

ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD A LA LUZ DE LA  
LEY 1060 DEL 2006.

Verjel Causado Mary

Director  
Dr. Laureano Gómez Serrano



Universidad Autónoma de Bucaramanga - UNAB  
Facultad de Derecho  
Maestría en Derecho de Familia  
Bucaramanga  
Junio de 2011

## Tabla de contenido

ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD A LA LUZ DE LA LEY 1060 DEL 2006.	4
Problema	4
Objetivos	4
Objetivo General	4
Objetivos Específicos:	4
Introducción	5
La Filiación	7
Clases	10
Filiación matrimonial	11
Elementos de la Filiación matrimonial	14
La relación materno filial: maternidad. Consagra ciertos elementos:	14
Que su madre se hallaba casada: Prueba del registro civil de matrimonio (arts. 67 y ss del Decreto 1260 de 1970).	15
Concepción dentro del matrimonio	15
Presunción de paternidad: relación paterno filial:	15
Filiación extramatrimonial	16
Presunción de la paternidad	19
Reconocimiento de hijo como extramatrimonial	20
Características del reconocimiento	21
Modos de hacer el reconocimiento (artículo 1º Ley 75 de 1968)	23
Reconocimiento de hijos por padres con discapacidad mental absoluta	24
Causales de investigación de la paternidad extramatrimonial	25

Acción de impugnación de la paternidad a la luz de la ley 1060 del 2006	3
Ley 721 del 2001	32
El ADN para establecer la paternidad.	32
Sufragación del examen de ADN	33
Juez competente.	34
Filiación adoptiva.	34
Principios Que Conlleva La Filiación Dentro De La Ley 1060 Del 2006	35
Acciones Del Estado Civil	38
Acción de reclamación	38
Acción de impugnación	39
Acción De Impugnación	40
Antecedentes de la ley 1060 del 2006	40
Acción de impugnación de la paternidad matrimonial	57
Acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial	60
Contradicciones, y vacíos de la Ley 1060 del 2006.	61
Contradicción o mala redacción del artículo 1° y 2° de la Ley 1060 del 2006?	61
Estabilidad jurídica del estado civil de hijo	70
Análisis del párrafo transitorio del artículo 14 de la Ley 1060 del 2006	82
Aplicación en el tiempo	82
Conclusiones	85
Referencias	87

ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD A LA LUZ DE LA  
LEY 1060 DEL 2006.

*Problema*

Cuáles son las contradicciones y vacíos consagrados en la ley 1060 del 2006 respecto a la acción de impugnación de la paternidad, que conlleva a las inestabilidad jurídica del estado civil de hijo y a la violación de la cosa juzgada material?

*Objetivos*

*Objetivo General*

Analizar las contradicciones y vacíos señalados en la ley 1060 del 2006 en relación con la acción de impugnación de la paternidad, que conlleva a la inestabilidad jurídica del estado civil de hijo y la violación de la cosa juzgada material.

*Objetivos Específicos:*

- Recopilar toda la información respecto al tema de la filiación, su clasificación, acción de reclamación y de impugnación de la paternidad, titulares y términos de caducidad.
- Desarrollar toda esa información relacionada con la filiación y su impugnación en nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

- Exponer los antecedentes legislativos que dieron origen a la Ley 1060 del 2006.
- Analizar cada una de las disposiciones relativas a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial, a la luz de la Ley señalada.
- Identificar las contradicciones y vacíos existentes en la Ley 1060 del 2006 al derogar los términos para impetrar la acción de impugnación de la paternidad, y la titularidad de dichas acciones.
- Establecer cuáles serían las soluciones a esas contradicciones encontradas en la Ley 1060 del 2006, para no lesionar intereses de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto a su estabilidad jurídica de estado civil de hijos.
- Indicar como el Parágrafo Transitorio del artículo 14 de la Ley 1060 del 2006, en tratándose del interés del niño, niña y adolescente, viola el principio de cosa juzgada material.
- Proponer la creación de una acción diferente a la de investigación e impugnación de la paternidad, que no tenga consecuencias jurídicas filiatorias.

### Introducción

La filiación ha sido uno de los temas del campo de Derecho de Familia en que se ha avanzado enormemente, ya que va ligada al avance de la ciencia y tecnología.

Es así que se expidió la Ley 1060 vigente a partir del 26 de julio del 2006, consagrando novedades, como

fue el momento por el cual le nace el interés