de familia, defensor/a público, etc. Para probar lo dicho, a continuación, esbozaré los agentes del Estado que intervienen en los procesos; el protagonismo del juez/a; juez/a director/a del proceso, sus poderes y la superación de incidencias en las acciones de filiación a partir de la intervención diligente de los agentes del Estado. Sobre todo me enfocaré en Colombia, pues considero que el sistema jurídico de mi país, está dado para que a partir de la intervención del Estado se logré la protección integral de los miembros de la familia, en los estrados judiciales; poco me referiré a España, en atención a que encuentro que su sistema jurídico, para las acciones de filiación, es dispositivo, es decir, pende de la actuación e iniciativa procesal de las partes en litigio.

1. Agentes del Estado que intervienen en los procesos de filiación.

[383] Para la acción de filiación, el juez/a debe tener esmero en (i) la necesidad de contar con la prueba genética de ADN, (ii) con el papel del juez/a para su consecución, y (iii) tomar decisiones frente la ausencia que de la prueba de ADN, pues su misión no se agota con el decreto de la prueba de ADN, sino que se fortalece con miras a recoger los medios de pruebas que sean pertinentes y conducentes para decidir (CC T997/2003 de 24 octubre).

- Para el trámite y decisión de las acciones de filiación, en la rama judicial se ha dispuesto de los siguientes agentes del Estado: los jueces/zas de Familia y Promiscuos de Familia, que conocen del proceso de filiación en primera instancia; magistrados/as de la Sala Familia, Civil-Familia, Mixta, o Civil-Familia y Laboral de los Tribunales Superiores de los Distrito Judiciales, quienes conocen de las apelaciones de las decisiones proferidas en primera instancia; y los/as magistrados/as de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quienes resuelven el recurso de casación en contra de las decisiones de filiación, por ser un asunto que involucra el estado civil de las personas. En todos los despachos judiciales, encontramos los empleados/as judiciales, servidores/as que apoyan, sustancian y hacen labores de secretaria. Considero que todos los agentes del Estado que intervienen en el proceso de filiación son llamados a actuar con diligencia reforzada para que los designios del ordenamiento jurídico se materialicen en la acción de filiación.

- El Ministerio Público. Conforme al art. 118 de la constitución colombiana, el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los Procuradores Delegados y los Agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los Personeros Municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

Por su parte el art. 95 CIA, dispone que el Ministerio Público está integrado por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, y las Personerías Distritales y municipales, y tendrán a su cargo, las siguientes funciones:

1. Promover, divulgar, proteger y defender los Derechos Humanos de la infancia en las instituciones públicas y privadas con énfasis en el carácter prevalente de sus derechos, de su interés superior y sus mecanismos de protección frente a amenazas y vulneraciones.

2. Promover el conocimiento y la formación de los niños, las niñas y los adolescentes para el ejercicio responsable de sus derechos.

3. Tramitar de oficio o por solicitud de cualquier persona, las peticiones y quejas relacionadas con amenazas o vulneraciones de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y su

contexto familiar, y abogar en forma oportuna, inmediata e informal, porque la solución sea eficaz y tenga en cuenta su interés superior y la prevalencia de los derechos.

4. Hacer las observaciones y recomendaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Concretamente en las acciones de filiación, pueden intervenir ante los Jueces/zas de Familia los Procuradores/as Judiciales de Infancia, Adolescencia y Familia y los Personeros/as Municipales, en los lugares donde no haya Procuradores de Familia.

Al Procurador/a Judicial de Infancia, Adolescencia y Familia, por mandato del art. 118 y num. 7 del art. 277 de la Carta Nacional, le corresponde intervenir en los procesos judiciales, en nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar y cuando sea necesario en defensa de los derechos fundamentales[384]. El CGP pone de manifiesto que las funciones del/a procurador/a judicial son amplias, en la medida que puede conceptuar, solicitar pruebas, presentar recursos, alegatos de conclusión y cualquier intervención en nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar (art. 46 CGP). Iguales funciones correspondería a los personeros/as municipales, en los lugares donde no haya procuradores de familia.

Encuentro que en España, el Ministerio Público de Colombia tendría como homólogo la institución denominada Ministerio Fiscal, entidad de la que el art. 749 LEC anota que, entre otros, en los procesos de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes, en los que velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.

Goñi (2018) considera que “es un avance en la articulación de los agentes del Estado que intervienen en la acción de impugnación, la aprobación judicial con la audiencia del Ministerio Fiscal, señalar que este tiene la función de interés en los procesos cuando puedan afectar a personas menores de edad (Art. 3.7 ley 50/1981, 30 diciembre, por lo que se regula el

[384] El art. 95 CIA establece que “los procuradores judiciales de familia obrarán en todos los procesos judiciales y administrativos, en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y podrán impugnar las decisiones que se adopten”.

Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). De forma que la decisión del Ministerio Fiscal se verá muy determinada, no por una posible realidad biológica (que desconoce) si no por el posible interés del hijo/a. Así, como señala Pozo Vilches, puede ocurrir que un reconocimiento falso llegue a ser eficaz por estimarlo conveniente para el menor (sic), y en cambio, un reconocimiento verdadero devenga ineficaz por no ser conveniente al hijo". (p. 6).

Estoy de acuerdo con Goñi (2018) y de hecho considero que darle ese lugar al Ministerio Fiscal en las acciones de filiación, puede ser un inicio para que en España se analice la necesidad de que varíe el sistema dispositivo, a uno que permita mayor intervención de los agentes del Estado, en pro de la protección integral a la familia, al fortalecimiento familiar y al restablecimiento de los derechos del hijo/a a la identidad, tener una familia y no ser separado de ella.

- El Defensor/a de Familia o Comisario/a de Familia, son funcionarios/as públicos/as que con fundamento en el artículo 82, 86 y 109 del Código de Infancia y Adolescencia, tienen la función de realizar reconocimientos voluntarios, representar a las niñas, niños y adolescentes, ante autoridades administrativas o judiciales y restablecerles sus derechos, en el marco del PARD. Estos son deberes asignados para la materialización de claros mandatos de estirpe constitucional y legal que le imponen, con lo cual se le está garantizando a cada niño, niña y adolescente, con la venia de su acudiente o no, contar con un abogado/a especialista en sus derechos que lo asiste en acciones judiciales y extrajudiciales, así como propender porque su entorno este rodeado, cuando menos, de las mínimas garantías con las que toda persona debe contar.

En esa medida, si el defensor/a de familia, en la verificación de derechos que hace su equipo interdisciplinario (art. 52 del CIA) tuviese conocimiento de la existencia de un niño, niña o adolescente con padre o madre desconocidos, debe promover la investigación correspondiente, o de impugnación, cuando se requiera restablecer el derecho a la filiación, a tener un nombre, a conocer sus orígenes, identidad y personalidad jurídica.

Sea del caso precisar que el defensor/a de familia puede iniciar la acción de investigación o de impugnación de la paternidad, en la medida que el derecho a la filiación puede estar vulnerado ya sea porque el padre no haya accedido a reconocer voluntariamente al hijo/a o por haberse inscrito en el registro civil a la persona que no guardaba identidad biológica con

el NNA y con quien no desarrolló ningún tipo de vínculo afectivo. Para la acción de impugnación de la paternidad, deberá previamente analizar el interés del hijo/a –principio favor *filii*-

En la sentencia 666001-3110-003-2000-00301-01 2005, encontramos el desarrollo de la Corte Suprema de Justicia sobre la legitimidad del Defensor/a de Familia para iniciar las acciones filiatorias. La CSJ establece que el Defensor/a de Familia tiene legitimación extraordinaria para formular la pretensión de investigación de la paternidad[385], pues por tratarse de menores de edad, las demandas pueden promoverse por conducto del Defensor/a de Familia, por lo cual "resulta así palmario que al actuar en interés del menor <de edad>, como cuando promueve por la ley acciones de la naturaleza de las aquí ejercidas, dirigida a obtener la verdadera filiación del incapaz, ciertamente no requiere aquiescencia alguna, pues tal gestión no corresponde más que al desarrollo natural de sus funciones… <y> a conocer su filiación". Con ello denoto la gran potestad de representación que tiene el Defensor/a o Comisario/a de Familia.

- Ahora bien, también pueden interponer la acción de filiación los Defensores/as Públicos/as que si bien no son funcionarios públicos hacen parte de la Defensoría del Pueblo, institución estatal consagrada en la Constitución Nacional como entidad veedora de los derechos humanos, que entre otros, asigna un abogado/a como defensor/a en caso que los interesados no cuenten con los recursos económicos para costearse de sus propios recursos un profesional del derecho que los defienda.

Según el art. 21 de la Ley 24 de 1992 el Defensor/a Público/a actuará en representación de la parte a quien se otorgue amparo de pobreza; por su parte el artículo 8° de la Ley 941 de 2005 establece que los Defensores/as Públicos/as son abogados que presten el servicio de asistencia y representación judicial en el Sistema Nacional de Defensoría Pública sujetos al ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, a las responsabilidades y sanciones que les impone su condición de servidores públicos o de particulares que cumplen funciones públicas y de sus faltas en el ejercicio de la profesión de abogado conocerán las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales y Superior de la Judicatura en sus respectivas instancias. Los Defensores/as Públicos/as ejercen la defensa técnica,

[385] Ver también de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia número 069 de 14 de julio de 2003, exp. # 6894, sentencia número 098 de 14 de septiembre de 2004, exp.#5433.

idónea y oportuna en los asuntos a ellos asignados, verifican el respeto de los derechos humanos, así como el cumplimiento de las garantías judiciales por parte de las autoridades en los procesos a su cargo.

Por lo anterior, los servidores públicos señalados y los Defensores/as del Pueblo en ejercicio de sus funciones pueden interponer acciones de filiación, ya sea de investigación o impugnación, si se trata de Defensores/as y Comisarios/as de Familia serán esos procesos a favor de menores de edad, mientras que Defensores/as Públicos/as los harán respecto de mayores y menores de edad, a quienes se les haya concedido amparo de pobreza[386].

Para todos los funcionarios y agentes del Estado que interpongan la acción de filiación, no culmina su función con la radicación de la demanda, pues como representante del NNA, deben cumplir los deberes impuestos en el art. 78 del CGP, entre otros, realizar las gestiones y diligencias necesarias para lograr oportunamente la integración del contradictorio, concurrir al despacho cuando sean citados por el juez/a y acatar sus órdenes en las audiencias y diligencias, prestar al juez/a su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, comunicar a su representado/a el día y la hora que el juez/a haya fijado para interrogatorio de parte, reconocimiento de documentos, inspección judicial o exhibición, en general la de cualquier audiencia y el objeto de la misma, y darle a conocer de inmediato la renuncia del poder y citar a los testigos cuya declaración haya sido decretada a instancia suya, por cualquier medio eficaz, y allegar al expediente la prueba de la citación.

El cumplimiento de estas funciones adquiere especial relevancia en el contexto colombiano, pues en los estrados judiciales es frecuente que los Defensores/as Públicos/as o de Familia y Comisarios/as de Familia instauren la acción de filiación en favor de niños, niñas y adolescentes, que han requerido sus servicios a través de sus representantes legales, en su mayoría de escasos recursos, por lo cual la intervención de dichos agentes del Estado se convierte en la forma de acceso a la justicia de los NNA, en tanto por su naturaleza jurídica la acción de filiación no puede instaurarse sin la representación de abogado/a y en los casos en

[386] Conforme al artículo 151 del CGP se concederá el amparo de pobreza a la persona que no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso a título oneroso.

que la familia del NNA no tenga recursos económicos para costear los gastos del proceso, se acude a estas entidades para que su defensa técnica.

Aún más, en lugares de difícil acceso, en donde es casi nula la presencia de profesionales del derecho, se encuentran los Comisarios/as de Familia, pues por mandato del art. 84 del CIA todos los municipios contarán al menos con una Comisaría de Familia según la densidad poblacional, lo cual garantiza que como mínimo en cada ente territorial municipal haya un funcionario/a encargado/a de restablecer los derechos a los integrantes del grupo familiar y tratándose de la filiación de un derecho fundamental[387], si de la verificación de derechos dispuesta en el art. 52 del CIA se encuentra que el NNA no tiene reconocimiento paterno[388], deberá proceder a demandar la investigación en el juzgado de familia de su circuito y en cumplimiento del art. 78 del CGP deberá realizar la diligencia debida para contribuir en la pronta administración de justicia; apoyo fundamental para el juez/a, pues por la división organizacional de los estrados judiciales puede ser que el juzgado de familia no se encuentre ubicado en el municipio de residencia de las partes al que pertenece la Comisaría, en esa medida sería el comisario/a quien tenga la facilidad de realizar las gestiones debidas con el grupo familiar para que conozcan el estado del proceso y de las diligencias a realizar.

Si en Colombia se avizora gran demanda de filiaciones interpuestas por el Defensor/a de Familia, Comisario/a de Familia o Defensor/a Público/a, sobretodo de investigación de paternidad, y que en casi en todos esos procesos, se solicita amparo de pobreza a favor de la madre y su hijo/a demandante, se concluye que a los estrados judiciales, en su mayoría, solicitan la protección del derecho de filiación personas de escasos recursos económicos, que no pueden sufragar los gastos del proceso ni de un/a abogado/a que los represente; es por ello, que en muchos casos, estos procesos no los presenta un/a abogado/a de confianza, sino uno/a asignado por el Estado, que puede ser un Defensor/a de Familia o Comisario/a de Familia; por lo cual la suerte del proceso, está supeditado a las actuaciones de estos/as profesionales/as y del juez/a, a quienes se les impone muchos deberes, tanto en el Derecho Convencional, como en la Constitución Política Colombiana y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, referentes a la diligencia reforzada con la que deben actuar en los asuntos

[387] En sentencia T-584/2008 de 12 de junio, la CC estableció el derecho fundamental innominado a la filiación.
[388] Por disposición del art. 109 del CIA puede citar a la diligencia de reconocimiento voluntario, aunque se anota que no es requisito de procedibilidad para la acción de investigación de la paternidad.

donde intervengan niñas, niños y adolescentes, que implica un especial cuidado y dedicación al momento de desarrollar cada etapa del proceso de filiación y de gestionar lo correspondiente para proteger y garantizar la tutela de los derechos del hijo/a, en tanto:

> "La jurisprudencia constitucional ha determinado que la institución familiar ha sido considerada siempre como la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre, de manera que tanto el Estado como la sociedad se encuentran en la obligación de servir a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación, objetivos de los que depende en gran medida la estable y armónica convivencia en el seno de la sociedad. Asimismo, se ha concebido a la familia como un presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, debido a que toda la comunidad se beneficia de sus virtudes, así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma" [389] (CC. T071/2016 de 19 febrero).

Aun mas, en sentencia C-371/1994, la CC estableció que "la familia, ámbito natural y propicio para el desarrollo del ser humano, merece la protección especial y la atención prioritaria del Estado, en cuanto de su adecuada organización depende en gran medida la estable y armónica convivencia en el seno de la sociedad. Es la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen".

- Por último, no sobra precisar la importancia de los Funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia, entidad pública que en la mayoría de los casos de filiación es la encargada de realizar el dictamen de ADN.

---

[389] Y se agrega que "tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la jurisprudencia nacional reconocen la importancia de la familia en la estructura social y el deber de protección a la misma. De esta manera, en el plano internacional, se tiene que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 11, 17 y 19), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos7, 10 y 11) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 17, 23 y 24), establecen que es una obligación de los Estados parte conceder la más amplia protección y asistencia posible a la familia, así como adoptar las medidas que aseguren la igualdad y la protección de los hijos" (CC. T071/2016 de 19 febrero).

Por regla general los procesos de investigación de paternidad que se ventilan en los juzgados colombianos, se ordena la prueba de ADN dentro del convenio interadministrativo entre el ICBF y el INML, que desde el 2004 tiene con el objeto de aunar esfuerzos del ICBF y del INML en la ejecución del proyecto de adecuación tecnológica, capacidad humana y física del laboratorio del INML para adelantar estudios de filiación, en los casos que se ha solicitado amparo de pobreza. Según el acuerdo No. PSAA07-4024 de abril 24 de 2007 "por medio del cual se regula la solicitud de la prueba del ADN en los procesos de Filiación" faculta a que sea al juez/a cite a los interesados, señalando fecha, hora y lugar para la práctica de los exámenes conforme al cronograma elaborado por los laboratorios de genética contratados por el ICBF para la toma de muestras.

En razón a ello, sobre el valor de su aporte en los procesos de filiación, la CC se pronunció en sentencia C-808 de 2002, señalando que por la relevancia de obtener la prueba directa y para evitar dilaciones del trámite, el juez/a incluso puede imponer sanciones en caso que se incumpla los deberes de perito o por negligencia.

Vistos los agentes del Estado con intervención en las acciones de filiación y como propongo que se legisle sobre una etapa adicional del proceso para el fortalecimiento familiar, considero que deberían participar otros agentes del Estado, profesionales en psicología y trabajado social, y el sector salud, para que se encarguen de formular estrategias de co-crear lazos familiares, conforme lo recomienden las ciencias sociales[390] y se haga seguimiento sobre la manera cómo el nuevo miembro de la familia se integra a la misma y de la interiorización de la decisión del juez/a. Consciente que lo más importantes es que el nuevo núcleo familiar participe en esta etapa, lo óptimo sería una intervención conjunta, pero si no es posible, al menos sería conveniente realizar intervención individual con la madre, padre e hijo/a, en búsqueda de sensibilizar sobre la importancia de garantizar la estabilidad emocional, apoyo y apego al hijo/a y de generar una red protectora familiar. Todo ello, en cumplimiento del deber del Estado de proteger integralmente a la familia (art. 42 de la Constitución Política).

[390] Ver RODRÍGUEZ VELA, David. la Guía para Programas De Desarrollo Familiar, Lineamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 2015. Del mismo autor ver el texto "Reconciliación Familiar" (2017). Consultar también, el modelo de "Aprendizaje Familiar y Comunitario ICBF, un referente para querer, saber y poder co-crear". Lineamiento Técnico para la Inclusión y Atención de Familias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 2017.

2. Juez/a director/a del proceso de filiación.

A finales del siglo XX surge la tendencia a reconocer el protagonismo de la judicatura para alcanzar la justicia social, al denotarse la aplicación directa que puede hacer el/a juez/a de la Constitución Política para proteger los derechos fundamentales y alcanzar los fines del Estado; labor transformadora de realidades que inició en Colombia, la Corte Constitucional y que enseñó a los jueces/zas que el ordenamiento jurídico ha generado las condiciones para que no solo en acciones constitucionales se proteja y garantice a los derechos fundamentales, sino en cualquier escenario judicial[391].

Con ello, las garantías constitucionales no solo se aplican a las acciones contempladas en la Carta Nacional, sino en todos los procesos judiciales, como lo son las acciones de filiación, pues el debate de las partes trasciende de los derechos subjetivos dispuestos en el Código Civil a los derechos fundamentales, ligados a la dignidad humana.

En las acciones de filiación, para interpretar la ley procesal, el juez/a deberá tener en cuenta que su objeto es determinar quién es la verdadera madre o padre de una persona y la efectividad de los derechos a la identidad y el derecho a tener una familia y no se separado de ella. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas y los conflictos de intereses que se presenten, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y los derechos constitucionales fundamentales, de allí que el trabajo que realice el juez/a será sobre un escenario constitucional.

En ese trasegar, dentro de las acciones de filiación el juez/a de familia también se va a encontrar con vacíos y deficiencias de las disposiciones legales, en tanto el Código Civil colombiano, que data de 1887[392] y ha sufrido una serie de modificaciones para ajustarlo al amparo dado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención de Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos y Constitución de 1991, acoplamiento que aún no termina, por lo cual se van a encontrar deficiencias en la ley que regula la acción de filiación en Colombia, en su legitimidad y términos de caducidad. De otra

[391] En ese sendero, “el protagonismo de los circuitos judiciales se considera así, en todo caso, como una tendencia general o común de los sistemas constitucionales a comienzos del siglo XXI… esfera judicial tiende a consolidarse adicionalmente en paralelo al relativo desprestigio que viene afectando a la esfera políticorepresentativa, debido tanto a la reiteración de fenómenos de corrupción como a la emergencia de dinámicas populistas” (Porras, 2018, p. 11).

[392] Con una marcada tendencia del código de Napoleón.

parte, “las leyes trazadas por el parlamento no abarcan la complejidad de algunas situaciones que el juez/a debe resolver, pues el legislador puede prever todos los casos venideros, con lo cual el poder judicial adquiere un papel cada vez más predominante en la resolución del conflicto” (Real Alcalá, 2017, p. 28).

Reconociendo que la estructura, historia, necesidades y factores de riesgos son diversos en cada grupo familiares, el juez/a de familia encontrará un universo de intereses en cada asunto de filiación, que hacen que su protagonismo sea genuino en la dirección que deba darle a cada caso, pues la dinámica conductual exige que el juez/a desarrolle una serie de habilidades, a la luz de las circunstancias, para tomar la decisión que en justicia corresponda.

La variedad de intereses de los involucrados en la acción de filiación se atempera en los requisitos de legitimidad, interés actual para demandar, la operancia de la caducidad, el ejercicio de acciones en casos en los que el juez/a ya ha emitido sentencia, el rechazo a asumir el rol familiar impuesto por el juez/a etc., que convierten algunos casos en realmente complejos, frente a los cuales el juez/a no puede omitir su decisión, ni declarar sentencia inhibitoria, pues el juez/a tienen el “deber de resolver”, tal como lo plantea Endicott (2007) quien además establece que la capacidad y la responsabilidad de los jueces/zas para imponer una resolución es la mayor fuente de su legitimidad.

Frente a esas vicisitudes, vale la pena el esfuerzo del juez/a por dilucidar el panorama y determinar si debe privilegiarse la filiación biológica o vivida, en tanto ello contribuye a la justicia social, pues con su ardua labor, acerca los conceptos de derecho y justicia e irriga los contenidos legales a las disposiciones constitucionales que rodean la acción de filiación, sin dejarse sugestionar real o aparentemente por factores ilegítimos ajenos al Derecho mismo[393].

Este deber está contemplado en el art. 228 de la C.Pol, art. 5 de la LEAJ y el art. 2 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, que disponen la independencia del juez/a y que la

[393] Con lo dicho, se resalta la propuesta de Hart, quien establece que depende del comportamiento de los poderes públicos que a partir del derecho se genere justicia, postura que va de la mano con la disposición contemplada en el artículo 2 de la C.Pol., que le apuesta en gran medida la realización de los principios constitucionales a la labor de los agentes del Estado. Dentro de este grupo de funcionarios públicos encargados de servir a la comunidad, tenemos que Dorwkin, se refiere a los jueces/zas y magistrados/as y demanda por la independencia del órgano jurisdiccional y que las decisiones que se tomen desde ese marco sean amparadas en la constitucional para lograr que el derecho se encamine hacia la justicia.

decisión justa emana desde el Derecho vigente, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ilegítimos ajenos al Derecho mismo.

De otra parte, en las acciones de filiación cobra real importancia la imparcialidad del juez/a, en tanto su decisión debe ser tomada con objetividad y con fundamento en la prueba de los hechos y no desde estereotipos o imaginarios sociales. Se hace esta referencia, en atención a que el derecho de familia tiene sus inicios en normas discriminatorias que institucionalizaron desigualdades que hoy pretende la Constitución y el Derecho Convencional proscribir, pero que la tradición jurídica y la sociedad en su momento aceptó, de lo cual aún quedan rezagos que pueden sugestionar el trámite de la acción de filiación.

En el capítulo primero se analizó la manera en la que el Código de Napoleón dispuso la prohibición de a la investigación de la paternidad, dejando en manos de progenitor la libertad de reconocer o no al hijo/a, además estableció diferencias injustificadas entre los hijo/as dependiendo de su origen y otorgó protección solo a las familias constituidas a partir del matrimonio.

El juez/a, como persona, no pudo crecer hermético a esa discriminación cultural, religiosa y legal, muy seguramente se le inculcaron algunas de esas reglas que recientemente el ordenamiento jurídico pretende erradicar y como para ese cambio social se necesita del juez/a, Gustavo Zakrevsky enfoca que cuando el juez/a toma una decisión debe hacerlo alejado de sus creencias personales y estereotipos, pues en esos escenarios su creencia es la Constitución y la ley.

Según Orjuela (2017) “los estereotipos son aprendidos y reforzados en la familia, la escuela, el trabajo y demás ámbitos en donde nos desenvolvemos y sirven para perpetuar la subordinación… la práctica judicial no es ajena a la reproducción de los estereotipos que se construyen en nuestra sociedad… los operadores judiciales, como todas las personas, pueden traer consigo ciertos preconceptos… <lo cual> puede llegar a desconocer derechos fundamentales, por tal motivo los funcionarios judiciales no deben basarse en estereotipos, pues estos últimos constituyen la base de múltiples formas de discriminación y violencia” (p. 11 y 12).

Ante el riesgo que desde los estrados judiciales se perpetúen situaciones de discriminación y violencia, para Nisimblat (p. 133, 2013) “bajo el imperio del principio de la independencia, el juez deberá acatar exclusivamente la Constitución y la interpretación que de ella hace la Corte Constitucional, la ley y la interpretación que de ella hace la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia”. Con ello, el juez/a en sus decisiones es ajeno a otros factores ilegítimos por fuera del ordenamiento jurídico, que en algunos casos, corresponden a motivaciones que impiden cambios sociales, tales como la discriminación, la negación a la redistribución de las riquezas, el tráfico de influencias, la burocracia y en si, la corrupción.

Entonces la responsabilidad que asumen el juez/a en la acción de filiación para lograr ese cambio social es imperativa, pues en los términos de Robert Alexy nos encontramos un momento histórico de status activo procesal[394], es decir, de reconocimiento constitucional de los derechos, como anteriores a la conformación de los poderes del Estado y que son conferidos por el pueblo, o poder constituyente. Con ello, los postulados constitucionales se anteponen por encima del mismo Estado, con el consecuente efecto de que las autoridades sean instituidas para servir a la sociedad y garantizar esos derechos[395], de allí que el juez/a que conoce de la acción de filiación deba servir a la familia, para resolver los litigios que no pudieron resolver los parientes, en el ámbito privado del hogar.

Esa imparcialidad y sentido de justicia social lo llevará al juez/a a preocuparse por la integración familiar en la acción de filiación, a apoyar desde la dirección y con los expertos para ello, en el sentir psíquico y psicológico del nuevo grupo familiar, privilegiando la humanidad en los sentimientos y emociones de cada interlocutor, para que ocupen el espacio en la familia que el juez/a ha dispuesto en su sentencia, en tanto los sentimientos maternales y paternales no necesariamente pueden generarse como un don natural; por el contrario, se podrían aprenden en el entorno psicológico, social y cultural y corresponde al juez/a apoyar ese proceso.

---

[394] Respecto de la teoría de los status de Geog Jellinek, quien describe el panorama evolutivo entre el Estado y el individuo, comenzando por el status pasivo, en el que el individuo era un objeto del Estado. Status negativo, en el que surgen las libertades como esferas que el Estado no puede sobrepasar; status positivos, donde se reconoce el derecho a reclamar los derechos; status activo, donde el individuo puede participar en la conformación de los órganos de poder. Rober Alexy agregó el quinto estado, en su libro la Teoría de los Derechos Fundamentales (1992), para connotar el cambio que se genera con la validez normativa de la constitución respecto de la relación estado-individuo con el derecho constitucional.

[395] Duque Sandoval, Oscar. Concepciones del derecho y discrecionalidad judicial. Criterio Jurídico Santiago de Cali. Julio 10 de 2007.

3. Aplicación de los principios constitucionales para trámite y decisión de la acción de filiación.

Una de las mayores virtudes de la Carta Nacional de 1991 fue la exigencia de un nuevo/a juez/a, con un espíritu audaz, imaginativo y con gran sensibilidad humana, no un simple productor de fallos o de autos de desistimiento tácito, sino con una capacidad argumentativa que tenga a la justicia como un valor social.

En esa exigencia, está inmerso el juez/a de familia, a quien acuden los miembros de familia en contra de sus parientes, lo cual hace más difícil el litigio porque se confrontan seres que por la dinámica de la vida, comparten o compartieron sentimientos de amor, solidaridad e intimidad, pero que por diversas circunstancias no pudieron autocomponer un conflicto. En la acción de filiación acontece algo similar, v.gr. en la acción de impugnación de paternidad, se confronta el padre con su hijo/a, situación que de por si llama la atención al notarse un conflicto de gran magnitud al interior de la familia. De esos grupos familiares se deberá ocupar el juez/a, con un tacto y sensibilidad inevitable para abordar estas problemáticas.

Si la obligación del Estado es de reconocer, promover y proteger todas las formas de organización familiar que existen en el país y prodigar protección especial a sus integrantes, incluyendo los hijos/as habidos dentro o fuera del matrimonio, necesariamente esa obligación va a decaer también en el juez/a de familia, que como agente del Estado le corresponde reenvidar y restablecer los derechos que se hayan vulnerado o amenazado; pero no lo puede hacer de cualquier forma, como un robot que reproduce lo dicho por la ley, sino en el contexto de cada familia y más allá de las ritualidad, en tanto, en los estrados judiciales se aforarán los sentimientos, emociones y expresiones familiares que contribuirán a reconocer el verdadero conflicto familiar, sobre el que deberá pronunciarse el funcionario/a judicial para contribuir a la paz y unión familiar.

Esa así que por ejemplo para proteger la filiación sociológica, sobre la filiación biológica, el juez/a debe reconocer las relaciones al interior del hogar, la problemática que verdaderamente haya surgido en la familia, las circunstancias en las que se encuentra el individuo que impugna y los intereses de los demás, en tanto, la ley no puede ser impuesta de espaldas al contexto de esa situación, de las condiciones especiales de la vida y las

relaciones de afecto del grupo familiar, por cuanto, los postulados principialisticos y herramientas constitucionales buscan el bienestar y felicidad del ser humano y su familia[396].

Por ello el juez/a de familia debe ser un humanista que en la acción de filiación discierna el análisis de los fenómenos sociales y las relaciones humanas, con una amplia conciencia sobre el mundo y sobre el hombre y la mujer, con mente aguda, alérgico al facilísimo y sensible ante la condición humana, que reconozca que en muchos casos de filiación los silogismos, los estrictos términos de legitimidad y caducidad no enseñan acerca de la ira, los celos, el amor, el odio, la venganza o la ambición (Nanclares, 2012, p. 31), siendo por esa razón que su conocimiento racional debe estar basado en la realidad y en la condición humana[397].

Esta concepción sería llamada por Tejeiro (2017) flexibilidad legal o elasticidad "entendida como la posibilidad de manejar el proceso sin encuadramientos ni fórmulas férreas, sin artículo, ni incisos que determinen en detalle cada paso, en la medida en que la actividad debe ser regulada más por el sentido común, el debido proceso, la razonabilidad y la proporcionalidad, sin que se pase por alto, eso sí, que algunas reglas mínimas son necesarias" (p. 34). Esta concepción estaría amparada por el art. 228 de la Constitución colombina que establece que la Administración de Justicia es función pública, sus decisiones son independientes, las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.

El verdadero aporte del juez/a de familia en las acciones de filiación sería el fallar reconociendo que los seres humanos en contraposición son por lo general parientes o personas cercanas, que han crecido y desarrollado sus aspiraciones a merced del otro y que por odios, traiciones, ambiciones o desavenencias, exponen sus diferencias ante los estrados judiciales, llevando para ello testigos que incluso hacen parte de la misma familia o que conocen de primera mano las intimidades del hogar, con el propósito de convencer al juez/a acerca de la paternidad o no que se discute.

---

[396] Preámbulo y Art.25 de la Declaración Universal De Derechos Humanos.

[397] Al respecto, para Dworkin "el nuevo modelo exige un juez/a realista, que recurre a los criterios económicos, políticos y sociales para decidir en un sistema abierto, dinámico y cambiante" (Naclares, 2012, p. 138).

De allí que el juez/a, por ejemplo, luego de la acreditación de la paternidad en un proceso de investigación de paternidad, debería interesarse en las relaciones familiares, pues no puede colocarse una venda para dejar de percibir las desavenencias en la asunción de un rol familiar impuesto por su sentencia, pues lo que verdaderamente importa no es solo la corrección del registro civil sino el procurar que de ese nuevo vínculo surja el amor, cuidado y protección que se debe prodigar en la familia.

Para ello el juez/a debe sentirse libre de los métodos insuficientes para determinar la filiación de una persona, para buscar soluciones frente a la falta de determinación de la paternidad o ante la pugna entre la filiación biológica y vivida, pues si bien el propósito del juez/a es resolver un conflicto, no por ello renuncia a la verdad, más en los procesos de filiación en donde debe determinar quién debe tenerse como verdadero padre o madre de una persona, para lo cual debe armarse con las mejores herramientas conceptuales, para consolidar su labor de creador de derecho, impulsador y dinamizador de las relaciones familiares y transformador de orden social (Naclares 2012. p. 71).

Como primera medida, si se busca humanizar el derecho, lo primero que debe atacarse son los obstáculos en el acceso a las formas legítimas de resolución de los conflictos y la tardanza en el reconocimiento de los derechos, pues esas cuestiones generan violencia e inequidad. Pensemos por ejemplo en un proceso de filiación que se decide favorablemente las pretensiones luego de 15 años de haberse interpuesto[398], la verdad es que esa decisión judicial difícilmente va a cumplir los propósitos de restablecimiento de los derechos que se establecían en el capítulo primero, pues el hijo/a creció sin conocer su verdadero origen y, puede ser que hasta haya crecido sin el amor y cuidado de su padre, con lo cual la decisión del juez/a no tendría el efecto que se le encomendó con el derecho innominado de filiación, identidad y personalidad. Esas cuestiones debe reflexionarlas el juez/a, pues de no hacerlo, su labor se alejaría del deber de dignificar el derecho[399].

---

[398] Si bien el art. 121 del CGP dispone que la duración del proceso será de un año, téngase en cuenta que la norma solo entró en vigencia en el 2012 (art. 627 CGP), por lo cual existen muchos asuntos en los que la decisión ha tardado décadas.

[399] Para echar un vistazo al derecho comparado, encontramos “el precedente de Mikulik c. Croacia, de 7 de febrero de 2002, versó sobre la alegada violación del art. 8 CEDH por parte del Estado de Croacia en contra de la demandante, Sra. Mikulik ante la demora en resolver su acción de reclamación de la paternidad. La demandante era hija no matrimonial y llevaba más de cuatro año, al momento de decidir el TEDH, transitando los tribunales en procura de una sentencia que declarase cuál era la verdad sobre su vínculo paterno filial….El

Al respecto en la sentencia Silvestre c. Austria del 24 de abril de 2003, el TEDH ha dicho que "era fundamental actuar con celeridad para obviar interrupciones prolongadas en la vida de relación del hijo con los progenitores" (Ales, 2012, p. 71).

El juez/a debe concienciarse de que se le ha puesto a disposición un asunto que no se pudo superar por autocomposición entre las partes, por lo que le corresponde resolver para cesar esa controversia y si dilata en el tiempo su decisión, o no asume el propósito de una resolución pronta, además de que el conflicto persistirá, el juez/a incumple su deber ético y humano de cimentar el cambio social hacia la paz y convivencia pacífica[400].

Como segundo lugar, el juez/a de familia debe hacer uso de los métodos interpretativos para que el derecho ordinario sea visto en grande a través de la lupa de los derechos fundamentales (Naclares, 2012, p. 82), con lo cual podrá llevarse a la práctica los conceptos de justicia, solidaridad, igualdad, unión familiar y derecho al amor.

Encontramos que en el siglo XIX se estableció que existían ciertos casos difíciles que el juez/a no podía resolver con la labor de constatación -subsunción- y tampoco podía negarse a resolverlos, pretextando que la ley no los regulaba, o que la norma era ambigua o insuficiente; estas dificultades evidenciaron la limitación de la ley para resolver casos concretos y la potestad del juez/a de llenar vacíos, pues "no puede haber lagunas si hay jueces"[401] (Naclares 2012, p. 94).

TEDH admitió el planteamiento en torno a la vulneración del artículo 8 CEDH por entender que las acciones de impugnación y reclamación de la filiación se encuentran comprendidas en el marco de ese artículo…TEDH entendió que los poderes públicos del Estado de Croacia no habían respetado el derecho a la vida privada de la demandante permitiendo que el proceso de determinación de la paternidad durase casi cinco años sin una sentencia definitiva que hiciera cosa juzgada sobre el estado civil de ésta. Este resultado era contrario también a la protección del mejor interés del menor (sic) y otorgaba una primacía desmedida al derecho del varón a no someterse a exámenes de ADN frente al derecho de la hija a conocer su ascendencia" (Ales, 2012, p. 426).

[400] El art. 4 de la LEAJ establece que "la administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria".

[401] Nanclares (2012) parafrasea lo dicho por Hugo Cossio.

Bajo este panorama, frente a la incapacidad de prever todas las hipótesis posibles de los conflictos entre seres humanos, se determinó que el legislador estaba instituido para establecer generalidades y el juez/a para discernir el sentido de lo justo (Naclares 2012. p. 90), lo cual implica que en las acciones de filiación, frente a los vacíos o deficiencias normativas, ante la renuencia de algunas de las partes de comparecer al juicio, o ante los diversos intereses en conflicto, el juez/a debe hacer una interpretación holística en cada caso y atemperarlo a los fines constitucionales.

En la dinámica humana, el juez/a no puede esperar que todos los conflictos de filiación estén normados, por lo cual debe introducir posibilidades interpretativas bajo los principios constitucionales, los derechos fundamentales (art. 11 y s.s. del CGP)[402].

Frente a esa necesidad, queda claro que para tramitar y decidir la acción de filiación, debe existir en el pensamiento del juez/a plena claridad de los contenidos de los principios constitucionales y del manejo de la hermenéutica constitucional, para argumentar con esmero en sus providencias, las razones de sus decisiones e identificar cuando determinada acción o comportamiento viola algún valor o principio constitucional (Naclares 2012, p. 99) y concluir si hay o no razones que legitiman la intervención del Estado en determinada familia.

4. Tutela judicial efectiva aplicada a las acciones de filiación.

En Colombia, el artículo 29 de la Constitución establece el derecho al debido proceso, el artículo 229 de la misma Carta establece el derecho a acceder a la justicia y el Código General del Proceso regula las acciones que tiene el ciudadano para acudir a los estrados judiciales. Estos componentes se ven reflejados en la concepción que tiene la Corte Constitucional Colombiana cuando establece que “el derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta

[402] Sobre este aspecto Ferrajoli establece que el juez/a debe tener como referente los principios constitucionales, para optar por la defensa del derecho, a esta teoría la ha llamado principio de estricta jurisdiccionalidad (Naclares 2012. p. 150), para que el juez/a sea promotor de un cambio social y menos un simple ejecutor de la ley (p.166).

sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes" (Sentencia T-283/2013).

En esa óptica, tenemos que los asuntos sometidos a los estrados judiciales son conflictos que se han suscitado en la sociedad y que necesitan de una solución por parte de un tercero imparcial dentro del marco de la heterocomposición de la controversia. Sobre ello Sagrebelsky, anota que "el caso para el juez y para la ciencia jurídica, es esencialmente un acontecimiento problemático que plantea la cuestión de cómo responder al mismo, de cómo resolver en términos jurídicos. Para el derecho, por tanto, el caso no es algo que deba ser simplemente registrado, sino algo que debe ser resuelto" (p. 136).

De allí la proscripción de las sentencias inhibitorias, en la cuales el/a juez/a se abstenía de decidir un asunto, pues conforme al art. 2, 29, 228 y 229 de la Carta Nacional, el acceso a la justicia, debido proceso y jurisdicción dejan de ser conceptos meramente gramaticales para colocarse al servicio de la comunidad. La rama judicial está instituida para resolver las controversias que las partes no pudieron resolver por sí mismas, por lo que el proceso tendrá un contenido dado desde la misma relación entre los sujetos procesales[403].

Con ello, se establece que el juez/a de familia no puede abstenerse o inhibirse de conocer una acción de filiación, sino que debe resolverla de fondo, fijándose en la solución que de manera satisfactoria, acoja las exigencias que el caso amerite, pues el asunto sometido a litigio, impulsa al juez/a a direccionar su resolución.

[403] En sentencia C-100/2001 del 31 de enero, la CC preciso que "(…), el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia implica necesariamente que el juez resuelva en forma imparcial, efectiva y prudente las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento. Para lograr lo anterior, es requisito indispensable que el juez propugne la vigencia del principio de la seguridad jurídica, es decir, que asuma el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos a él sometidos dentro de los plazos que define el legislador. Por ello, esta Corporación ha calificado, como parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración de justicia, el "derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos. (…) A lo anterior, cabe agregar que la labor del juez no puede jamás circunscribirse únicamente a la sola observancia de los términos procesales, dejando de lado el deber esencial de administrar justicia en forma independiente, autónoma e imparcial. Es, pues, en el fallo en el que se plasma en toda su intensidad la pronta y cumplida justicia, como conclusión de todo un proceso, donde el acatamiento de las formas y los términos, así como la celeridad en el desarrollo del litigio judicial permitirán a las partes involucradas, a la sociedad y al Estado tener la certeza de que la justicia se ha administrado debidamente y es fundamento real del Estado social de derecho."

Para conocer cómo el/a juez/a de familia logra ese propósito, en este acápite analizaremos las potestades que tiene el/a juez/a de familia en los procesos de filiación para garantizar la tutela judicial efectiva de quienes acuden a los estrados judiciales, en razón de la acción de filiación. Se va a evidenciar que el marco de acción del juez/a de familia escapa a los postulados del principio procesal dispositivo, de deliberación o de parte, en donde el juez/a no puede fallar *ultra y extra petita*, tampoco decretar pruebas de oficio, ni promover la actuación procesal de su propia iniciativa. En esa medida, el juez/a de familia, por los compromisos constitucionales *pro filii*, hacen que la misma ley consagre diversas facultades en comparación con otras ramas del derecho.

Con ese fin, "la ley procesal ha admitido la intervención del juez para lograr el alcance de esa justicia material que atiende al fin mismo del proceso, incorporando en el sistema el principio inquisitivo y creando así con esto una dualidad o mixtura que permite al fallador participar del *thema dedidendum*" (Nisimblat, 2013, p. 203).

5. Herramientas del juez/a Director/a del Proceso de filiación.

Para comenzar hay que reconocer que es inmensa la responsabilidad y carga emocional que debe asumir un juez/a, de apropiarse de los problemas de los demás y dar la solución justa que muy seguramente favorecerá a una parte pero va en perjuicio de otra; resolver a favor de las dos partes sería una conciliación y esa no es la labor del juez/a, en tanto su intervención se presenta justamente cuando las partes no resolvieron su problemas por sí mismas, por ello la jurisdicción es una forma adversarial de resolver los conflictos, que conlleva a que el juez/a deba equiparar la balanza a uno de los lados, lo cual va a traer reparos de la contraparte; por eso, la necesidad de que el actuar del juez/a deba ser intachable, para que la parte no conforme con su decisión en firme, la acepte y acate porque sabe que fue emanada por una persona a quien la Republica le ha conferido esa potestad, por su dedicación, objetividad y prudencia.

Acerca de ello, Villamil (2017) señala que la labor del juez/a reside en llegar a un conocimiento más allá de toda duda, observando las garantías pero en un tiempo limitado y estrecho, pues su fallo debe emitirse aquí y ahora, pero no es solo la restricción temporal, o cuestiones de algoritmos o axiomas, sino operando desde la realidad.

La sociedad debe considerar al juez/a como un funcionario/a que está para servir a la comunidad, que ayuda a resolver los conflictos y que su despacho judicial sea un espacio al que acuda el ciudadano, en el que se sienta cómodo al saber que en ese lugar encontrará agentes del Estado que lo atenderán, que le permitan revisar su proceso, mirar las publicaciones y que está confiado de que fuere con fuere la decisión final, es tomada por un servidor/a con suficiente conocimiento, imparcialidad y templanza.

Hay que reconocer que de por si el juzgado es un lugar intimidante para los usuarios/as, pues está técnicamente gobernado por reglas que impone la misma ley y que ellos desconocen, cosa distinta a los abogados/as y al mismo juez/a, quienes están familiarizados con esos entornos. El ciudadano/a sabe que en determinado juzgado reposa su litigio, por lo cual cada vez que va a ese lugar, se enfrenta a esa problemática, recuerda el conflicto y las circunstancias que lo llevaron a ser demandante o demandando/a, cuestión demasiado hostil que debe comprender el servidor/a judicial, quien debe buscar que, a pesar de todo ese contexto, el usuario/a se sienta confiado/a que encargó su conflicto a alguien que sí lo va a solucionar, sea cual fuere la decisión final.

Esa emotividad se agranda cuando se trata de asuntos de competencias de los juzgados de familia, donde se ventilan las cuestiones más íntimas entre los parientes, las que generalmente se esconden detrás de la demanda y que pueden ser la razón verdadera por la cual se persigue una condena. Eso se debe a la complejidad del ser humano, a la dificultad de separar sus sentimientos, de las obligaciones que se generan entre sus familiares, por ello los motivos que conllevan a interponer la demanda en un juzgado de familia no necesariamente pueden ser los hechos planteados como supuestos jurídicos para perseguir la consecuencia normativa, sino, tristezas, desengaños y frustraciones que pueden aflorar en una relación familiar. En cualquier momento del proceso judicial, esas emociones salen a flote y corresponde al juez/a de familia, autorizado por la ley, inmiscuirse en el interior del hogar, para interpretar el conflicto, impartir justicia y procurar que los hechos que generaron desavenencias no vuelvan a acontecer.

Para que el funcionario/a judicial logre ese propósito debe conocer plenamente las herramientas que ha dispuesto la ley para disipar las controversias familiares,[404], pues está de por medio la legitimidad de la justicia, el bienestar familiar y los derechos fundamentales; si es permisivo y no subsana las deficiencias que se presenten le falla al sistema, al no resolver un conflicto en la oportunidad debida y además esa situación puede llevar a que los ciudadanos/as pierdan la confianza en la institucionalidad del juez/a, con lo que ya no acudirían a los estrados judiciales a resolver sus conflictos, sino que buscarían otra forma de solucionar sus controversias, que en muchos puede generar mayores conflictos y hasta caos.

Bajo este matiz, para que el proceso cumpla su propósito de resolver conflictos, el juez/a asume un rol protagónico en su resolución y en esa medida la primera exigencia para el juez/a es conocer el ordenamiento jurídico -derechos subjetivos y el procedimiento para su protección y garantía-, si es el juez/a quien tiene que tomar las riendas del proceso, su responsabilidad es mayúscula en la garantía de ese escenario para el ciudadano/a, por ello en cada etapa del mismo debe anticiparse a subsanar deficiencias, haciendo uso de las herramientas que le confiere la ley para ejercer acciones tempranas frente a conductas que coloquen en riesgo el debido proceso, de allí que se le llame al juez/a director/a del proceso, al conducir el trámite por el camino diseñado por la ley, sin improvisaciones, inseguridades ni tardanzas, ya que esas conductas pueden hacer que el proceso pierda el sendero y que no resuelva la controversia.

En el proceso, las fuentes del conocimiento de los hechos son las pruebas, entendidas como la pericial, testimonial, documental, etc, que van dirigidas a que el juez/a tenga contacto con la problemática y a que conozca la razón de lo acontecido en el pasado, además de que le dan la pauta para solucionar el conflicto, sin renunciar a la búsqueda de la verdad. Además, el juez/a puede prefigurar lo que sucedería de mantenerse un estado de cosas o la ausencia de un elemento probatorio, pues las reglas de la carga de la prueba le indican como proceder (art. 167 del CGP).

---

[404] El artículo 4 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia Colombiana, ley 270 de 1996, modificado por el art. 1, Ley 1285 de 2009 establece que “la administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria”.

Ahora bien, existen herramientas que no las da la ley, pues han sido desarrolladas por la ciencia y la tecnología, pero que han facilitado el trámite de los procesos judiciales, v.gr. el internet coloca en las manos del juez/a la doctrina, leyes y jurisprudencia de las altas cortes que antes solo se conocían meses o años después de haberse emitido la decisión; el realizar diligencias, audiencias virtuales, o acercarse a la verdad genética con la prueba de ADN, hace que hoy el juez/a tome la ciencia y tecnología como una herramienta que le confiere de manera confiable el conocimiento que requiere para decidir. De hecho, el artículo 103 del Código General del Proceso establece que "deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos".

Sobre las herramientas que son jurídicas, como la ordenación, instrucción y corrección, destaco que le permiten al juez/a saber los hechos probados sobre los cuales debe decidir, por lo cual el trámite de cada nuevo asunto judicial debe ser para el juez/a una actividad de aprendizaje <en el que> el juez/a adquiere un conocimiento sobre los hechos (Villamil, 2017).

El juez/a debe perfilarse a organizar su gestión de acuerdo con las necesidades de cada proceso y tener la claridad sobre cada etapa del proceso que lo ocupa, para dirigir las riendas del mismo, de allí que deba planear el proceso por escenarios y además que conforma los supuestos de lo que puede suceder (Villamil, 2017).

Por ejemplo, una herramienta jurídica, concreta para los procesos de filiación, que tiene como propósito anticipar la renuencia de la parte a la toma de muestra de ADN es la dispuesta en el artículo 386 del Código General del Proceso, norma que establece que el juez/a al fijar fecha y hora para esa diligencia, advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad alegada. Aún más, en caso que la parte citada se excuse, para anticipar los efectos de la dilatación del proceso, el ordenamiento jurídico otorga otras herramienta establecida en el artículo 43 del CGP que establece que por el medio más expedito posible, el juez/a debe ratificar la autenticidad y veracidad de la excusa con la que se justificó la inasistencia y de encontrar inconsistencias o irregularidades, además de rechazar la excusa y aplicar las consecuencias legales que correspondan dentro del proceso, el juez/a compulsará copias para las investigaciones penales a que haya lugar.

El juez/a debe estar preparado para cada incidencia que se presente en el proceso, como una tacha de testigos, recusación, solicitud de nulidad, objeciones, negación de recibir las notificaciones, allanamientos a la demanda, solicitud de aplazamiento de audiencias, etc. y saber qué salidas le ofrece el ordenamiento jurídico a cada una de esas peticiones; según Villamil (2017) el juez/a debe planear por escenarios como “el conocimiento y previsión sobre las rutas posibles que puede tomar las controversias, según sus propios perfiles. Toda controversia tiene unos límites precisos, las variantes o rutas del debate no son ilimitadas, son previsibles” (p. 47).

Si encuentra que las partes o personas con injerencia en el proceso no cumplen su rol para tramitar con celeridad el asunto, antes de utilizar las medidas coercitivas, debe persuadir a los sujetos para lograr el cambio en su actitud, demarcando la labor que se espera de ellos.

Para recoger la información que se requiere para decidir, el juez/a está plenamente dotado de autoridad, poder que solamente le es conferido para cumplir su función de resolver conflictos, de allí que su capacidad de dirigir el proceso, de silenciar, exhortar, amonestar a la parte o persona que obstruya la administración de justicia, están otorgadas para que el proceso sea un espacio ordenado de recolección de información; por ejemplo, para la realización de una audiencia hay que seguir un protocolo para que impere el orden en la aplicación de métodos racionales y eficiencia en la comunicación. V.gr. cuando el juez/a excepcionalmente debe resolver la demanda de filiación sin la prueba de ADN, debe convocar a audiencia, para recoger la información que sea posible y que sea crucial para decidir, para proceder a interrogar y a recibir los testimonios, como un acto de comunicación del conocimiento sobre alguna de las casuales del artículo 6 de la Ley 75 de 1968, tratándose de investigación de la paternidad o artículo 214 y 248 del Código Civil Colombiano tratándose de impugnación de la paternidad.

En ese estado del proceso, el juez/a ya tiene un conocimiento preliminar de la controversia, pues con la demanda, la contestación, las pruebas documentales, el actuar y colaboración o no de las partes, sabe el terreno que está pisando, ahora lo que sigue es abrir el proceso a etapa probatoria, para que en curso de la audiencia, defina quién tiene la información que

requiere para decidir el asunto, dirigirse a esas personas, llamándolas como testigos de oficio[405] para corroborar la información inicial y desatar la controversia.

Además, para decidir si abre el debate probatorio ante la dificultad de recaudar la prueba de ADN en los procesos de investigación de la paternidad, debe observar que definitivamente fue imposible recogerla y esa conclusión debe tomarse teniendo en cuenta que el límite temporal para resolver el litigio, dispuesto en el artículo 121 del CGP, es de un año, de allí la celeridad con la que debe actuar.

También es importante la celeridad para la obtención de la prueba, pues cuanto más tiempo pase, será más difícil la recepción de testimonios que cuenten con suficiente fidelidad y precisión lo que conocen de los hechos; teniendo en cuenta que en ese momento procesal el caso pende de la prueba testimonial e interrogatorio, por lo cual puede dificultarse el conocimiento de los hechos por el juez/a si ha transcurrido mucho tiempo desde el acontecimiento de esos hechos hasta la recepción de la declaración, pues se reconoce la fragilidad de la memoria, el olvido de fechas, lugares, momentos o la confusión con cuestiones que no vivenció el declarante pero que supo de otra fuente, etc. Al menos en artículo 221 del CGP le otorga al juez/a la facultad inicial de preguntar al testigo, de buscar un relato de lo que conoce de los hechos, para lo cual “el juez es responsable de que el ambiente de la audiencia sea lo más propicio para que el testigo pueda trasmitir las representaciones con la mayor eficiencia y fidelidad” (Villamil. 2017, p. 108).

Si a la información que recogemos le sumamos la presunción del artículo 386 del CGP y la disposición del artículo 241 del CGP referente a que “el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes” esas son herramientas que sancionan la renuencia del presunto padre de acudir a la toma de muestra de sangre para posterior ADN, lo cual se entiende como una obstrucción del proceso. El demandado tiene derecho a dudar sobre la paternidad y de allí la legitimidad del proceso de investigación de paternidad, lo que no puede hacer es negarse a colaborar con la justicia, deber impuesto en el artículo 95 de la Constitución Política. El demandado debe tener presente que su actuar dilatorio, corre en su contra y de allí el indicio plasmado en el artículo 241 del CPG.

[405] Art. 169 CPG.

No es aceptable la conducta generalizada de negarse a recibir las notificaciones, el no acudir a los estrados judiciales, el no contestar la demanda pensando que con ello va a congelar al proceso; mal haría también la ley o juez/a en patrocinar esas conductas y premiarlas archivando o dejando inactivos los procesos, pues como ya se dijo está de por medio la legitimidad de la institucionalidad judicial y sobretodo el restablecimiento de derechos fundamentales. En vista que esta conducta es reiterativa en sin número de procesos filiatorios, el Código General del Proceso se detiene a regular esas omisiones como supuestos facticos, cuya consecuencia jurídica es tener esas conductas renuentes como presunción de la paternidad.

Sobre el comportamiento renuente de las partes que debe reprochar el juez/a para preservar la dignidad de la justicia, tenemos que:

> Los jueces de la República son los primeros llamados a ejercer una función directiva en la conducción de los procesos a su cargo, para lo cual el Legislador les ha otorgado la potestad de asegurar, por todos los medios legítimos a su alcance, que las diferentes actuaciones se lleven a cabo no solo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, sino exigiendo la colaboración y el buen comportamiento de todos los sujetos procesales.
>
> Es en este marco que se sitúan las medidas correccionales, concebidas como aquellas atribuciones jurisdiccionales con las que cuentan el juez para “mantener el proceso dentro de los cauces de dignidad y decoro, propios del ejercicio de la profesión de abogado, así como exigir la mesura, seriedad y respeto debidos entre los sujetos procesales, las partes en los procesos, los terceros que en ellos intervienen y entre todos estos y los servidores públicos. (CC. C713/2008 de 15 julio).

Al juez/a se le exige dar celeridad al proceso, es justamente porque también se le han conferido poderes para asegurar la normal realización de cada etapa procesal; esos poderes tienen como propósito reprimir los comportamientos que inducen en error, retrasan o impiden la realización de diligencias, la falta de colaboración o conductas encaminadas a entorpecer la labor judicial. En las controversias de familia, ninguna de las partes puede justificar su falta de colaboración en las resultas desfavorables que podría acarrear su intervención en la práctica de las diligencias requeridas para decidir, pues estaría obstaculizando la ratificación

de los hechos al juez/a y por eso es una conducta que reprocha la Ley Estatuaria de Administración de Justicia.

A continuación, ahondare en concreto, sobre las herramientas de ordenación, instrucción y corrección, que el CGP denomina “poderes”.

5.1 Poderes de ordenación, instrucción y corrección.

Con el CGP se procura que el juez/a haga uso de herramientas que permitan efectivizar los principios de tutela jurisdiccional efectiva, igualdad, concentración e inmediatez.

Para ello se coloca a disposición de los ciudadanos/as las acciones judiciales, la estructura judicial y procedimientos de duración razonable, para que en cualquier momento y lugar acceda a la justicia a resolver sus controversias. Esos son las garantías mínimas que dispone el derecho procesal, recociendo que no es suficiente que el/a demandante radique su demanda, sino que se propicien los escenarios para que su pretensión sea decidida de fondo.

Entonces, frente a los deberes estatales de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva (art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos), derecho de la persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden familiar, el juez/a tiene que contar con una serie de herramientas para que pueda cumplir esos propósitos.

Sobre este aspecto Tejeiro (2017) ejemplifica que para el proceso tenga una duración razonable, en el art. 121 CGP se ha dispuesto un límite temporal para que el/a juez/a decida de fondo y a la vez le confiere una serie de herramientas de dirección del proceso para suprimir toda demora injustificada en la resolución del litigio (p. 12), de lo contrario, de no regularse esos poderes, el juez/a no podría cumplir los términos de duración razonable del proceso que establece el CGP. De allí la importancia de que el CGP haya dedicado el art. 42 y ss. a fijar los poderes de orientación, instrucción y corrección, que genera “el correlativo deber de los jueces, frente a los poderes con que cuentan, los hace responsables de toda demora que ocurra en los procesos judiciales” (Tejeiro, 2017, p. 12).

En ese contexto, si el ordenamiento jurídico señala que el juez/a es el encargado/a de la dirección del proceso judicial, tiene el deber de actuar con celeridad y diligencia, “por lo tanto, será responsable por las demoras que ocurran por el incumplimiento de éste deber. Por su parte… <se> establece una cláusula genérica de responsabilidad del juez, cuando éste descuide su función de administrar justicia pronta y cumplidamente. De otro lado… <se> indica que el juez que incumpla con sus deberes, entre estos la observancia del principio de celeridad, será sancionado de acuerdo con el régimen legal disciplinario” (CC Sentencia C-100/01, de 31 enero).

Frente a esas exigencias, se denota que el sentido de las potestades de ordenación, instrucción y corrección están enfocadas a dar cumplimiento a la tutela judicial efectiva, es decir que en el permitirán a las partes involucradas, a la familia y a la sociedad tener la certeza de que la justicia se ha administrado debidamente y han recibido respuesta de fondo a sus pretensiones, para lo cual el Estado busca satisfacer ese derecho dotando a los jueces/zas y magistrados/as de dichas potestades jurisdiccionales necesarias para juzgar y hacer cumplir lo juzgado[406].

5.1.1 Poderes de ordenación e instrucción.

Como ya se anotó, los poderes dados al juez/a han sido conferidos para administrar justicia en el marco de protección del derecho de tutela judicial efectiva, entonces, de ello se deriva que el juez/a debe hacer uso de esos instrumentos, para permitir a las partes, a la sociedad y al Estado tener la certeza de que la justicia se ha administrado debidamente, por lo tanto su posición nunca puede ser pasiva, pues debe reclamar insistentemente, con claridad y contundencia la colaboración de las partes para que no dilaten el proceso y permitan el tránsito fluido, así será más fácil identificar como indicios el querer de alguno sujeto de obstaculizar el trámite del proceso y reforzar la presunción de la paternidad.

Al respecto, Tejeiro (2017) precisa que “constituye fundamento básico del régimen la fuerte dirección judicial del proceso, que exige del funcionario una actitud de liderazgo, ajena al

[406] En la sentencia C-218/96 la CC determinó que el Estado dota de una serie de instrumentos que posibilitan la labor del juez/a “sin los cuales le sería difícil mantener el orden y la disciplina que son esenciales en espacios en los cuales se controvierten derechos y se dirimen situaciones en las que predominan conflictos de intereses”.

autoritarismo, pero distante de la pasividad, pues en él recae la responsabilidad primera ante el reto que supone lograr la justicia material y la eficiencia procesal" (p. 36).

Además, tal como se observa en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencia T-997 de 2003, se ha proyectado que con la dirección material y formal del juez/a se garantiza el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, reiterado por los fallos C-808 de 2002 , T-352 de 2012 y en la C-258 de 2015, en donde además se reconoce que con ello se protege los derechos de dignidad humana, personalidad jurídica y estado civil, por lo que se descarta del plano jurídico la pasividad del juez/a.

Si se proscribe para el juez/a conductas pasivas, tenemos que correlativamente se le está exigiendo trabajar con celeridad, característica propia de la diligencia reforzada, que de permear todas las fases el proceso para materializar el derecho innominado a la filiación (CC T160/2013 de 21 marzo).

En la formación de convicción, el funcionario judicial debe acudir al ejercicio de los poderes de ordenación e instrucción para verificar aun oficiosamente los hechos alegados por las partes (art. 42 CGP). En el art. 42 del CGP se establece los poderes de ordenación e instrucción, señalando que el juez/a tiene como tales, la potestad de rechazar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta, ordenar a las partes aclaraciones y explicaciones en torno a sus posiciones y peticiones, exigir a las autoridades o a los particulares la información, ratificar, por el medio más expedito posible, la autenticidad y veracidad de las excusas que presenten las partes o sus apoderados y las demás que establezca la ley.

Para el juez/a de familia, en la acción de filiación, encontramos además otras facultades ordenadores e instructoras, que se anotan a continuación:

- Principio *pro actione.*

Encontramos que en el artículo 228 de la Constitución Política está implícito el principio *pro actione,* herramienta interpretativa que debe ser usada por el juez/a de familia para garantizar el acceso a la justicia a todos los miembros de la familia, asumiendo el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos a él sometidos dentro de los plazos que define el legislador, bajo esa perspectiva el juez/a de familia no considerará

que el expediente es tan solo un cumulo de documentos sino que comprenderá que el contenido del mismo es un conflicto de una familia, que como grupo merece amplios márgenes de protección y que el objetivo del procedimiento es la justicia como valor social, en tanto ninguno de los procesos se justifica sino en razón de los fines del Estado (art. 2 y 89 de la C.Pol y 2 del CGP)[407].

Para que el juez/a pueda darle ese sentido a los conflictos familiares sometidos a su conocimiento, se ha otorgado el principio *pro actione* que consiste en el que el juez/a debe interpretar el sentido querido en la demanda, para garantizar la eficiencia del procedimiento dentro del contexto democrático participativo.

Según Nisimblat (2013) este principio es en desarrollo del principio *iura novit curia* -el juez/a debe conocer el derecho- mientras que las partes deben probar los supuestos facticos de sus alegaciones, por cuanto "en nuestra legislación, el principio goza de protección constitucional en los art. 4 y 6 de la Carta Superior, que imponen a todas las autoridades conocer la Constitución y las leyes" (p. 152), en esa medida el método de evaluación de la demanda de filiación no debe ser restrictivo, por lo que de encontrarse alguna ambigüedad en los hechos o derecho, el juez/a admita la demanda y proceda a darle el curso establecido por la norma. V.gr. cuando en la demanda se señala un procedimiento distinto al establecido por la ley para tramitar la acción de filiación, el juez/a tiene la potestad de enderezar el trámite en la admisión de la demanda, tal como lo regla el art. 90 del CGP.

Encontramos también el principio de adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de causa, que según Nisimblat (p. 121, 2013) le otorga al juez/a la facultad de adaptar el procedimiento a las necesidades del proceso, siempre que no se viole el derecho de defensa o de audiencias.

Encontramos por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, número 069 de 14 de julio de 2003[408], en la que se solicitaba casar la sentencia, porque en la

[407] Al respecto la Ley Estatutaria de Administración de Justicia Colombiana (LEAJ) señala las bases de la administración de justicia sobre la eficiencia, eficacia y garantía de derechos.
[408] Exp. # 6894, sentencia número 098 de 14 de septiembre de 2004, exp. # 5433.

demanda se había solicitado ordenar la nulidad del registro, mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, cuestión que reprocha el recurrente, manifestando que ello ameritaba desde el recibo de la demanda, la declaratoria de improcedencia. En el estudio que hace la Corte Suprema de Justicia, se determina que si bien es cierto que ese no era el trámite debido, en tanto el artículo 248 del Código Civil se ocupa de señalar la vía para ventilar los hechos de la demanda, "ella resulta procesalmente procedente, así la actora pida en concreto que se declare la nulidad del registro, o su invalidez o ineficacia, o su falsedad o inoponibilidad, porque todas esas declaraciones persiguen materializar la acción de impugnación contenida en esa norma". Con ello la Corte avala la adecuación del trámite a la acción de impugnación que se hizo desde primera instancia.

- Fallar *ultra petita y extra petita.*

El artículo 281 del CGP establece que en los asuntos de familia, el juez/a podrá fallar *ultra petita y extra petita*, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

Esta regla es la excepción a la generalidad del principio de congruencia, que establece que la sentencia estará en consonancia con las pretensiones y oposiciones hechas por las partes.

En las acciones de filiaciones en juez/a puede hacer uso de esta herramienta al:

- Ordenar al ICBF hacer acompañamiento y orientación familiar, cuando se ha declarado la paternidad[409].
- Ordenar al Sistema de Salud acompañamiento psicológico para que se traten las posibles afectaciones que surgen en razón a la decisión que se adopte.
- Fijar alimentos provisionales, con la admisión de la demanda de investigación de paternidad.

[409] Según el Documento Guía de Pruebas de ADN para Investigación de Paternidad y/o Maternidad, del ICBF (Última versión Enero - 2015) "compete al ICBF articular acciones entre las instituciones y los actores que intervienen en el reconocimiento de este derecho <de identidad> con el propósito de desarrollar mecanismos y estrategias que permitan, de una parte, educar a los miembros de la sociedad para el ejercicio de una maternidad y una paternidad responsables y de otra, responder a la obligación de garantizar a los niños, niñas y adolescentes del país la restitución del derecho a la filiación cuando este les ha sido vulnerado". (p. 4).

- Fijar cuota alimentaria, custodia y visitas, cuando se ha declarado la paternidad y no solicitó en la demanda esas pretensiones consecuenciales.
- Convertir la acción de impugnación en mixta y hacer la investigación correspondiente para la declaración de la paternidad en un asunto de impugnación de paternidad.
- Decretar las medidas cautelares innominadas.

- Decretar las pruebas aun de oficio y garantizar su práctica.

Según Tejeiro (2018) el decreto de la prueba de oficio, hace parte de los poderes de dirección materiales del proceso, que tiene “como fin esencial introducir en el escenario del proceso de manera específica y cierta la igualdad de circunstancias en muchas ocasiones tornan esquivas” (p. 14). Ello no implica para el juez/a de familia perder imparcialidad, sino recoger los medios de prueba para decidir sobre la realidad, deber que le asiste cuando de la demanda de filiación y los informes que la contestación de la demanda no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto sometido a su consideración.

Por otro lado, en concreto para las acciones de filiación, el art. 386 del CGP establece como reglas especiales, entre otras, que desde el auto admisorio de la demanda el juez/a ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial; el juez/a ordenará a las partes para que presten toda la colaboración necesaria en la toma de muestras. Se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda cuando el demandado no se oponga a las pretensiones en el término legal, sin perjuicio de que el juez/a pueda decretar pruebas en el caso de impugnación de la filiación de menores. En el proceso de investigación de la paternidad, podrán decretarse alimentos provisionales desde la admisión de la demanda, siempre que el juez/a encuentre que la demanda tiene un fundamento razonable o desde el momento en que se presente un dictamen de inclusión de la paternidad. Así mismo podrá suspenderlos desde que exista fundamento razonable de exclusión de la paternidad. Cuando además de la filiación el juez/a tenga que tomar medidas sobre visitas, custodia, alimentos, patria potestad y guarda, en el mismo proceso podrá, decretar las pruebas pedidas en la demanda o las que de oficio considere necesarias, para practicarlas en audiencia.

Estas reglas especiales dispuestas en el art. 386 del CGP para las acciones de filiación, denotan que efectivamente el juez/a tiene amplios poderes de ordenación e instrucción para efectos de que garantizar el acceso a la justicia y la resolución de este tipo de conflictos.

Comparando estas facultades de la jurisdicción colombiana en las acciones de filiación, respecto de la española, resalto que el art. 767 de la LEC dispone que en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

Como puede verse, son más amplias los facultades conferidas al juez/a colombiano, en tanto en España no es posible que de manera oficiosa se proceda a la investigación de la paternidad, ni la determinación de alimentos, custodia y visitas para menores de edad, en caso de acreditarse la filiación[410]; en Colombia no existe el principio de prueba para la admisión de la demandada, circunstancias a la que ya me he referido a lo largo de este trabajo y que denota la poca similitud de potestades de los agentes del Estado en las acciones de filiación en los dos países.

Al margen de ello, solo frente a la amplitud de criterios en cuanto a la práctica y la valoración de la prueba (arts. 752 y 339.5 LEC LEC) el España el juez/a puede decidir de oficio la

[410] Desde el punto de vista procesal, la cuestión expuesta está igualmente relacionada con las facultades del juzgador de actuar de oficio, en aquellos casos en que, en los procedimientos judiciales sobre filiación, no se haya solicitado de manera expresa en la demanda un pronunciamiento específico del juez/a sobre los efectos derivados de la filiación. Hasta la fecha, no se ha planteado en ninguna resolución judicial esta posibilidad de que el juez/a que resuelva favorablemente sobre una demanda de reclamación de una filiación concreta, normalmente no matrimonial, se pronuncie de oficio sobre cuestiones no planteadas, pero lógicamente relacionadas de forma directísima con el objeto del procedimiento. Básicamente porque no existe norma en la LEC que lo autorice (Ruiz-Rico, 2018, p. 11).

pericial biológica en cualquier momento del proceso (Barber, 2018, p.27); en eso si se asemeja a las facultades conferidas al juez/a colombiano.

Pese a esa similitud, considero que tratándose de acciones de filiación, al juez/a debe desplegar una serie de poderes-deberes, para efectos de resolver el litigio, por lo cual considero que el sistema colombiano es el más completo, pues con las garantías relativas a la formación del juez/a, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso; con la independencia, imparcialidad, responsabilidad, (Cano, 2010, p. 100), el juez/a puede encontrar el equilibrio en el proceso, aportar a la partes para la resolución de sus conflictos familiares y al fortalecimiento familiar. En el capítulo 1 de este escrito, hago mención a las posibilidades que se generan para un ser humano, cuando el proceso de filiación se centra no solo en la determinación de filiación de manera formal, sino también en restablecer el derecho a la unión familiar, en caso que se determine el laso filial, o de apoyo institucional para superación de duelos y de la investigación de la paternidad aun de oficio, cuando en los casos de impugnación en contra de un menor de edad, se acredita la exclusión de la paternidad con el demandante.

Esta posición no quebranta la imparcialidad del juez/a, pues distinto al sistema penal, el juez/a de familia está sujeto a otro escenario jurisdiccional y es el referente al restablecimiento de derechos, de allí que se le encomienden esas medidas para efectos de proteger a todos los miembros de la familia y de manera especial, a los niños, niñas y adolescentes.

Recordemos que en sistema penal actual, se le han restado facultades al juez/a, para evitar que en el se concentren las funciones investigar, acusar y juzgar; en principal exponente para el cambio del sistema fue Cesare Beccaria, quien abogaba por el principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, que resultaban quebrantados cuando la persona que juzgaba al procesado, fuere la misma que recogió las probar para acreditar su responsabilidad.

En cambio, el juez/a de familia busca otros propósitos, en tanto tiene el deber de amparar a la familia, cualquiera sea su conformación y a sus miembros, como institución básica de la sociedad, de allí que se establezca que en los asuntos de familia, el juez/a podrá fallar *ultrapetita* y *extrapetita*, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la

pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con alguna discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole[411].

De no ser así, como lo que pasa en España, v.gr. aun sabiendo que con la determinación de la filiación surge el derecho de alimentos y sabiendo que se trata de una garantía que tienen los niños, niñas y adolescentes, que de no fijarla, trae como consecuencia la vulneración de sus derechos, el Tribunal no puede decidir sobre ello, si en la demanda no se pidieron, pues no tiene esa facultad oficiosa; o, en un proceso de impugnación de paternidad, en el que se conceden las pretensiones en contra de un niño, niña o adolescente; el Tribunal no puede adelantar actuación alguna para definir la filiación, aun sabiendo que de la determinación de la filiación se desencadena una serie de derechos, como a la identidad, conocer sus orígenes, libre desarrollo de la personalidad, alimentos, heredar, etc. Considero que esas situaciones, desconocen la robusta normatividad convencional a favor del hijo/a[412].

5.1.2 Poderes correccionales.

Cuando se está en los terrenos de los poderes de corrección, hay que hacer uso de los principios del derecho sancionador, en la medida que se hace en el ejercicio de la potestad disciplinaria para imponer correctivos a una de las partes, empleados/as o particulares que impiden que se administre justicia en un caso en concreto[413].

La potestad correccional es la facultad que se le da al juez/a de carácter jurisdiccional y disciplinaria, que consiste en la posibilidad de imponer una sanción de manera célere, al ser agredida su investidura[414], o frente a conductas que obstaculizan o perturben las diligencias

[411] El art. 281 del CGP.
[412] Ver capítulo I.
[413] En la sentencia C-218/96 la CC también estableció que “las sanciones de tipo correccional que imponga el juez a los particulares en ejercicio de sus funciones o en razón de ellas, han de inscribirse en un marco de estricto sometimiento al debido proceso, de acuerdo con lo señalado en el artículo 29 de la C.N., procedimiento que en el caso que nos ocupa se encuentra consagrado en la misma norma impugnada”.
[414] Según la sentencia T-1015/2007, respecto al irrespeto la juez/a anota que “norma …permite sancionar a quienes incurran en irrespeto no solo con ocasión del servicio público de Administración Judicial, sino también por razón de los actos oficiales de los funcionarios judiciales. En el primer caso, se trata de actos de irrespeto que suceden durante las actuaciones judiciales o en las sedes de los juzgados y tribunales. En el segundo, no necesariamente se exigen estas circunstancias de tiempo o lugar; simplemente, debe estar comprobado que el irrespeto guarde relación con los actos oficiales”.

judiciales y de incumplimiento o retardo en la ejecución de sus órdenes[415]; de allí que la potestad correccional es una herramienta del juez/a para mantener el control del proceso judicial, con lo cual puede sancionar las conductas irregulares que dificulten su normal desarrollo.

El poder correccional está plenamente delimitado, en el cual se autoriza la imposición de multas o el arresto, luego de una actuación respetuosa del juez/a en el marco del debido proceso, donde se permita la efectiva realización del derecho a ser escuchado, defensa y contradicción y luego de tener los elementos de juicio sobre la existencia de temeridad o mala fe que afecte la eficiencia o celeridad de la administración de justicia, se procede a sancionar (CC. C218/1996 de 16 mayo).

Según Nisimblat (2013, p. 153) "por derecho sancionatorio o punitivo se entiende aquel conjunto de reglas que facultan al juez para imponer una sanción al litigante que ha incumplido con sus cargas procesales o que ha actuado con dolo o temeridad en un proceso determinado, siendo ejemplo de tales reglas las que imponen multas al declarante contumaz o renuente; la imposición de sanciones al litigante temerario; la expulsión de audiencia o diligencia a la parte irrespetuosa, la prohibición de ser oídos ante el incumplimiento de ciertas órdenes del juez y, en general, toda sanción de orden procesal que sea el resultado de la actividad litigiosa".

[415] Según el art. 44 del CGP "el juez tendrá los siguientes poderes correccionales: 1. Sancionar con arresto inconmutable hasta por cinco (5) días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. 2. Sancionar con arresto inconmutable hasta por quince (15) días a quien impida u obstaculice la realización de cualquier audiencia o diligencia. 3. Sancionar con multas hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución. 4. Sancionar con multas hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados para rendir declaración o atender cualquier otra citación que les haga. 5. Expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso. 6. Ordenar que se devuelvan los escritos irrespetuosos contra los funcionarios, las partes o terceros. 7. Los demás que se consagren en la ley". Por su parte el art. 58 de la LEAJ establece que "los magistrados, los fiscales y los jueces tienen la facultad correccional, en virtud de la cual pueden sancionar a los particulares, en los siguientes casos: 1. Cuando el particular les falte al respeto con ocasión del servicio o por razón de sus actos oficiales o desobedezca órdenes impartidas por ellos en ejercicio de sus atribuciones legales. (…) 3. Cuando cualquier persona asuma comportamientos contrarios a la solemnidad que deben revestir los actos jurisdiccionales, o al decoro que debe imperar en los recintos donde éstos se cumplen".

En esa medida, de una parte, al juez/a se lo ha situado como “máxima autoridad responsable del proceso, está en la obligación de garantizar el normal desarrollo del mismo, la realización de todos y cada uno de los derechos de quienes en él actúan” (CC Sentencia C-218/1996 de 16 de mayo) y a la vez se le ha conferido la potestad de identificar y sancionar cualquier comportamiento que entorpezca esa ordenada consecución de etapas procesales.

Así las cosas, para cumplir con el deber de garantizar el normal desarrollo del proceso, de percibir conductas que atenten contra ese propósito, deberá adoptar una decisión correctiva originada en la existencia probada de una falta, para lo cual deberá acopiar los medios probatorios que acrediten los hechos que perturben o impidan el curso del proceso, comprendiendo que en el marco del trámite judicial los ciudadanos/as “actúan no frente a la persona del juez, la cual amerita respeto, sino ante el pueblo soberano que ha depositado en aquel la facultad que le es propia de impartir justicia, lo que hace que la relación no sea simétrica, entre ciudadanos, sino asimétrica, entre éstos y la majestad misma de la justicia, a la cual se someten y le deben el máximo respeto y consideración” (CC Sentencia C-218/1996 de 16 de mayo).

Para evaluar si la conducta de los sujetos procesales, empleados/as públicos/as o particulares, amerita ser sancionada, el primer paso es el acatamiento del principio de legalidad, establecido en el art. 29 de la C. Pol. que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, para ello encontramos el art. 44 del CGP y art. 59 y s.s. de la LEAJ -normas en las que tipifican comportamientos contrarios a la pronta administración de justicia- que establecen las conductas, el procedimiento el tipo de sanción a imponer, con topes máximo, sobre los cuales el juez/a decidirá dependiendo de la gravedad de la conducta desplegada y el daño al bien jurídico de la administración de justicia.

Como el deber de sancionar es limitado por los estrictos márgenes que señale el ordenamiento jurídico, también es subsidiario, por lo cual se procederá a la imposición de un castigo “cuando el derecho considera la conducta intolerable y ella solo puede ser impuesta cuando el juez no encuentre otras soluciones para remediar el daño, recordando siempre que

el fin de toda sanción no es el castigo sino la tutela del derecho conculcado". (Nisimblat, 2013, p. 154).

Respecto del procedimiento que el juez/a debe seguir para la imposición de sanción, de acuerdo con el art. 29 de la Carta Nacional, para la imposición de una sanción debe observarse a plenitud las formas propias de cada juicio. En esa medida para imposición de un correctivo, el tenemos el art. 44 del CGP y la LEAJ, en su art. 59.

En relación a ello, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-218/1996, señalando que debe otorgarse la oportunidad de ser escuchado, de rendir descargos, para proceder a decidir sobre la imposición o no de la sanción correctiva, en tanto "el poder disciplinario del juez que lo habilita para la imposición de sanciones de carácter correccional, a la luz de la Carta de 1991, está sujeto también, como cualquier otro, a lo dispuesto en el artículo 29 de la C.N., esto es, al desarrollo previo de un proceso, no obstante éste sea sumario, que garantice al presunto infractor el derecho a la defensa". Por su parte en la sentencia T-351/1993 manifestó que "cuando el juez hace uso de la facultad correccional… <deberá> justificar la medida en criterios de proporcionalidad y de razonabilidad, en relación con los hechos y circunstancias, debidamente comprobadas, que le sirvan de causa".

Por último, es relevante anotar que contra las sanciones correccionales solo procede el recurso de reposición, que se resolverá de plano (art. 44 CGP), sin que haya otro mecanismo en contra de las mismas, en tanto, "por tratarse del ejercicio de funciones correccionales, el auto mediante el cual… resolvió el recurso de reposición respecto de la sanción correccional impuesta…. no es susceptible del ejercicio de acciones ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dado su carácter jurisdiccional" (CC. Sentencia T-1015/2007, de 22 noviembre)[416].

5.2 Los métodos hermenéuticos como herramientas en la acción de filiación.

1. Principio de Integración, indica que la constitución es una unidad normativa, cuyo articulado es un todo coherente.

[416] Aplicable a las previsiones del CGP por coincidencia en el texto del CPC.

2. Principio de Armonización, cuando en la Constitución y la ley encontramos normas paralelas o hasta contradictorias, aquí el juez debe balancear para privilegiar la primacía de uno de ellos.
3. Principio de la Razonabilidad, para examinar si las normas expedidas por el Legislador tienen como fin los valores constitucionales.
4. Principio de Proporcionalidad, para evitar la imposición de medidas excesivas.
5. Interés superior del hijo/a cuando es niño, niña o adolescente. En sentencia T-259/18, la Corte Constitucional Colombia señaló que el interés superior del niño/a solo puede ser evaluado según las circunstancias propias de cada caso y reiteró ciertos parámetros generales que ha trazado como criterios orientadores en el análisis de los casos individuales, como: i) las consideraciones fácticas, que hacen referencia a las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y ii) las consideraciones jurídicas, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. Dentro de estos últimos, resaltó como relevantes:

- Garantía del desarrollo integral del menor de edad[417].
- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor de edad[418].
- Protección del menor de edad frente a riesgos prohibidos[419].
- Equilibrio con los derechos de los padres[420].

[417] "Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad". Sentencia T-259/18.
[418] "Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: 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, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en estos". Sentencia T-259/18.
[419] "Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas". Sentencia T-259/18.
[420] "Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los

- Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor de edad[421].
- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales[422].

Con ello, concluyo que si el modelo de la acción de filiación busca hacer más dinámico el proceso de conocer la familia y no ser separado de ella, esta acción debe concebir el orden jurídico no como algo estático, como un solo formato para todos los casos que se presentan en los estrados judiciales, sino debe tener una textura abierta que le permita al juez/a resolver el asunto haciendo una real abstracción del discurso constitucional.

En el ejercicio de la función judicial, el juez/a debe interiorizar los postulados constitucionales para asumir el nuevo papel atribuido desde 1991 y que sirven de pilares para que direccione el proceso de filiación, a través de la inclusión de patrones que dinamizan el proceso con la normas rectoras del CPG y los principios de la Carta Nacional, que permiten evaluar el comportamiento de cada interviniente en el proceso, argumentar debidamente cada decisión y dilucidar de cada actuación la manera de juzgar las conductas en los estrados judiciales.

5.3 Superación de incidencias en las acciones de filiación con la dirección del juez/a de familia.

Para el trámite y decisión de las acciones de filiación, en la rama judicial se ha dispuesto de los siguientes servidores/as: los Jueces/zas de Familia y Promiscuos de Familia, que conocen del proceso de filiación en primera instancia; magistrados/as de la Sala de Familia, Civil-Familia, Mixta, o Civil-Familia y Laboral de los Tribunales Superiores de los Distrito Judiciales, quienes conocen de las apelaciones de las decisiones proferidas en primera instancia; y los/as magistrados/as de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quienes resuelven el recurso de casación en contra de las decisiones de filiación, por ser un asunto que involucra el estado civil de las personas. En todos los despachos judiciales, encontramos

---

padres y los del menor (sic)-tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso". Sentencia T-259/18.

[421] "Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor (sic), en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección". Sentencia T-259/18.

[422] "Deben existir poderosos motivos adicionales que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica". Sentencia T-259/18.

los empleados/as judiciales, servidores/as que apoyan, sustancian y hacen labores de secretaria. A todos los servidores públicos que intervienen en el proceso de filiación se les exige actuar con diligencia reforzada para que los designios del ordenamiento jurídico se materialicen en la acción de filiación[423].

En los procesos de filiación está vedado a los servidores/as públicos adoptar una conducta pasiva frente a la falta de colaboración de las partes o a las dificultades que se presentan por cuestiones logísticas, v.gr. falta de juzgados de familia y laboratorios para la realización de la prueba de ADN en el lugar de residencias de la partes, agendas copadas, etc.; frente a los cuales el funcionario/a por todos los medios posibles, debe procurar recoger los elementos de prueba y tomar medidas para el fortalecimiento de la familia que se conforma a partir de su sentencia.

En la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 23/Abr./1998, e5014, R. Romero, se dijo sobre los procesos de investigación de la paternidad que "es tal el imperio de la ley, que bien puede asegurarse que el funcionario judicial que sea omisivo sobre el particular… compromete su responsabilidad; como también la comprometen en su caso los entes estatales".

Es así que el deber del juez/a colombiano no se agota con la admisión de la demanda y quedarse a la espera del cumplimiento de los principios procesales dispositivos y de deliberación o de parte, pues su labor se intensifica cuando hay dificultades en la garantía de la acción de filiación, como derecho innominado y como parte del derecho a la identidad, libre desarrollo de la personalidad, a tener una familia y no ser separada de ella, a conocer sus orígenes y a la dignidad humana.

Hay algunas incidencias de forma, de la logística requerida para decidir, tales como:

[423] Además pueden actuar en el proceso de filiación, como autoridades judiciales, los juzgados a quienes se les comisiona realizar alguna actuación por fuera de la Sede de los Juzgadores de instancia, los cuales también deben actuar con diligencia reforzada.

- El menor de edad, la madre y el presunto padre se encuentran en un lugar no integrado en el Convenio del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar y el Instituto Nacional de Medicina Legal para la realización de la prueba de ADN[424].

- El menor de edad, la madre pueden estar en lugares diferentes al del padre[425].

- Trámite de exhumación en localidades distintas[426].

- El presunto padre se encuentra en el exterior[427].

- El presunto padre está muerto, desparecido o es renuente a la toma de muestra de sangre y posterior ADN[428].

- El proceso de filiación se tramita en lugar diverso al de residencia de las partes.

Por disposición del CGP conocen de las demandas de filiación el juez/a de familia o promiscuo de familia, pero si en el municipio donde vive el menor de edad o el demandado/a

---

[424] Por regla general los procesos de investigación de paternidad que se ventilan en los juzgados colombianos, se ordena la prueba de ADN dentro del convenio interadministrativo entre el ICBF y el INML, que desde el 2004 tiene con el objeto de aunar esfuerzos del ICBF y del INML en la ejecución del proyecto de adecuación tecnológica, capacidad humana y física del laboratorio del INML para adelantar estudios de filiación, de manera que se fija un cronograma. Según el acuerdo No. PSAA07-4024 de abril 24 de 2007 "por medio del cual se regula la solicitud de la prueba del ADN en los procesos de Filiación" faculta a que sea el juez/a quien cite a los interesados, señalando fecha, hora y lugar para la práctica de los exámenes conforme al cronograma elaborado por los laboratorios de genética contratados por el ICBF para la toma de muestras. La dificultad que se presenta es que en dicho cronograma no contempla todos los lugares en los que se trámite estos procesos, sino que se agrupa por 128 zonas de 1122 municipios en los que residen niños y niñas sin filiación paterna; además que los primeros meses del año no hay cronograma, por cuestiones contractuales.

[425] Con el convenio del ICBF y el INML se agrupan 128 sitios de atención para la toma de muestra de sangre, lugares que pueden estar apartados de la vereda, corregimiento, área no municipalizada o municipio en el que residan las partes.

[426] Ver la GUÍA de Pruebas de ADN para Investigación de Paternidad y/o Maternidad, del ICBF (Ultima versión Enero - 2015) https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/guia_paternidad_actualizado-2015_2.pdf. Revisada el <16 de febrero de 2018>.

[427] Ver la guía de toma de muestras cuando una de las partes es de nacionalidad colombiana o de nacionalidad extranjera residente en el exterior, https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/g02.pm03_toma_de_muestras_cuando_una_de_las_partes_es_de_nacionalidad_colombiana_o_de_nacionalidad_extranjera_residente_en_el_exterior_v1.pdf. Revisada el <16 de febrero de 2018>.

[428] Cuando el presunto padre es renuente a la comparecer a la prueba de ADN, se considera que no es necesario notificar de la admisión de la demanda, a los parientes con quien se deba hacer la prueba de ADN, ya que ellos no serían parte del proceso; el legitimado por pasiva ya estaría vinculado al proceso, por ello la citación que se hace a los parientes tiene fundamento en el artículo 95 de la Constitución Política que establece el deber de colaboración con la justicia a todos los ciudadanos. En caso que no se pueda tomar la prueba de ADN con la familia extensa, ya sea porque se desconoce el lugar en el cual se encuentra el registro civil de nacimiento del presunto padre, el lugar de domicilio de la familia extensa con quien se pueda realizar la prueba de ADN o que siendo ubicadas y citadas para la prueba de ADN son renuentes, debemos aplicar el artículo tercero de la Ley 721 de 2001 establece que "sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente".

no hay un juez/a para conocer del proceso de filiación, corresponderá al juez/a de familia o promiscuo de familia del circuito al cual pertenece dicho lugar.

En esas circunstancias, las partes no van a residir en la cabecera desde donde despacha el/a juez/a, a más que en muchos casos el abogado/a, Defensor/a o Comisario/a tampoco residirán en el mismo lugar, cuestión que puede traer dificultades y dilataciones en el trámite;el juzgado puede verse en aprietos por la falta de vinculación de la contraparte y el conocimiento de las partes de la fecha y hora para la realización de la prueba de ADN[429].

Aquí podría considerarse que el juzgado no debe preocuparse por la realización de la notificación al demandado/a o que las partes conozcan de la fecha y hora de la prueba de ADN, pues conforme al artículo 78 del CGP es la parte interesada la que debe entregar la citación para notificación al demandado/a, además las partes deben notificarse por estado de la fecha y hora para la prueba de ADN, es decir que con la mera publicación en la cartelera del juzgado, del auto que señala la diligencia se tiene a las partes notificadas.

Sin duda este es el camino fácil, ajustado a taxatividad de la ley adjetiva, justificado en que el impulso procesal debe venir de la parte interesada, en la congestión judicial y en posiciones propias de otras ramas del derecho como el derecho penal, civil o comercial; pero critico esa postura porque se aparta de la interpretación sistemática que le corresponde hacer al/a juez/a, en el que la constitución y el derecho convencional irrigan las demás normas, que conllevan a que en el derecho de familia, el compromiso del juez/a se amplíe a la protección del derechos fundamentales del hijo/a y en el que el conflicto deja de ser dispositivo de la partes, por la obligación del Estado de garantizar la investigación de la paternidad y el conocimiento de los orígenes.

Entonces, ante esas vicisitudes el juez/a no puede hacerse un convidado de piedra, insensible ante la adversidad de las partes, ciudadanos que viven en zonas de difícil acceso y en condiciones de pobreza, que les impide acudir a los estrados judiciales; si el Estado les garantizará contar en su lugar de residencia con el/a juez/a de familia y el laboratorio para la toma de la prueba biológica, sería otras las exigencias, pero reconociendo que el Estado no

[429] No sobra precisar que no en todos los lugares donde hay juez/a de familia el convenio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el Instituto Nacional de Medicina Legal ha dispuesto la toma de muestra de sangra, lo cual hace engorroso, inaccesible y hasta costoso el proceso de filiación, para personas de escasos recursos y/o de extrema pobreza.

garantiza estos mínimos a todos los ciudadanos/as, por justicia social, el juez/a de familia debe hacer uso de todas las herramientas para procurar soluciones a esas barreras, no solo a las herramientas jurídicas sino también a las tecnológicas y de comunicación.

En tal medida, como la competencia del juez/a de familia, se extiende en todo su circuito, el cual abarca las zonas apartadas y de difícil acceso, no incluidas dentro de la cobertura de las empresas de correo postal, en donde residen las partes de asuntos de filiación que llegan a conocimiento por demandas presentadas por los/as comisarios/as de familia del mismo lugar, por lo cual dichos funcionarios/as tienen contacto más directo con las partes; esa cercanía es a la que se debe sacar aprovecho para comunicar a las partes los requerimientos hechos por el juzgado en procura de impulsar el proceso. También el/a juez/a debe apoyarse en otros/as funcionarios/as que se encuentran en el lugar de residencia de las partes, como son los corregidores, inspector/a de policía, agentes de policía y de ejército, para lo cual puede valerse de la figura de la comisión[430]. También puede pedir colaboración al gobernador indígena del lugar.

- Dificultades en la práctica de la prueba de ADN.

Ha de indicarse que el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria ha sostenido que, ante la imposibilidad de practicar la prueba científica de ADN, los jueces/zas deben acudir a otros elementos probatorios para dictar sentencia definitiva en los procesos de filiación. Así lo expuso la CSJ en el Auto Exp. 05042-3184-001-2002-00107-01/14 de 4 agosto, a través del cual resolvió prescindir de la prueba científica señalando que el juez/a debía otorgarle el valor de un indicio a la conducta renuente del presunto padre*,* aquél que se deriva de la reprochable conducta de quien se niega a descubrir la realidad biológica*,* así:

> "...agotar los mecanismo legítimos que sean necesarios para recaudar la prueba pericial con referencia al ADN, no significa con todo, que pueda diferir -indefinidamente- el fallo de los procesos de filiación hasta tanto se practique la prueba (...) no puede el Juez aplazar la definición del proceso, en la que deberá otorgarle valor de un indicio a la conducta renuente del presunto padre o madre, desde luego que no de uno cualquiera, sino el que corresponde a aquel que se deriva de la

[430] Existen lugares donde el correo certificado no tiene cobertura, en esa medida la importancia de que el juez/a haga uso de las herramientas tecnológicas para comunicarse por medio de correo electrónico o telefónicamente, pues a más de ser inmediata, es eficiente.

reprochable conducta del demandado a colaborar con la práctica de una prueba de suyo apropiada para decidir la realidad biológica, según lo tiene establecido la ley y la jurisprudencia...".

Así también, tenemos que el numeral 2 del artículo 386 del Código General del Proceso, establece que la prueba de ADN, deberá decretarse aún de oficio y que la renuencia a la práctica de la prueba hará presumir como cierta la paternidad o la impugnación de la misma. Podría pensarse que la finalidad del proceso se encuentra asegurada con la presunción; sin embargo, ese remedio jurídico no es suficiente para amparar el derecho de filiación, pues el juez/a tiene que garantizar el derecho a que se determine la filiación, por ello ante la imposibilidad de recaudar la práctica de la prueba de ADN el juez/a debe decretar las pruebas que estime pertinentes y conducentes para resolver el caso (CC C-374/2002 de 14 mayo).

Si bien la presunción del artículo 386 del CGP le da una herramienta de gran valor al juez/a respecto a una de la parte renuente frente a la prueba, su ejercicio desmesurado llevaría en algún caso a resultados indeseables, pues conduciría a cierto grado de inactividad de los poderes de ordenación e instrucción, al que podrían acudir muchos/as jueces/zas, que amparados en dicha presunción no practicarían otras pruebas y con ello elevarían tal presunción a la categoría de prueba directa. En este sentido, no debemos olvidar que la verdad no siempre es posible cuando aplica sanciones por desatención a la prueba, o cuando se aplican presunciones o prescripciones, pues a través de éstas se renuncia a la verdad por la dificultad de hallarla (Villamil, 2017, p. 100).

Por otro lado, la Ley 721 de 2001 en su artículo 3 señala que sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.

Si analizamos esa norma con el numeral 2 del artículo 386 del CGP podemos advertir que el deber del juez/a de procurar la obtención de la prueba de ADN, sin embargo, si el demandado/a se muestra renuente a su práctica, obrará en su contra la presunción (legal) de certeza de paternidad, de tal forma que sea él quien tenga la carga de desvirtuar

probatoriamente dicha presunción, pudiendo hacer uso de otros medios de pruebas, documentales, testimoniales, periciales, etc.

Por lo anterior, agotados los mecanismos compulsivos, sin obtener la práctica de la prueba, con fundamento en los principios de necesidad y unidad de prueba, y de acuerdo con el sistema de la libre formación del convencimiento del juez (Villamil, 2017, p. 17) deberá valorar las demás pruebas recaudadas y emitir sentencia, atendiendo que no es posible fallar con esa única presunción (CC C807/2002 de 3 octubre), tampoco someter de manera indefinida la resolución del asunto al indicador genético.

Ello debido a que, el proceso de filiación está inmersa la protección y garantía de los derechos fundamentales vistos arriba, por lo cual es claro que esa controversia no puede supeditarse indefinidamente en el tiempo, pues con ello se supedita la garantía derechos fundamentales y por ello el juez/a debe adoptar todos los mecanismos dispuestos por la ley para que se resuelva el asunto con celeridad.

En sentencia del 5 de julio de 2012 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalaraja de Buga decidió la acción de tutela interpuesta por un menor de edad, representado por su madre, en contra del Juzgado de Familia encargado de tramitar el proceso de investigación de paternidad, en el cual el demandado, había sido notificado de la admisión y no compareció a la prueba de ADN en varias oportunidades.

La parte accionante manifiesta que desde hace diez años acudió al Instituto Colombiano del Bienestar Familiar para la definición de la filiación del menor de edad y agrega que hubo un primer proceso de investigación de paternidad en el mismo Juzgado, el cual se notificó al demandado pero se decretó desistimiento tácito porque el demandado jamás compareció a la prueba de ADN pese a que la madre y el menor de edad han acudido en varias oportunidades a la toma de muestra de sangre para posterior ADN y teme que en este nuevo proceso, iniciado en el año 2010 acontezca lo mismo.

El Juzgado de Familia se defiende indicando la falta de interés de la madre del menor de edad y destaca las comisiones realizadas a la Policía de Pereira para notificar al demandado, quien en el acto de notificación manifestó no contar con los recursos económicos para desplazarse a la diligencia de ADN e indica que en otras ocasiones se ha rehusado a recibir la citación para la prueba de ADN.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalaraja de Buga concedió la tutela, considerando que era urgente determinar la filiación del menor de edad para que se ejerza el derecho al nombre, a tener una familia, personalidad jurídica, capacidad de goce, estado civil, domicilio, patrimonio, etc., y si el presunto padre es renuente en la práctica de la prueba de ADN, debe aplicarse el precedente establecido por la Corte Constitucional Colombiana[431].

Establecido entonces que el juez/a debe practicar las pruebas conducentes, pertinentes y útiles para decidir de fondo, el proceso seguiría con los restantes medios de prueba, la realización de la audiencia inicial, de instrucción y juzgamiento, en las cuales demandaría realizar las actividades de dirección en torno al esclarecimiento de la verdad biológica.

Esquematizados las posibles incidencias de forma para el arribar decisión de fondo de la acción de filiación, encontramos también otras incidencias que directamente colocan en riesgo el derecho a tener una familia, libre desarrollo de la personalidad y al amor, que si bien el operador/a jurídico/a pueda percibir en curso del proceso de filiación, que es muy común en los estrados judiciales, procede a archivar el proceso, luego de haber ordenado las correcciones en el registro civil, sin tomar medidas para procurar superar esas situaciones, por tanto, no se restablece la dignidad familiar, entendida como el derecho a vivir bien en familia y sin humillaciones, pues si un integrante del grupo familiar niega el vínculo filial ya decretado e ignora la presencia de un nuevo miembro en la familia, quebranta la posibilidad que tiene todo ser humano, por el simple hecho de existir, de disfrutar de la compañía, amor, solidaridad y respeto de sus parientes.

Por ejemplo, luego de haberse acreditado el vínculo consanguíneo, el padre aun no acepta su rol y dice no tener ningún afecto por su hijo/a, que pagará los alimentos, sin que nadie pueda imponerle el deber de amar a su hijo/a. ¿El Estado debería apartarse aun sabiendo que esa actitud puede afectar el bienestar y la salud mental del hijo/a[432]?

---

[431] Ver Sentencia T-997 del 24 de octubre de 2003 y C-808 de 2002.

[432] La acción de filiación y el derecho de familia en general deberían valorar la complejidad de los derechos que se pretenden salvaguardar, más allá de aspectos patrimoniales, en tanto la omisión o retardo en el acceso a la justicia, puede traer serias consecuencias en la vida y salud mental de una persona. Al respecto, Gómez (2007) establece que “la construcción de la identidad personal es, a juicio de los psicólogos, una cuestión tan esencial para el ser humano como la alimentación o la seguridad, y su desarrollo, fundamental para la salud mental” (p. 94) “El desarrollo adecuado de la misma es fundamental para la salud mental de las personas, de manera que la construcción de una identidad negativa o la falta de integración entre los diversos aspectos de la identidad puede derivar en diversas patologías psíquicas y sociales” (p. 32).

También es muy común que la madre, luego de haber acudido a los estrados judiciales en representación de su hijo/a, pretendiendo la filiación paterna, sienta que su honor y buen nombre han sido trasgredidos al no haberse hecho el reconocimiento voluntario, por lo cual luego de conocer los resultados de compatibilidad genética entre padre e hijo/a, manifiesta que lo único que necesita de este es la cuota alimentaria, en tanto ella es apta para atender sola todas las necesidades de su hijo/a, frente a lo cual, el funcionario/a judicial, como ya cumplió con la definición de la filiación y los progenitores han asumido las responsabilidades del cuidado físico y sostenimiento económico del hijo/a, procede a archivar el proceso, sin preocuparse de los vacíos emocionales que la ausencia del padre puedan generar en el hijo/a.

Así también, en los procesos de impugnación de paternidad se puede encontrar que luego de que se realiza la prueba de ADN, que confirma la compatibilidad genética entre padre e hijo/a, se torna en imposible el acercamiento entre ellos, ya sea por considerar un agravio al honor de la mujer el haberse dudado de la paternidad o porque el padre aun después de los resultados de la prueba de ADN no acepta la relación con su hijo/a.

Y en las acciones mixtas, puede acontecer que se determina hacer las correcciones en el registro civil para que la persona que estaba inscrita como padre, pierda esa calidad y en su lugar se ordena hacer la inscripción de una nueva persona, en tal caso, por la trascendencia de la decisión en la vida de los miembros de la familia, ese cambio genera también una altercación emocional al interior de la misma.

Con ello se denotan que son múltiples los factores que explican las tensiones de distanciamiento y existencia de resentimientos entre padre y madre en la acción de filiación que repercuten en la relación que se tenga con el hijo/a, de allí la importancia de que al interior del proceso de filiación se haga el acompañamiento debido para lograr la estabilidad emocional requerida, pues no debe ser fácil asumir e interiorizar la condición de padre, madre e hijo/a, que fue impuesta por el juez/a, aun en contra de su voluntad, sin que exista un mínimo acompañamiento sicosocial.

Conclusiones

Conforme al art. 42 y 2 de la C.Pol. es deber del Estado conceder todas las condiciones al hijo/a para el pleno ejercicio de sus derechos y protegerlo/a frente a arbitrariedades que amenacen su desarrollo armónico, por lo cual si en el marco de la acción de filiación se observa en el núcleo familiar la carencia de conciencia sobre los deberes de afecto, protección, auxilio y respeto mutuo, estas son razones poderosas que justifican que los agentes del Estado, en procura de componer el tejido familiar, pongan a disposición el conocimiento de otras disciplinas, con profesionales que brinden asesoría psicopedagógica a cada miembro del núcleo y que hagan acompañamiento para superar las conductas y actitudes que pudieran generar disfunciones afectivas, utilizando estrategias para facilitar la comunicación, las expresión de sentimientos, de solidaridad y superación de duelos.

Por ello, en la acción de filiación, debería ser tarea jurisdiccional la protección integral del hijo/a[433], y el abordaje de manera intencionada y sistemática de los posibles distanciamientos de los nuevos integrantes de la familia, con el propósito de direccionar junto con un equipo interdisciplinario la atención familiar, actividades enfocadas a superar las diferencias y falta de comunicación, para propiciar en la familia escenarios de cuidado, apoyo, comprensión, armonía, producción y reproducción personal y social.

Lo anterior por cuanto, además de las exigencias constitucionales dispuestas en el art. 5 y 44 de la Carta Nacional, en la Ley 1361 de 2009, Ley de Protección Integral a la Familia -que tiene por objeto fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad-, el art. 42 de la C.Pol. establece el derecho de la familia a una vida libre de violencia, a la armonía y unidad, a vivir en entornos seguros y dignos, al respeto recíproco entre los miembros de la familia y al bienestar físico, mental y emocional.

Con ello, se deberían enmarcar un conjunto de acciones que realice el Estado a través de sus organismos, entre ellos los jueces/zas, de orientar, promover y fortalecer las familias, en el proceso de filiación, para que luego de la acreditación de compatibilidad genética, se ordenen las modificaciones en el registro civil y se tomen las medidas del caso, con el propósito de propiciar ambientes favorables que permitan el fortalecimiento del nuevo núcleo familiar.

[433] El art. 2 de la Ley 1857 de 2017 establece que las entidades encargadas de la protección de las familias y sus miembros deberán conformar equipos transdisciplinares de acompañamiento familiar.

Si es deber del Estado establecer estrategias para la sensibilización de la importancia de la familia (art. 5 de la Ley 1361 de 2009) el trámite de la acción de filiación no contempla una etapa en la que se ventilen las incidencias de vulnerabilidad o de violación de los derechos al amor, acompañamiento, apoyo y solidaridad, para que haya atención familiar y actividades dirigidas a vincular a los miembros de la familia a rutas de atención, con el propósito de generar espacios de reflexión y comunicación de los miembros de la familia, potenciar sus recursos afectivos y superar las condiciones de violencia.

Si "son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que estructuran y brindan cohesión a la institución <familiar> (Consejo de Estado. Sentencia 17997-2013 del 11 julio), entonces, ¿desde la acción de filiación, se procura estrechar los lazos de afecto que se decretan por el juez/a, cuando se observan dificultades en la interacción emocional? No, a la fecha no se toma ninguna medida al respecto.

Si se denota que la madre o el padre imponen al hijo/a obstáculos en entablar y mantener relaciones interpersonales con el otro y que ello genera temores y culpas en el hijo/a por sentir afecto hacia alguno de ellos, ¿qué se hace en la acción de filiación para defender la libertad espiritual del hijo/a? No, a la fecha no se toma ninguna medida al respecto.

No hay una norma procesal que taxativamente informe de una etapa subsiguiente a la acreditación de los lazos de parentesco que imponga al juez/a de familia el deber de ocuparse de esos asuntos, pero de una interpretación holística del ordenamiento jurídico, se infiere que el juez/a de familia no puede ser ajeno a esas realidades familiares, por lo cual le corresponde direccionar las medidas necesarias para potencializar en las familias la capacidad de desarrollar y respetar las expresiones de afecto, de agencia de sus derechos como familia, con el fin de lograr el desarrollo integral y expansión de sus libertades[434].

Con ello, se espera que la jurisdicción de familia contribuya en ese reconocimiento del otro/a como pariente y que se aporte, junto con un equipo interdisciplinario, a que en la familia se permita la instalación de los afectos, las emociones y los sentimientos de manera asertiva (Galvis, 2015, p. 1).

[434] En cuanto al desarrollo integral, el CIA en el Artículo 1 menciona como finalidad del Código de Infancia y Adolescencia "garantizar a los niños, a las niñas, y a adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de su familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (…)."

Para ese proceso, se espera receptibilidad de los involucrados, pues como familia, debe generarse escenarios de interacción de cada uno de los miembros, para que culminada la etapa de fortalecimiento familiar, las tensiones que surjan puedan ser resultas por ellos mismos, como agentes protectores y responsables de su propio bienestar.

Pero, vale preguntarse ¿qué acontecería si alguno o ninguno de los involucrados en el proceso de filiación quiere participar en esa etapa?

Al respecto, hay que precisar que las familias son corresponsables en la garantía de los derechos individuales de sus integrantes, es decir que si bien el Estado tiene el deber de garantizar el fortalecimiento de la familia, también es deber de cada de uno de sus miembros contribuir en ese proceso que lo afecta, no solo como sujeto titular de derechos, sino como responsable frente al colectivo de la familia. Esa doble dimensión explica la interacción de las relaciones, de lo cual se denota que el Estado "no podrá invocar el principio de corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales" (art. 10 CIA).

Por ello se propone que si luego de sensibilizar a la parte sobre la importancia de cumplir la orden que imparte el juez/a de participar en la etapa de fortalecimiento familiar, sería necesario dar aplicación a las potestades de ordenación y corrección, para tomar todas las decisiones que sean necesarias con el propósito de prevenir los riesgos a la salud mental y restaurar la dignidad. Para ello, es importante desarrollar una actitud propositiva, consciente no solo de las realidades que se perciben en la acción de filiación, sino también de los impactos que pueden generar la falta de dirección del juez/a para superar el rechazo a asumir y permitir que se generen los roles familiares.

Para ello, sería necesario que se defina un modelo de atención de fortalecimiento de los lazos familiares concomitante al proceso de filiación -hasta ahora inexistente en Colombia- con enfoque de derechos, que reconozca el contexto del litigio, la pluralidad familiar, de acuerdo a las regiones, orígenes, etnias, etc, para que luego de un análisis de identificación de factores de generatividad y de conflicto al interior de la involucrados en el proceso de filiación, se pueda reconocer y fortalecer sus recursos afectivos, con el propósito de que lleven una vida sin violencias, de acuerdo con sus intereses y con respecto a las diferencias.

Sin embargo, la inexistencia de ese modelo, no le impide al juez/a de familia actuar, ya que tiene la potestad de fallar *ultra y extra petita* por lo cual podría de ejercer los poderes de ordenación hacia el ICBF, entidad que tiene como misión lograr en la familia el desarrollo de sus recursos y potencialidades en entornos seguros[435], con el propósito de procurar la atención por expertos para promover la identificación y fortalecimiento de los potenciales de desarrollo familiar. Con esa colaboración armónica, que emana del art. 113 de la Carta Nacional, el juez/a puede hacer seguimiento sobre la prevención, protección, promoción, garantía, restablecimiento, desarrollo y el goce efectivo de los lazos familiares que se decretan en el proceso de filiación.

En esa medida, intervendrían nuevos actores, en el proceso de filiación, expertos en las ciencias sociales y humanas como la psicología, trabajo social, antropología, etc, que harían parte del ICBF y que aportarían desde su conocimiento y experiencia, maneras de forjar los canales de comunicación, manejo de normas, resolución de conflictos y apropiación de roles.

Entonces, sobre las incidencias de fondo en las acciones de filiación, podría procurarse una solución desde la dirección del juez/a de familia, con el apoyo del ICBF[436], de fortalecer a la familia, de servir al bienestar de la familia, velar por su integridad, exigir a los padres el cumplimiento de sus obligaciones, cooperar con la familia en la supervivencia y formación.

En esa altruista labor está inmerso el juez/a de familia, de suerte que sus poderes devienen en facultades para lograr que los particulares se sometan a la administración de justicia con la observancia de los trámites y procedimientos propios de cada proceso, a efectos de

---

[435] Según el Lineamiento Técnico del Modelo para la Atención de los Niños, las Niñas y Adolescentes, con Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados, la responsabilidad misional del ICBF de lograr el desarrollo de sus recursos y potencialidades en entornos seguros y además el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal, "en este sentido, tienen la misión de coordinar, articular y movilizar a todos los agentes del sistema que tienen responsabilidad en el reconocimiento, la garantía, la prevención de la vulneración y el restablecimiento de los derechos, para que cumplan con sus obligaciones en el marco de las competencias que la ley les asigna".

[436] En el Lineamiento Técnico del Modelo para la Atención de los Niños, las Niñas y Adolescentes, con Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados también se establece que "el ICBF tiene como propósito que las familias y la comunidad reconozcan su dignidad, asuman el valor de su palabra, reconozcan y expresen sus saberes e intereses y ejerzan sus derechos tal como les corresponde, en un Estado Social de Derecho. Igualmente, que las entidades encargadas de facilitar su desarrollo y bienestar, reconozcan sus capacidades y recursos para co-construir vínculos de cuidado basados en el respeto, la confianza y la solidaridad que les permitan avanzar conjuntamente en el logro de sus proyectos o planes de vida familiar en entornos garantes y seguros".

impartir justicia haciendo efectivos los derechos y salvaguardar a la familia (CC C-808/2002 de 3 octubre).

Esos poderes de instrucción, orientación y corrección, llamados poderes frente al ciudadano parte del proceso[437], no deben ser tenidos como privilegios para el juez/a de familia[438], sino como deberes, con soporte en el art. 2 de la C. Pol, en la medida que depende del despliegue de esas potestades cumplir la función que les fue encomendada, que no es otra que proteger a todas las personas que concurren al estrado judicial, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar en sus decisiones, el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

6. Desafíos para las acciones filiación.

En primer lugar, es importante dejar claro que en este estudio no se pretende examinar todos los retos que tienen las acciones de filiación, pero si se quiere dejar sentado el debate sobre las técnicas de reproducción humana asistida y las acciones de filiación; no se pretende resolverlo, porque ello desbordaría el objeto propuesto en este trabajo, pero si se perfilarán algunas ideas para desatar la inquietud en los lectores de los interesantes desafíos que deben enfrentar los agentes del Estado y todos los operadores jurídicos a la hora de analizar algunos de los casos que se generan con las técnicas de reproducción humana asistida[439].

Como se anotó en el capítulo II, la filiación está sometida a una serie de presunciones de las cuales se desencadena la determinación de los vínculos filiales entre madre, padre e hijo/a. precisaba en ese aparte que para la determinación de la maternidad, madre es quien da a luz al hijo/a[440] y en esa medida, el demandado en la acción de reclamación o investigación de la

[437] Porque de manera imperiosa se le exige colaborar con la justicia.

[438] El capítulo primero del Código Iberoamericano de Ética Judicial establece que las potestades conferidas al juez/a no están dirigidas a situarlo/a en una posición de privilegio, pues su razón de ser, es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.

[439] En este aparte no nos referiremos a la reproducción natural, sino asistida o "artifical", es decir aquella en la que "la fecundación del óvulo se hace sin unión sexual o ayuntamiento, aunque tales conceptos no son del todo precisos porque ambos procesos son biológicos y siguen las leyes naturales de la reproducción celular. La inseminación artificial es, entonces, la fecundación científicamente asistida del óvulo, que puede hacerse en el útero de la madre o fuera de éste (*in vitro*); con semen de la pareja o de un donante (Torrado, 2018, p. 181).

[440] El nuevo título de determinación legal de la maternidad es una declaración de voluntad formal e irrevocable, por analogía con otras declaraciones de voluntad semejantes que permiten determinar la filiación por asunción voluntaria del autor (arts. 118 y 120), y susceptible de impugnación por vicios del consentimiento (art. 138 CC). Sin embargo, el título de determinación legal de la maternidad establecido por el art. 7.3 LTRHA se diferencia

paternidad, es el hombre, que posiblemente cohabitó con esa mujer durante la época de la concepción[441]; en las filiación matrimonial, padre es el esposo de la mujer que dio a luz.[442]

Es cierto que la gestación como criterio único en el establecimiento de la filiación por naturaleza proporciona gran seguridad. No solo por las tradicionales razones sobre la posible comprobación de la realidad (el parto), sino también porque los avances técnicos ponen en evidencia la dificultad que supone acoger otro. (Vaquero, 2018, p. 22).

Sea del caso precisar que existe un álgido debate en España sobre la determinación e impugnación de la filiación, respecto de los hijos/as nacidos con uso de las técnicas de reproducción humana asistida. En Colombia poco se ha avanzado sobre el tema, por lo tanto en este acápite sobretodo me referiré el desarrollo que se ha dado en España.

Con el reconocimiento de la conformación familiar no tradicional, para las acciones de filiación, se ha visto que esas presunciones de antaño deben varían para efectos de ampliar la protección a las nuevas formas de familia y de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por ejemplo:

- Encontramos en el punto 2 del FD 3o de la STS de 5 de diciembre de 2013 que puede determinarse la filiación una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida para concebir un hijo… "constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras", hasta el punto que "dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige". (Quicios, 2018, p. 25).

- La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida Española previó la posible determinación de la maternidad de la esposa de la madre sin necesidad de adopción[443], con su consentimiento, cuando la esposa de la madre haya recurrido a la

---

de estas otras declaraciones de voluntad que el ordenamiento recoge como títulos de determinación de la filiación por naturaleza (en esencia reconocimientos de una filiación natural (Quicios, 2018, p. 4).

[441] La filiación no matrimonial por naturaleza, determinada por ambas líneas, es necesariamente heterosexual: el art. 8 LTRHA no es aplicable a las parejas femeninas no casadas (Barber, 2013, p. 170)

[442] En Colombia se aplica también esa regla, además de los matrimonios, a las uniones maritales de hecho.

[443] La adopción era la única alternativa posible antes de la aprobación del art. 7.3 LTRHA (RRDGRN de 30 de septiembre de 20.04 y 5 de junio de 2006 (RJ 2004\664 y BOE 28.8.2006). En la actualidad la adopción por la esposa de la madre biológica también puede producirse.

reproducción asistida (supuesto previsto ya desde 2007 por el art. 7.3 LTRHA), y ahora también cuando la reproducción tiene su origen en una inseminación doméstica, con semen donado por un conocido (un amigo o un varón con el que se contacta a través de una página web que persigue esta finalidad) o con semen comprado en un banco internacional de semen[444]. (Quicios, 2018, p. 2).

- La gestación por sustitución[445] constituye actualmente un asunto muy controvertido en el debate bioético[446], con fuertes implicaciones, además, en el derecho de familia, en tanto que, de ser admitida, supondría la quiebra del tradicional principio de certeza de la maternidad formulado por PAULO (*mater semper certa est)*[447]*,* así como el establecimiento de una filiación fundada en el consentimiento de quienes desean ser padres, distinta de la adopción. (Vaquero, 2018, p. 1).

---

[444] Este caso corresponde a una demanda sobrevenida de las mujeres lesbianas, atendida por la RDGRN de 8 de febrero de 2017 (1a), que fue la respuesta a una enorme presión social, impulsada por Brenda y María José, casadas desde 2007 y con tres hijos, que consiguieron más de 100.000 firmas a favor de que se reconozca el derecho de los matrimonios de mujeres a inscribir en el Registro Civil a sus hijos sin necesidad de acreditar el origen de la gestación, es decir, sin acreditar que deriva del empleo de técnicas de reproducción humana asistida. (Quicios, 2018, p. 10).

[445] Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, de 16 de mayo de 2017 (ICBMS), "en la adopción no existe el acuerdo previo entre la mujer que gesta un niño y las personas que asumirán la paternidad que, sin embargo, es la causa de toda gestación subrogada. Se trata, pues, de una práctica inédita hasta los tiempos recientes y con un enorme impacto en todos los planos de la vida humana: cultural, social, ético y jurídico". Es, precisamente, ese plano convencional o contractual del proyecto parental el que proporciona los principales argumentos en contra de la gestación por sustitución a los que luego haremos referencia. (Vaquero, 2018, p. 3).

[446] La que la mujer gestante no aporta su material genético (se recurre a la fecundación in vitro: FIV) para evitar que exista un vínculo importante de la misma con el niño gestado; con rechazo de la "gestación por sustitución tradicional" en la que la gestante aporta, además, su material genético (en este caso se somete a inseminación artificial: IA). También que, a nivel mundial, predominan los supuestos de gestación por sustitución comercial en que media una retribución, aunque en las regulaciones más cercanas a la nuestra (Portugal) solo se admite la gestación por sustitución altruista (si bien se compensan los gastos a la mujer gestante). Finalmente, que suele exigirse la incapacidad para gestar de la madre intencional, descartando la "gestación por sustitución social", este caso, el recurso a la técnica no responde a la imposibilidad de gestar, sino que la decisión de la madre intencional estriba meramente en razones estéticas o profesionales- (Vaquero, 2018, p. 5).

[447] La gestación por sustitución va mucho más lejos, pues la voluntad de construir una relación parental no implica solo una eventual ficción determinante de una filiación puramente legal (arts. 7.3 y 8.1 y 2 LTRHA), sino que supone, además, la negación de la maternidad legal de la mujer que gesta al hijo/a (madre biológica o, al menos, fisiológica). El propio concepto legal de "gestación por sustitución" comprende la "renuncia a la filiación materna" (art. 10 LTRHA). No obstante, las propuestas de regulación –y admisión- del contrato de gestación evitan hablar de "renuncia" y se limitan a atribuir el hijo/a a los padres comitentes, y a negar cualquier vínculo con la mujer gestante, resaltando así que la maternidad no corresponde en ningún momento a la misma. Supondría la quiebra de la certeza de la maternidad anudada a la gestación y al parto, en torno a la cual se ha construido históricamente el sistema de filiación, certeza que se ha mantenido, incluso, cuando las técnicas de reproducción asistida han posibilitado la utilización de material reproductor donado (arts. 5 y 11.4 LTRHA), dando preferencia al elemento fisiológico o gestacional respecto del elemento puramente genético (arts. 7.1 LTRHA y 44.3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil [LRC]) (Vaquero, 2018, p. 3).

- Puede acontecer en los casos de inseminación artificial domestica precedida de un documento en el que el varón donante de semen renuncia a todo "derecho de paternidad que pudiese tener sobre la menor (sic) que naciera de dicha inseminación"[448]. Obviamente, y aplicando un dogma hoy por hoy indiscutible (no sabemos en el futuro), esta renuncia no tiene ninguna eficacia al afectar al estado civil de filiación[449]; por lo tanto, cuando el varón se arrepiente y reclama que se determine su paternidad biológica, impugnando la segunda maternidad contradictoria con su paternidad, se estima su demanda conforme con la verdad biológica (Quicios, 2018, p. 16).

- Hay la necesidad de replantear el sistema de las acciones de filiación, en el supuesto de que la pareja de mujeres se ha separado, y hay enfrentamiento porque la madre gestante no quiere que quede determinada la maternidad de su expareja, (Quicios, 2018, p. 2).

- La fecundación *post mortem* permitida por el art. 9.2 LTRHA admite que la concepción del hijo/a sea posterior a la disolución del matrimonio, cuando el material genético del marido se utilice, para su "generación" dentro de los doce meses posteriores a su fallecimiento. El plazo que difiere al de la presunción. (Barber, 2013, p. 129).

- Habrá asuntos en los que el marido consiente que su esposa se someta a alguna técnica de reproducción asistida[450], caso en el cual regirá la presunción de paternidad del art. 116 CCE, que opera automáticamente y por ello permite inscribir al hijo/a de una mujer casada sin necesidad de aportar ninguna declaración de voluntad, pero el consentimiento del marido a la fecundación asistida evitaría que pueda impugnarse después la paternidad por no coincidir con la verdad biológica -art. 8.1 LTRHA

[448] Además, es posible que dos mujeres acuerdan con un varón que una de ellas se inseminará con su esperma, sin asumir ningún compromiso por ello, cuál sería la validez por lo que respecta a la determinación de la filiación conforme a las reglas legales aplicables.
[449] Y así lo declara la audiencia en SAP Valencia (Sección 10a), de 27 de noviembre de 2017.
[450] En Colombia "se considera que quien así actúa contradice los parámetros de la buena fecha objetiva al comportarse de forma incoherente con sus precedentes determinados, restricción con la cual, además, se protegen de mejor manera los intereses del menor (sic) y de la familia. Por el contrario si el marido no brindó el consentimiento al procedimiento de fertilización realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad derivado de la presunción a la que arriba se hizo referencia (CSJ SC, 20 Feb. 2013, Rad. 2006-00537-01).

(Quicios, 2018, p. 7). En esa medida, tal consentimiento tiene efectos también en las acciones de filiación[451], cuyo objeto no viene ya dado por el descubrimiento de la verdad biológica, sino por la posibilidad de imponer la paternidad a partir de aquél[452], y la imposibilidad de impugnarla (Barber, 2013, p. 44).

Estos casos escapan de los dos tipos de filiación a los que se refiere el art. 108 CCE[453]. Dejando a un lado el fundamento de la norma, conectada obviamente con el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, en igualdad de condiciones con los matrimonios entre hombre y mujer y la posibilidad de que una mujer casada con otra mujer pueda recurrir válidamente a una fecundación asistida permaneciendo el donante anónimo.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico español respeta y reconoce el deseo de crear una familia protegida constitucionalmente (arts. 32 y 39 de la Constitución), y abre un cauce legal para que dos mujeres casadas puedan formar extrajudicialmente -sin necesidad de tramitar una adopción- una familia con los hijos/as que una de ellas tenga recurriendo legalmente a alguna técnica de fecundación asistida. Lo mismo ocurre cuando el marido, o el varón no casado, consiente la fecundación heteróloga de su esposa, o pareja de hecho, y queda determinada su paternidad como consecuencia de la presunción de paternidad matrimonial (art. 116 CC, en concordancia con los arts. 6.3, 7.1 y 8.1 LTRHA), o del reconocimiento de la paternidad no matrimonial (art. 120.1 y 2 CCE en concordancia con el art. 7.1 LTRHA) (Quicios, 2018, p. 6).

[451] El consentir se está convirtiendo en un reconocimiento voluntario, lo que implica que de alguna manera se está evadiendo el régimen de adopción del hijo/a de la cónyuge, pero cómo se enteran los padres y el médico que practica el procedimiento, esta realidad no ha tenido trascendencia jurídica. Por ello en vista de las insuficiencias de la poca legislación al respecto en Colombia, sería conveniente que se expidiera una normatividad que solucionara los problemas que plantea el uso de estas técnicas. (Gallo, 2015, p. 189).

[452] Ante la nueva normatividad de la LTRHA y su interpretación en la doctrina se puede concluir que el consentimiento, del marido o varón no casado en las técnicas de reproducción humana asistida, hoy puede ser considerado en España, como una posible forma de determinación de la filiación, pero solo desde el punto de vista conceptual, porque no solo se encuentra contemplado como tal (valga advertir: en ninguna de las legislaciones que se comparan) sino y especialmente porque la filiación tiene una estrecha relación con el estado civil como uno de los atributos de la personalidad que es indisponible (Gallo, 2015, p. 190).

[453] El art. 108 CCE establece que “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí (…) La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Por otro lado, al tratar de amoldar el ordenamiento jurídico a las necesidades y aspiraciones legítimas del ser humano[454], surge desafíos en la protección de las nuevas formas de vinculo filial. Por ejemplo, tenemos una nueva forma de maternidad, que no emanada del parto, sino que tiene distinto fundamento del título de atribución, previsto por el art. 7.3 LTRHA, que palmariamente no es la verdad biológica sino la voluntad de querer ser madre[455]. 2018, p. 5).

En estos supuestos se prescinde legalmente de la verdad biológica como fundamento de la filiación no adoptiva que queda determinada, porque el uso consentido de técnicas de reproducción asistida para conseguir la concepción del hijo/a[456]. (Quicios, 2018, p. 6).

Quicios (2018) considera que no sería posible que la esposa que consiente, o la madre gestante que no se opone a la inscripción del nacimiento con esa doble maternidad, puedan después impugnar la segunda maternidad con el argumento de que la gestación no ha derivado del uso de técnicas de reproducción asistida. Aunque el art. 8 LTRHA no sea aplicable, el consentimiento prestado debe considerarse irrevocable, y sólo cabría impugnarlo por vicios del consentimiento (art. 141 CCE). Un reconocimiento de filiación, como declaración de voluntad que es, resulta irrevocable por su autor (art. 741 CCE), igual que es irrevocable una adopción (art. 180.1 CCE) (p. 16).

Por otro lado, la jurisprudencia admite, en ocasiones, yendo más allá de lo expresamente previsto por el legislador, una disociación entre el elemento biológico y el jurídico. Así sucede con los reconocimientos de complacencia que considera válidos, al entender que “el Código civil no establece como requisito estructural para la validez del reconocimiento que este se

[454] Si como regla general el deseo de ser padre o madre de una persona no basta para que quede determinada legalmente la filiación deseada, pues la verdad biológica es la clave del sistema de filiación y en su defecto ha de acudirse a la adopción, sería discriminatorio permitir que la esposa de una mujer que ha tenido un hijo/a consienta en cualquier momento posterior al nacimiento que quede determinada su maternidad no adoptiva. En el nuevo régimen diseñado en 2015, concordando los arts. 7.3 LTRHA y 44.5 LRC/2011, ha desaparecido la necesaria declaración de voluntad previa al nacimiento, pero cabe interpretar, que esa declaración de voluntad está en todo caso limitada en el tiempo, pues debe coincidir con la inscripción del nacimiento dentro de plazo. (Quicios, 2018, p. 7).

[455] La declaración de maternidad, ha de hacerse al inscribir el nacimiento del hijo/a, y debería consentirla la madre gestante. Tras la RDGRN de 8 de febrero de 2017 ya no es necesario acreditar, con un certificado de una clínica autorizada, que la concepción fue asistida. (Quicios, 2018, p. 5)

[456] Así, encontramos en el punto 2 del FD 3o de la STS de 5 de diciembre de 2013 que puede determinarse la filiación una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo/a… «constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras», hasta el punto que «dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige». (Quicios, 2018, p. 25).

corresponda con la verdad biológica" (STS 15 de julio de 2016 [JUR 2016, 3196]). Y lo mismo cabe señalar respecto de la RDGRN de 8 de febrero de 2017 que admite la determinación de una segunda maternidad por naturaleza, aunque la gestación no sea consecuencia de una técnica de reproducción asistida. (Vaquero, 2018, p. 2).

Por lo visto, la libertad de procreación significa un ámbito de decisión sustraído a la injerencia estatal, pero no existe un derecho a exigir al Estado el acceso a las técnicas de reproducción asistida en cualquier circunstancia[457], ni un derecho fundamental a la procreación o reproducción a toda costa (Vaquero, 2018, p. 20)

A Vaquero (2018) le parece que la aspiración de tener un hijo biológico legitima en alguna forma de cualquier forma de procreación, relegando el establecimiento de la filiación por la mera voluntad. Se pone en evidencia que la figura de la adopción, (alternativa legal) no se descarta (o no solo) por las dificultades y duración del proceso, sino porque lo que se persigue no es ser padres, sino padres de un hijo/a con carga genética propia[458]. (Vaquero, 2018, p. 21).

La Constitución Española de 1978 art. 14, también recogió el principio de igualdad, prohibió cualquier discriminación en razón del nacimiento y en el art. 39.2 estableció que los poderes públicos asegurarían la protección social, económica y jurídica de los hijos/as con independencia de su origen filial considerados todos iguales ante la ley. (Gallo, 2015, p. 175).

En esa medida, a los hijos/as nacidos bajo las TRAH también hay que garantizarse la definición de su filiación, pero bajos ciertos parámetros o precisiones que han de matizarse, en tanto han mediadon las técnicas de reproducción humana asistida. Porque, si la regla general en las acciones de filiación *stricto sensu* es que la actividad judicial se dirige al descubrimiento de la verdad biológica, mediando dichas técnicas resultará sustituida por el

[457] Es importante tener en cuenta que si bien las técnicas de reproducción humana asistida han permitido a quienes no pueden ser padres por los medios naturales serlo a través del uso de cualquiera de ellas, también han llevado al sometimiento del Derecho, en algunas ocasiones, a la voluntad de las personas que intervienen en estos procedimientos desconociendo los efectos jurídicos que ello puede acarrear. "El derecho debe ir adaptándose a las realidades sociales del momento; no puede, ni legislar sin prever las consecuencias de las normas, ni guardar silencios culpables soslayando realidades". (Gallo, 2015, p. 203).

[458] A emergencia del deseo de un hijo/a biológico destaca la existencia de un potente ideal cultural acerca de la maternidad y la paternidad, que presiona como mandato ideológico; y que es esa búsqueda la que lleva a exigir la legitimación de dichas prácticas. (Vaquero, 2018, p. 22).

juicio sobre la voluntad formalizada legalmente por quien consintiendo su práctica asumió su papel de padre legal. (Barber, 2013, p. 224).

De hecho, Barber (2013) nos habla de la crisis del sistema de las acciones de filiación recogido en el Código Civil: por el conflicto que se genera entre verdad biológica y el consentimiento, en tanto, el Código dedica sendos capítulos a las acciones de reclamación e impugnación de la filiación, dentro de las que se atiende a un doble criterio de distinción, que la filiación sea o no matrimonial y que exista o no posesión de estado. A partir de ese triple criterio de clasificación, el legislador de 1981 alumbró un complicado régimen de acciones de filiación, que responde a un sistema sustentado en la filosofía inspiradora de la Ley 11/1981. Ésta puede resumirse en la afirmación del carácter rector del principio de verdad biológica, mas no como absoluto ni único, sino modulado o matizado por otros como el de seguridad jurídica y estabilidad del estado civil, que justifican la aplicación o restricción de la legitimación activa en función de la existencia o no de posesión de estado y del tipo de acción ejercitada (…) ahora bien, este sistema se encuentra hoy sumido en una crisis radical, consecuencia del desarrollo alcanzado en la interpretación de los derechos fundamentales. Así lo ha evidenciado la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las cuatro sentencias que han declarado la inconstitucionalidad de los dos pilares más representativos del mismo, como son los arts. 133 y 136 CCE, que recogen respectivamente la acción de reclamación de la filiación carente de posesión de estado y la de impugnación de la filiación matrimonial. Acciones que, además de constituir la clave misma del sistema, son las de más frecuente planteamiento en la práctica (Barber, 2013, p. 236).

Lo anterior, por cuanto, en la reproducción asistida se ha sustituido el dato biológico por el consentimiento para la práctica de tales técnicas, pero el legislador ha optado por la sumisión al régimen general del Código civil, recogiendo exclusivamente unas reglas excepciones, manifiestamente insuficientes, que exigen del intérprete una difícil integración. Por consiguiente, ha de entenderse que también en la reproducción asistida resulta de aplicación la distinción entre las acciones de filiación en sentido amplio, donde el objeto de la pretensión viene dado por los títulos de determinación, y en sentido estricto, ligadas a la demostración de la existencia de ese consentimiento que sustituye a la verdad biológica. Pero en ambas es imprescindible introducir modulaciones importantes (Barber, 2013, p. 237).

En Colombia tras varios intentos de ley en el Congreso de la República sobre la Reproducción Humana Asistida, ninguno de ellos ha sido aprobado; no existe en el derecho colombiano, hasta la fecha, legislación al respecto; sin embargo, existen ciertas normas que pueden tomar como referencia en algunos temas. Es diferente a lo que ocurre en el derecho común español, donde se han expedido varias leyes desde 1988 (Ley 35/198, posteriormente la Ley 45/2003, hasta llegar a la 14/2006). (Gallo, 2015, p. 177).

Encontramos que en la legislación colombiana, la ley 29/1982 art. 1, estableció igualdad en derechos y obligaciones para todos los hijos/as, legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. Posteriormente la Constitución Política de 1991 en su art. 13 recogió el principio de igualdad prohibiendo cualquier discriminación por razón del origen familiar, y en el art. 42 inc. 6, que es el fundamento constitucional del derecho de familia, reiteró que todos los hijos/as, matrimoniales, extramatrimoniales, adoptados, procreados con o sin asistencia científica, tendrían los mismos derechos; elevando a rango constitucional los derechos de los hijos/as fruto de las técnicas de reproducción humana asistida (Gallo, 2015, p. 175).

Sobre las acciones de impugnación, Torrado, 2018, escribe que en Colombia, cuando se trata de hijos/as habidos mediante reproducción artificial o con asistencia científica, el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad prevista en el artículo 214 del Código Civil colombiano no es idéntico, en cuanto que resulta irrelevante demostrar la ausencia de vínculo consanguíneo, y aquélla debe centrarse en la demostración de la ausencia o vicio del consentimiento al momento de autorizar el proceso de reproducción asistida (Torrado, 2018, p. 127).

Al respecto, la CSJ, Sala de Casación Civil, MP. Ariel Salazar Ramírez, SC6359-2017, Radicación n° 54001-31-10-009-2009-00585-01, diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), preciso que los hijos/as habidos en el matrimonio, por fuera de él, adoptados y los procreados naturalmente o con asistencia científica tienen el mismo estatus jurídico; agrego que debe considerarse que la filiación por medio de reproducción artificial es una modalidad más de las situaciones cobijadas por la presunción *part ist est* prevista en el art. 213 del Código Civil, de ahí que cuando los cónyuges o compañeros permanentes dan su consentimiento informado para que la mujer quede embarazada mediante las técnicas de inseminación artificial, el hijo/a concebido de esa forma durante el matrimonio o la unión

marital de hecho, se presume que tiene por padres a los cónyuges o compañeros; en cuyo caso éstos podrán ejercer la acción de impugnación de la paternidad prevista en el artículo 214 de Código Civil colombiano, mediante la demostración de la ausencia o vicio del consentimiento al momento de autorizar el proceso de reproducción asistida; nada tiene que extrañarnos esta filiación basada en la voluntad –sostiene la doctrina- puesta posibilidad de crear la relación paterno –filial por la voluntad constituye desde Roma una conquista de la legislación que no pierde nada de su virtualidad en contacto con los nuevos hechos de la biología y a la que se debe de atender, como importante y fecundo criterio, en la contemplación de las nuevas soluciones.

Por lo anterior, concluyo que la ciencia con sus avances ha permitido ser padres a quienes por razones ajenas a su voluntad no podían serlo, también ha generado un impacto en el concepto de familia, ha cambiado el paradigma en las relaciones paterno-filiales y en su constante evolución se puede decir que nos lleva cautivos hacia una dirección impredecible. (Gallo, 2015, p. 173).

El principio de verdad biológica en que se inspira el régimen de filiación no es absoluto y ha ido evolucionando hacia un concepto más social y afectivo, debiendo prevalecer siempre el interés del menor de edad; que la interpretación de las normas debe realizarse atendiendo a la realidad social en que han de ser aplicadas (Quicios, 2018, p. 9)

Conclusiones

1. En la actualidad para concebir la acción de filiación en Colombia y España, hay que tener en cuenta las modificaciones hechas a sus Códigos Civiles, la ratificación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Constituciones que rigen a los dos países y la adopción de la Convención de Derechos del Niño, que contemplan que con el nacimiento del ser humano surgen ciertos atributos como expresión de su individualidad, para que desde el seno de su familia, conociendo su entorno y procedencia, pueda definir su propio proyecto de vida, como manifestación de su dignidad, la cual en sus inicios se forja en la vida familiar, independientemente de si existe convivencia o no entre los progenitores.

2. El Estado no debe ser ajeno a la dinámica de vida familiar del ser humano y su filiación, por el contrario debería intervenir, en cumplimiento, entre otros, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia con la Ley 74 de 1968, que señala que el Estado debe conceder a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente en su preservación y existencia; cuya obligación irradia en la acción de filiación hacia propósitos que van más allá de la estricta formalidad de hacer las anotaciones de quién es el padre y la madre en el registro civil.

3. Tanto en España como en Colombia, la acción de filiación adolece de mecanismos para procurar el fortalecimiento familiar, la potencialización de los recursos afectivos de la familia y superar las condiciones de violencia y de discriminación. El trámite de la acción de filiación no contempla una etapa en la que se ventilen las incidencias de vulnerabilidad y de trasgresión a los derechos al amor, acompañamiento, apoyo y solidaridad, de afianzamiento de las relaciones familiares y de toma de decisiones por parte de los agentes del Estado, dirigidas a vincular a los miembros de la familia a rutas de atención.

4. A finales del siglo XX, con sustento en los avances del derecho convencional, la acción de filiación pasó de estar prohibida, a convertirse en un principio constitucional, para España y en un derecho fundamental innominado para Colombia, lo que hace falta es trasformar el proceso, para incluir como una parte de la acción la corresponsabilidad de los Estados en la supervivencia y formación de la familia, para que materialmente la acción de filiación sea un

mecanismo para la igualdad, el fortalecimiento de la familia, el bienestar del hijo/a y asignación de obligaciones equitativa a padre y madre.

5. Elevar la acción de filiación al rango constitucional por España y consagrarla para Colombia como un derecho fundamental innominado, desencadena que su realización sea una obligación que le asiste a los agentes del Estado de salvaguardar que todas las personas puedan acceder a la justicia y de agotar aun de oficio todos los medios a su alcance para resolver el asunto, ponderando los interés en conflicto y dando el impulso del caso para que el Estado no vulnere los propósitos constitucionales a la identidad, personalidad, salud mental y dignidad.

6. En la acción de filiación debería otorgarse a los agentes del Estado la potestad de tomar medidas, aun de oficio, para la integración del hijo/a en la familia paterna y la distribución de obligaciones de manera equitativa, entre padre y madre; en acatamiento a la obligación contemplada en los artículos 5 y 16 de la CEDAW, que disponen que el Estado debe tomar todas las medidas apropiadas para modificar el patrón sociocultural al interior de la familiar, respecto de la desigualdad de responsabilidades del hombre y la mujer en el cuidado y crianza del hijo/a y para garantizar el cumplimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos/as, asegurando los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en lo atinente a sus hijos/as y que en todos los casos, los intereses de los/as hijos/as sean la consideración primordial.

7. Si bien para Colombia no hay una norma procesal que informe de una etapa subsiguiente a la acreditación de los lazos de parentesco que imponga al juez/a de familia el deber de ocuparse del fortalecimiento familiar, de una interpretación holística del ordenamiento jurídico Colombiano, se infiere que el juez/a, comisario/a, defensor/a, procurador/a, personero/a, defensor/a público/a y todos los agentes del Estado colombiano que intervienen en la acción de filiación, tienen el deber constitucional de garantizar la identidad, personalidad, salud mental y dignidad al interior de la familia, por lo cual les corresponde direccionar las medidas necesarias para potencializar en las familias la capacidad de desarrollar y respetar las expresiones de afecto, de agencia de sus derechos como familia, con el fin de lograr el desarrollo integral y expansión de sus libertades.

8. Con la investidura judicial en Colombia, los agentes del Estado encargados de decidir las acciones de filiación deben tener en cuenta en las acciones de filiación, además de la legitimidad, términos de caducidad, medios probatorios, los intereses en disputa, la existencia de la filiación biológica y también la filiación vivida, para con ello conocer la complejidad real de la relación familiar en litigio y decidir privilegiando el interés que jurídicamente haya que protegerse.

9. Se propone que luego de sensibilizar a la parte sobre la importancia de cumplir la orden que imparte el juez/a en las acciones de filiación, sería necesario dar aplicación a los poderes de ordenación y corrección y hacer uso de la potestad de fallar *ultra y extra petita,* para tomar todas las decisiones que sean necesarias con el propósito de restaurar la dignidad de los miembros de familia y sobre todo del hijo/a. Para ello, es importante que los agentes del Estado desarrollen una actitud propositiva, consciente no solo de las realidades que se perciben en la acción de filiación, sino también de los impactos que pueden generar la falta de dirección del juez/a para superar el rechazo emocional y permitir que se desenvuelvan los roles familiares.

10. Las potestades de instrucción, orientación y corrección, llamados poderes frente al ciudadano/a, no deben ser tenidos como privilegios para el juez/a de familia, sino como deberes, con soporte en el art. 2 de la C. Pol, en la medida que depende del despliegue de esas potestades cumplir la función que les fue encomendada, que no es otra que proteger a todas las personas que concurren al estrado judicial, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar en sus decisiones, el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

11. Además de los poderes judiciales generales de ordenación, instrucción y corrección, el art. 386 del CGP establece para los jueces colombianos herramientas de dirección en las acciones de filiación, entre otras, que desde el auto admisorio de la demanda el juez/a ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad; el juez/a ordenará a las partes para que presten toda la colaboración necesaria en la toma de muestras; se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la

demanda cuando el demandado no se oponga a las pretensiones en el término legal, sin perjuicio de que el juez/a pueda decretar pruebas en el caso de impugnación de la filiación de menores de edad. En el proceso de investigación de la paternidad, podrán decretarse alimentos provisionales desde la admisión de la demanda, siempre que el juez/a encuentre que la demanda tiene un fundamento razonable o desde el momento en que se presente un dictamen de inclusión de la paternidad. Así mismo podrá suspenderlos desde que exista fundamento razonable de exclusión de la paternidad. Cuando además de la filiación el juez/a tenga que tomar medidas sobre visitas, custodia, alimentos, patria potestad y guarda, en el mismo proceso podrá decretar las pruebas pedidas en la demanda o las que de oficio considere necesarias, para practicarlas en audiencia.

12. Son más amplias las facultades de intervención conferidas a los agentes del Estado en Colombia, en tanto en España no es posible que de manera oficiosa se proceda a la investigación de la paternidad, o la determinación de alimentos, custodia y visitas para menores de edad, en caso de acreditarse la filiación; en Colombia no existe el principio de prueba para la admisión de la demandada, lo cual da apertura en mayor medida a la admisión de acciones. En España la acción de filiación descansa sobre cimientos dispositivos de las partes, en el ejercicio de su libertad de accionar y se limita a las pretensiones que se esbocen en la demanda.

13. Tratándose de acciones de filiación, los agentes del Estado debería desplegar una serie de poderes, para efectos de resolver el litigio, por lo cual considero que el sistema colombiano es el más completo, pues otorga mayores potestades a los agentes del Estado; se cuenta con comisarios/a y defensores/a de familia que podrían restablecer derechos al interior del acción de filiación y junto con la colocación institucional de la jurisdicción respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso, la independencia, imparcialidad y responsabilidad, el juez/a puede encontrar el equilibrio en el proceso y contribuir en la resolución de sus conflictos familiares a partir del fortalecimiento familiar.

14. La posición que propongo para los agentes del Estado, no quebranta la imparcialidad del juez/a, pues distinto al sistema penal, el juez/a de familia está sujeto a otro escenario jurisdiccional y es el referente al restablecimiento de derechos, de allí que se le encomienden esas medidas para efectos de proteger a todos los miembros de la familia y de manera

especial, a los niños, niñas y adolescentes. En el sistema penal actual, se le han restado facultades al juez/a, para evitar que en el/la se concentren las funciones investigar, acusar y juzgar, en garantía del principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, que resultaban quebrantados cuando la persona que juzgaba al procesado, fuere la misma que recogió las probar para acreditar su responsabilidad. En cambio, el juez/a de familia busca otros propósitos, en tanto tiene el deber de amparar a la familia -cualquiera sea su conformación- y a sus miembros, de allí que se establezca que en los asuntos de familia, el juez/a podrá fallar *ultrapetita* y *extrapetita*, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

15. En la actualidad, en España, aun sabiendo que con la determinación de la filiación surge el derecho de alimentos y sabiendo que se trata de una garantía que tienen los niños, niñas y adolescentes, que de no fijarla, trae como consecuencia la vulneración de sus derechos, el Tribunal no puede decidir sobre ello, si en la demanda no se pidieron, pues no tiene esa facultad oficiosa; o, en un proceso de impugnación de paternidad, en el que se conceden las pretensiones en contra de un niño, niña o adolescente; el Tribunal no puede adelantar actuación alguna para definir la filiación, aun sabiendo que de la determinación de la filiación se desencadena una serie de derechos, como a la identidad, conocer sus orígenes, libre desarrollo de la personalidad, alimentos, heredar, etc. Considero que esas situaciones, desconocen la robusta normatividad convencional a favor del hijo/a.

16. La apertura del cambio de sistema dispositivo de España puede darse desde la articulación de los agentes del Estado que intervienen en la acción, v.gr. en el proceso de impugnación se requiere para la aprobación judicial, la audiencia del Ministerio fiscal, en función de interés de los menores de edad; es decir, la posición que asuma el Ministerio Fiscal se verá determinada por el interés del hijo/a. Con ello, la participación del Ministerio Fiscal puede modificar el sistema dispositivo que impera en España, para transfórmalo a uno que permita mayor intervención de los agentes del Estado, en pro de la protección integral del hijo/a, del fortalecimiento familiar y del restablecimiento de sus derechos a la identidad, tener una familia y no ser separado de ella.

17. El valor supremo de permitir a la persona sentir afecto y tranquilidad con sus familiares, debería hacer parte de la acción de filiación en procura de forjar los lazos de unión familiar, de solidaridad y reconocimiento de la realidad del “otro”, de lo cual se infiere que la filiación no es simplemente la corrección o imposición de un apellido en el registro civil, sino que está irrigada a la dignidad. Tengo la convicción que en el momento de que el Estado reconozca su responsabilidad en el desarrollo cognitivo y emocional del ser humano al interior de la familia a partir de la acción de filiación, se daría el paso trascendental en las acciones de filiación, para no limitarse a que ordene la inscripción del padre o madre en el registro civil, sino que se tomarían medidas que fortalezcan los lazos familiares, sea que la madre y el padre no vivan juntos y de integración de la persona a su grupo social más básico, la familia.

18. Conforme al art. 42 y 2 de la C.Pol. es deber del Estado conceder todas las condiciones al hijo/a para el pleno ejercicio de sus derechos y protegerlo/a frente a arbitrariedades que amenacen su desarrollo armónico, por lo cual si en el marco de la acción de filiación se observa en el núcleo familiar la carencia de conciencia sobre los deberes de afecto, protección, auxilio y respeto mutuo, estas son razones poderosas que justifican que los agentes del Estado, en procura de componer el tejido familiar, pongan a disposición el conocimiento de otras disciplinas, con profesionales que brinden asesoría psicopedagógica a cada miembro del núcleo y que hagan acompañamiento para superar las conductas y actitudes que pudieran generar disfunciones afectivas, utilizando estrategias para facilitar la comunicación, las expresión de sentimientos, de solidaridad y superación de duelos.

19. Sería necesario que se defina un modelo de atención de fortalecimiento de los lazos familiares concomitante o como una etapa del proceso de filiación -hasta ahora inexistente en Colombia y España- con enfoque de derechos, que reconozca el contexto del litigio, la pluralidad familiar, de acuerdo a las regiones, orígenes, etnias, etc, para que luego de un análisis de identificación de factores de generatividad y de conflicto al interior de la involucrados en el proceso de filiación, se pueda reconocer y fortalecer sus recursos afectivos, con el propósito de que lleven una vida sin violencias, de acuerdo con sus intereses y con respecto a las diferencias. En esa medida, intervendrían nuevos actores, en el proceso de filiación, expertos en las ciencias sociales y humanas como la psicología, trabajo social, antropología, etc, agentes del Estado que aportarían desde su conocimiento y

experiencia, maneras de forjar los canales de comunicación, manejo de normas, resolución de conflictos y apropiación de roles.

20. En España, las discusiones álgidas en la actualidad son las referentes a las acciones de filiación en los casos de hijos/a nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida y de uniones LGBT que conlleva a que el Estado regule nuevas formas de procrear, emita ordenes de inscripción y demás, y que la jurisprudencia también se pronuncie. Si bien, en Colombia la doctrina aún no se concentra en ese debate, tenemos algunos pronunciamientos de los cuales deduzco que este cambio social, llevará definitivamente a una transformación de las acciones de filiación y de intervención de los agentes del Estado, pues ya no se centrarán el litigio en la verdad biológica sino también en el consentimiento y en la filiación vivida.

21. Para finalizar, concluyo que el ejercicio del derecho de familia es el que más nos enseña sobre los fines del Estado y de la aplicación directa de la constitución, más que en otras áreas del derecho, porque se considera a la mujer y al hombre como seres humanos en sus sentimientos, tristezas, propósitos y en lo más íntimo de su vida familiar; de allí que los cambios legislativos que se dan en torno a la filiación, tengan como antecedente radicales cambios sociales. La posición de la mujer en la sociedad, la consideración social del matrimonio, su inestabilidad institucional, el reconocimiento de otras formas de unión y de conformación de familia, el consiguiente incremento de nacimientos fuera del matrimonio, la tasa de fecundidad y la reproducción humana asistida, son algunos de los factores que inciden en la visión social y jurídica de la filiación, que nos llevarán a campos hasta hoy impensables del conocimiento.

Referencias Bibliográficas.

ALMEIDA, Susana, MARTINEZ, Adriana. La Mujer y el Derecho de Familia. ISSN 0328-6169. Universidad Nacional de Lujan. Santa Rosa, Argentina. 1996.

ALES URIA ACEVEDO, María de las Mercedes. El derecho a la identidad en la filiación. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 2012.

ALEXY, Robert. Derechos sociales y ponderación. 2ª ed. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa. Colaboración en obras colectivas, con MARTOS CALABRUS, María Agustias. BASTANTE GRANELL, Victor. El torno a la Filiación y a las Relaciones Paterno Filiales. Granada: Editorial Comares. 2018.

AUDIENCIA PROVINCIONAL DE MALAGA. Sentencia nº 193/2016, Sección 6ª, 21 de Marzo de 2016.

AZUELA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Bogotá. Editorial Temis. 2009.

BARBER CARCAMO, Roncesvalles. La Filiación en España: una visión crítica. Navarra: Editorial Aranzadi. 2013.

---------- Retos Actuales de la Acción de Reclamación de la Filiación. XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cádiz. 2018.

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. Oralidad, debate y argumentación. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez. 2010.

CASAS PLANES, María Dolores. Colaboración en obras colectivas, con MARTOS CALABRUS, María Agustias. BASTANTE GRANELL, Victor. El torno a la Filiación y a las Relaciones Paterno Filiales. Granada: Editorial Comares. 2018.

CARDENAS Paulsen, Aura María. Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia, 1ª. ed, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2011.

CARPIO MARCOS, Edgar. El significado de los derechos no enumerados. Cuestiones Constitucionales. México D.F. Disponible en internet <http://www.redalyc.org/pdf/885/88500301.pdf> consultado el 10 de mayo de 2016.

CARBONELL, Miguel. "Estado Constitucional como herramienta para la calidad democrática". Disponible en internet: < http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Calidad_de_la_democracia_y_Estado_de_derecho.pdf >. Consultado el 10 de septiembre de 2013.

CARBONELL, Miguel. "GUSTAVO ZAGREBELSKY, JUEZ CONSTITUCIONAL". Estudios constitucionales v.6 n.2 Santiago 2008. Disponible en internet: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002008000100018&script=sci_arttext#1.>

Consultado el 16 de septiembre de 2013.

CARRASCOSA GONZALES, Javier. "Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo". Revista Española de Derecho Internacional - Núm. 68-2, Julio 2016, pp. 157-182. < http://vlex.com/vid/ley-aplicable-filiacion-naturaleza-650114201> Revisado el 3 de julio de 2017.

CEPEDA, Manuel José. Introducción a la Constitución del 91. Hacia un Nuevo Constitucionalista. Bogotá, 1993.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe de Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. 17 de abril de 2017.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Radiación 31252. 11 de julio de 2013.

---------- Radiación 17997. 2 de septiembre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. sentencia del 4 de diciembre de 1991, Caso Aloeboetoe vs. Suriname.

---------- sentencia de 24 de febrero de 2012, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-351 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

----------Sentencia T-278/1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

---------- Sentencia C-371/1994. M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.

---------- Sentencia T-090/95. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

---------- Sentencia C-109/1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

---------- Sentencia T-191/1995. M.P. José Gregorio Hernández.

---------- Sentencia C-218/1996. M.P. Fabio Moron Diaz.

---------- Sentencia T-329/1996. M.P. Jose Gregorio Hernández.

---------- Sentencia C-044/1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

---------- Sentencia T-488/1999. M.P. Martha Victoria Sachica Mendez.

---------- Sentencia T-100/2001. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

---------- Sentencia T-183/2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

---------- Sentencia C-243/2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

---------- Sentencia T-1342/2001. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

---------- Sentencia C-807/2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

---------- Sentencia C-808/ 2002. M.P. Jaime Araujo Renteria.

---------- Sentencia C-881/2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

---------- Sentencia T-305/2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

---------- Sentencia T-307/2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

---------- Sentencia T-510/2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

---------- Sentencia T-997/2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

---------- Sentencia C-310/2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

---------- Sentencia T-411/2004. M.P. Jaime Araujo Rentería.

---------- Sentencia T-1226/2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

---------- Sentencia C-476/2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

---------- Sentencia C-336/2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

---------- Sentencia T-450/2007. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

---------- Sentencia T-875/2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

---------- Sentencia T-1015/2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

---------- Sentencia C-122 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

---------- Sentencia T-584/2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

---------- Sentencia C-713/2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

---------- Sentencia C-918/2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

---------- Sentencia T-572/2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

---------- Sentencia T-732/2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

---------- Sentencia T-887/2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

---------- Sentencia C-145/2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

---------- Sentencia T-888/2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

---------- Sentencia C-577/2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

----------Sentencia T-071/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

---------- Sentencia T-352/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

---------- Sentencia T-160/2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

---------- Sentencia T-381/2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

---------- Sentencia T-606/2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

---------- Sentencia T-955/2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

---------- Sentencia T-115/2014 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

---------- Sentencia T-070/2015 M.P Martha Victoria Sáchica Méndez.

---------- Sentencia C-258/2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

---------- Sentencia SU-969/2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

---------- Sentencia T-071/2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

---------- Sentencia T-207/2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

---------- Sentencia T-735/2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

---------- Sentencia C-131/2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

----------Sentencia T-259/18. José Fernando Reyes Cuartas.

---------- Sentencia T-384/2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

---------- Sentencia T-428/2018 M.P. Carlos Bernal Pulido.

---------- Sentencia T-290/2018 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Sentencia Expediente 5014. 23 de abril de 1998.

---------- Sentencia Expediente 5792. 8 de noviembre del 2000.

---------- Sentencia Expediente 6365. 27 de marzo de 2001.

---------- Sentencia Expediente 6657. 11 de abril de 2003.

---------- Sentencia Expediente 689. 24 de julio de 2003.

---------- Sentencia Expediente 6861. 3 de octubre de 2003.

---------- Sentencia Expediente 7901. 28 de junio de 2005.

---------- Sentencia Expediente 0780-01. 14 de enero de 2005.

---------- Sentencia Expediente 666001-3110-003-2000-00301-01. 4 de mayo de 2005.

---------- Sentencia Expediente 13001311000719980045101. 7 de marzo de 2006.

---------- Sentencia Expediente 11001-31-10-010-2001-13082-01. 2 de junio de 2006.

---------- Sentencia Expediente 11001-31-10-011-2002-00405-01. 4 de diciembre de 2006.

---------- Sentencia Expediente 25397318400119920061301. 5 de julio de 2007.

---------- Sentencia Expediente e68001-3110-004-2003-00666-01. 20 de abril de 2008.

---------- Sentencia Expediente 11001-3110-011-2002-00017-01. 9 de julio de 2008.

---------- Sentencia Expediente 05001311000220030050001. 24 de noviembre de 2009.

---------- Sentencia Expediente 50001311000220020049501. 21 de mayo de 2010.

---------- Sentencia Expediente 52001311000120040007201. 21 de mayo de 2010.

---------- Sentencia Expediente 05001-3110-008-1994-04370-01. 31 de agosto de 2010.

---------- Sentencia Expediente 1100102030002011-02734-00. 23 de enero de 2012.

---------- Sentencia Expediente 11001-0203-000-2010-02249-00. 12 de septiembre de 2014.

---------- Sentencia Expediente 11001-31-10-013-1990-00659-01. 9 de mayo de 2014.

---------- Auto Expediente 05042-3184-001-2002-00107-01. 4 de agosto de 2014.

---------- Sentencia Expediente 76001-31-10-004-2006-00277-01. 9 de marzo de 2015.

---------- Sentencia Expediente 11001-02-03-000-2015-00831-00. 30 de abril de 2015.

---------- Sentencia Expediente 19000122130000020150006801. 1 de junio de 2015.

---------- Sentencia Expediente 1100131100132006-01276-01. 8 de mayo de 2017.

---------- Sentencia Expediente 11001-02-03-000-2015-01074-00. 12 de mayo de 2017.

---------- Sentencia Expediente 2011-00216-01 SC 12907. 25 de agosto de 2017.

---------- Sentencia Expediente 2017-02463-01 STC 16969-2017. 19 de octubre de 2017.

---------- Sentencia Expediente 25000-22-13-000-2018-00071-01. 9 de mayo de 2018.

---------- Sentencia Expediente 25000-22-13-000-2018-00188-01. 18 de setiembre de 2018.

---------- Sentencia Expediente 54001-31-10-002-2005-00058-01. 11 de enero de 2019.

---------- Sentencia Expediente 68001-31-10-003-2006-00600-01. 28 de enero de 2019.

---------- Sentencia Expediente 25000-22-13-000-2018-00310-01. 21 de febrero de 2019.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. "Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 758, Noviembre 2016, pp. 3341-3362. <http://vlex.com/vid/reconocimiento-complacencia-paternidad-matrimonial-672270065>. Revisado el 30 de mayo de 2017.

DE LORENZI, Mariana, "El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una materia pendiente?", Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) - Núm. 8, Enero 2016, pp. 101-124. < http://vlex.com/vid/reconocimiento-derecho-conocer-origenes-654996201>. Consultado el 3 de julio de 2017.

DUQUE SANDOVAL, Oscar. Concepciones del derecho y discrecionalidad judicial. Criterio Jurídico Santiago de Cali. Criterio Jurídico Santiago de Cali. Julio 10 de 2007.

ESCUDERO ALZATE, María Cristina. Procedimiento de Familia y del Menor. Bogotá. Editorial Leyer. 2013.

ENDICOTT, Timothy A.O.: La vaguedad en el Derecho, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Dykinson, Madrid, 2007.

FARNOS AMOROS, Esther. Impugnación inesperadas y determinación tardías ¿procede la restitución de las cantidades abonadas en concepto de alimentos?. XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cádiz. 2018.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. VERDERA SERVER, Rafael. ¿Debe Mantenerse la Diferente Regulación entre la Filiación Matrimonial y la no Matrimonial?. XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cádiz. 2018.

---------- Reconocimiento de la Filiación y Función de los Requisitos Complementarios. XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cádiz. 2018.

---------- Legislación del Registro Civil y determinación de la filiación: el huevo y la gallina. XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cádiz. 2018.

FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, traducción de Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2008.

FERREIRA CAUSIL, Adriana Cristiana. Los derechos innominados en Colombia, reflexiones sobre su origen 2011. Disponible internet <http://www.usergioarboleda.edu.co/derechopublico/los_derechos_innominados_3.pdf>

Consultado el 16 de mayo de 2016.

FERRER RIBA, Josep. Revisión de los Efectos de la Filiación. Restricción y exclusión de los efectos de la filiación. XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cádiz. 2018.

FISCÓ, Sonia. "Atroces Realidades: La Violencia Sexual contra la Mujer en el Conflicto Armado Colombiano". *Revista Pontificia Universidad Javeriana* (número 17), pp. 119-159. Disponible en internet, <http://www.leyex.info/consulta.php?tipo_listado=7&sec=7&busq=2&ubicacion=magazines&tipo_doc=pdf&documento=486&s=7&referido=dGlwb19saXN0YWRvPTcmYnVzcT0yJnNlYz03JmtleXdvcmQ9ZGlzY3JpbWluYWNp824gbXVqZXImcGFnPSZvcmRlcj0mdGlwb19jb2RpZ289JnRpcG9fc2VjdG9yPSZmZWNoYT0mYW5vPSZ0aXBvX25vcm1hPSZ0aXBvX2FyZWE9MCU3Q1RvZG9zJTJCbG9zJTJCY2FtcG9zJm51bWVybz0mYWNjPWJ1c3EmcGFpcz0mc2FsYT0mcmV2aXM9Jm5yZXZpcz0mdnJldmlzPSZjYXRlZ29yaWE9JnM9NyZsaXN0PSZpZD0=>

Consultado el 3 de septiembre de 2013.

Fondo de Población de las Naciones Unidas y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Informe de consulta técnica del 29 y 30 de agosto de 2016. Disponible en internet < https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/ESP-EMBARAZO-ADOLES-14febrero%20FINAL_5.PDF> Consultado el 14 de abril de 2019.

GALLO VELEZ, Ana Silvia. La Filiación, un análisis comparado en a legislación colombiana y el derecho común español. Bogotá: Grupo Ibáñez. 2015.

GALVIS, María Clara. Situación en Colombia de la violencia sexual contra las mujeres. Bogotá, Corporación Humanas. 2009.

GALVIS ORTIZ, Ligia. "Una Mirada a la familia, a partir de la Constitución Política Colombiana". Revista del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. pp. 605-6025, ISSN 2346-0849. Bogotá, Colombia. 2015.

GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda, El juez y el precedente: Hacia una reinterpretación de la separación de poderes, 128 Vniversitas (2014). doi:10.11144/ Javeriana.VJ128.jphr.

GÓMEZ BENGOECHEA, Blanca. "Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuesto de filiación transfronteriza". Editorial: Dykinson. Madrid, España. 2007.

GONZALES AMUCHASTEGUI, Jesús. Las Teorías De Los Derechos Humanos. Tirant lo Blanch, Valencia. 2004.

GOÑI HUARTE, Elena. Colaboración en obras colectivas, con MARTOS CALABRUS, María Agustias. BASTANTE GRANELL, Victor. El torno a la Filiación y a las Relaciones Paterno Filiales. Granada: Editorial Comares. 2018.

GUASTINI, R.: Estudios sobre la interpretación jurídica, 5ª ed., traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Editorial Porrúa y UNAM, México DF, 2003.

HART, H.L.A.: The Concept of Law, Oxford University Press, Oxford, 1961; traduc. esp., ID., El concepto de Derecho, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1998.

INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (CIM), AL CUADRAGÉSIMO TERCER PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES, DE LA ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO PERMANENTE, OEA/Ser.G, CP/doc.4827/13, 20 febrero 2013. Disponible en Internet < http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_13/CP30255S04.doc >, Consultado el 3 de septiembre de 2013.

JARAMILLO, Isabel C. La crítica feminista al derecho, en género y teoría del derecho. Nuevo Pensamiento Jurídico. Ediciones Unidades. Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2000.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de Obligaciones. Bogotá: Grupo Ibáñez. 2014.

LASARTE, Carlos. Compendio de derecho de la persona y del patrimonio (4a. ed.). Madrid. Dykinson. 2014.

LAMAS, Marta. El género, la Construcción Cultural de la Diferencia Sexual. PUEG/ Miguel Angel Porrúa. México: Colección Las ciencias sociales. Estudios de Género. 1996.

LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de familia: Derecho de familia contemporáneo menores, juventud y discapacitados. Segunda edición. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda, 2012.

LEDESMA GIL, Jorge Iván. Teoría General De Las Obligaciones. Bogotá: Ediciones Unaula. 2014.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. “Dificultades probatorias de los adelantos tecnológicos”. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Núm. 41, Enero 2015, pp. 87-114. <http://vlex.com/vid/dificultades-probatorias-adelantos-tecnologicos-631567688>. Revisado el 20 de febrero de 2017.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Editorial Dupre, año 2005.

LOPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, 2001.

MEDINA PABÓN, Juan Enrique. “Filiación matrimonial”, pp. 371-443 < http://vlex.com/vid/filiacion-matrimonial-377143430> Revisado el 3 de febrero de 2017.

MONTOYA OSORIO, Martha Elena, MONTOYA PÉREZ, Guillermo. Las personas en el derecho civil. Editorial Leyer. 2014.

NANCLARES ARANGO Andres, los jueces de mármol. Bogotá, Editorial Ibáñez. 2012.

NAVARRO ARACENA, Javier Ignacio (2015). "*Análisis Critico De Los Derechos Constitucionales Implícitos".* Tesis de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile.

NISIMBLAT, Nattan. Derecho Probatorio. 2013. Editorial Doctrina y Ley Ltda. 2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista Ius et Praxis, 11 (2): 15 - 64, 2005.

ORJUELA RUIZ, Astrid. RAMIREZ BOLIVAR, Lucia. "Modulo Género y Derecho" Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2017.

ORDOÑEZ GUZMAN, Álvaro. "Jurisdicción, Juez y Poder". Revista internautica de práctica jurídica. Agosto- diciembre 2006.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá. Editorial Temis. 2008.

OTÁLORA CORTÉS, Rosalvina y POVEDA PEÑA, Rocío. (2009). "La Incidencia del Sexo en la Construcción de La Condición Jurídica de la Persona". *Revista Diálogos de Saberes* (número 30) ISSN 0124-0021, p.p 149-164. disponible en internet <http://www.leyex.info/consulta.php?tipo_listado=7&sec=7&busq=2&ubicacion=magazines&tipo_doc=pdf&documento=1196&s=7&referido=dGlwb19saXN0YWRvPTcmYnVzcT0yJnNlYz03JmtleXdvcmQ9ZGlzY3JpbWluYWNp824gbXVqZXImcGFnPSZvcmRlcj0mdGlwb19jb2RpZ289JnRpcG9fc2VjdG9yPSZmZWNoYT0mYW5vPSZ0aXBvX25vcm1hPSZ0aXBvX2FyZWE9MCU3Q1RvZG9zJTJCbG9zJTJCY2FtcG9zJm51bWVybz0mYWNjPWJ1c3EmcGFpcz0mc2FsYT

0mcmV2aXM9Jm5yZXZpcz0mdnJldmlzPSZjYXRlZ29yaWE9JnM9NyZsaXN0PSZpZD0=>.

Consultado el 3 de septiembre de 2013.

PARINI, Giorgina, Anna. Colaboración en obras colectivas, con MARTOS CALABRUS, María Agustias. BASTANTE GRANELL, Victor. El torno a la Filiación y a las Relaciones Paterno Filiales. Granada: Editorial Comares. 2018.

PIZARRO WILSON, Carlos. Algunas consideraciones en torno a la determinación y acciones de filiación en la ley 19.585. *Revista Ius Et Praxis*, volumen 5, numero 002. ISSN 0717-2877, p.p. 11-29. Universidad de Talca. Talca, 1999.

PONS, Marcial. La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales. Estudios sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy. Buenos Aires. 2011.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Buenos Aires: Editorial Heliasta SRL. 1993.

PORRAS NADALES, Antonio Transformaciones de la Ciencia Jurídica en el Siglo XXI. Curso de Metodología en Ciencias Jurídicas. Universidad de Sevilla. 2018.

PORRÚA, Miguel Angel. El género, la Construcción Cultural de la Diferencia Sexual. PUEG/.

Colección Las ciencias sociales. Estudios de Género. México. 1996.

PURVIS, KB, Parris, SR y Cross, DR (2011). Basado en la confianza Intervención relacional:

principios y prácticas. En Rosman, EA, Johnson, CE, y Callahan, NM (Eds.) 2011.

QUESADA GONZALES, María Corona. La Determinación Judicial de la Filiación. Barcelona: Editorial Bosch. 2012.

---------- Los Retos Actuales de la Impugnación de la Filiación. XX Jornadas de la

Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cádiz. 2018.

QUICIOS MOLINA, M. Susana. Determinación e Impugnación de la Filiación. Navarra: Editorial Aranzadi. 2014.

---------- Filiación por Naturaleza no Derivada de Relaciones Sexuales. XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cádiz. 2018.

QUIROZ MONSALVO, Arnoldo. (2013) Manual Derecho de la Infancia y la Adolescencia. Tercera Edición. Bogotá: Librería ediciones del Profesional Ltda.

---------- Manual Civil. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2014.

REAL ALCALÁ. J. Alberto. Filosofía del derecho, derechos fundamentales y argumentación jurídica. Jaén, Universidad de Jaén, 2017.

RIVERA MARTINEZ, Alfonso. Derecho Procesal Civil, parte especial. Bogotá. Editorial Leyer. 2011.

ROMERO COLOMA. Aurelia María. Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad. Madrid, J.M. BOSCH EDITOR. 2009.

RODRIGUEZ LOPEZ, Ramiro. QUICENO FRANCO, Gloria Ines. Las relaciones familiares en el siglo XXI. Bogotá. Editorial Universidad Gran Colombia. Bogotá. 2012.

RODRÍGUEZ VELA, David. la Guía para Programas De Desarrollo Familiar, Lineamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Bogotá, 2015.

---------- Reconciliación Familiar, Bogotá, 2017.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel. CASTAÑOS CASTRO, Paula. Las Acciones de Filiación. Universidad de Málaga. 2015.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel. Sobre la Eficacia de Cosa Juzgada de las Sentencias Dictadas en Procesos de Filiación y sus Posibles Excepciones. Universidad de Málaga. 2016.

---------- Los Efectos de la Determinación de la Filiación, y el Principio de Protección del Interés del Hijo. Universidad de Málaga. 2018.

SAFFON, María Paula, García-Villegas, Mauricio, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13,(1), pp. 75-107.< https://ficheros-2011.s3.amazonaws.com/07/25/Im_1_3_306655262_in1_75_107.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1385920791&Signature=V4ts1SyY6b8yx4lH5uANgm09DDo%3D>. Consultado el 25 de febrero de 2016.

SERRANO QUINTERO, Luz Amparo. “La filiación y sus acciones en la ley 1060 de 2006”. Revista Via Inveniendi et Iudicandi - Núm. 4, Abril 2008. < http://vlex.com/vid/filiacion-acciones-ley-42523927> Revisado el 7 de enero de 2017.

SOLER BELTRÁN, Ana Cristina. Aspectos constitucionales sobre la investigación de la paternidad. El Cid Editor. Madrid. 2002.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de las Obligaciones. Bogotá: Editorial Temis. 1998

TEJEIRO DUQUE, Octavio Augusto. Elementos de la Práctica Procesal. Módulo de Formación Auto-dirigido. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Editorial Universidad Nacional de Colombia. 2009.

TEJEIRO DUQUE, Octavio Augusto. Procesos Declarativos en el Código General del Proceso. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2017.

TORRADO. Helí Abel. Derecho de Familia, Matrimonio, filiación y divorcio. Bogotá: DGP editorial. 2018.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 138/2005. 26 de mayo de 2005.

----------Sentencia 156/2005. 9 de junio de 2005.

---------- Sentencia num. 8/2011. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arriba. 28 de febrero de 2011.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia 13 de junio de 1979, caso Marckx en contra de Bélgica.

---------- Sentencia 15 de mayo de 1986, caso Johnston en contra de Irlanda.

---------- Sentencia 24 de abril de 2003, caso Silvestre en contra de Austria.

---------- Sentencia de 6 de febrero 2001, caso Bensaid contra Reino Unido.

---------- Sentencia de 5 de mayo de 2009, caso Rocío Menéndez contra España.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sentencia T.S. 420/2011, Sala 1. 17 de junio de 2011.

---------- Setencia 11 de abril de 2012 (Dª. ENCARNACION ROCA TRIAS).

---------- Sentencia T.S. 209/2012, Sala 1. 12 de abril de 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA. Sala primera de Decisión Civil-Familia. Rad. 2012 – 00158. M.P. Juan Ramón Pérez Chicue.

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia 20 mayo 1991 –RJ 3714-.

UPRIMMY YEPES, Rodrigo. Módulo de Interpretación Judicial. , Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2017.

UPRIMMY YEPES, Rodrigo. UPRIMMY YEPES Ines Margarita. PARRA VERA, Oscar. GUIZA GOMEZ, Diana Isabel. Módulo de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2017.

VALENCIA VILLA, Hernando. “los derechos humanos en la constitución de 1991”. Revista Politícos, No. 2, Medellín, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos. julio-diciembre. 1992.

VALENCIA ZEA, Arturo y Otros. Derecho Civil, Derecho de Familia, tomo V. Bogotá: Temis 1995.

VAQUERO PINTO, María José. Filiación por Naturaleza no Derivada de Relaciones Sexuales. ¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución? XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cádiz. 2018.

VENTURA ROBLES, Manuel E. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf> Revisado el 7 de enero de 2017.

VERDADERA SERVER, Rafael. Colaboración en obras colectivas, con RODRIGUEZ CANO, Rodrigo Bercovitz. Comentario al Código Civil, Tomo I. Valencia: Gráficas Díaz Tuduri, S.L. 2013.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Juez Director del Proceso. Bogotá: EJRLB. 2017.

ZAGREBELSKY, G.: Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia, G. Einaudi, Torino, 1992; traduc. esp., ID., El Derecho dúctil, Trotta, Madrid, 2000.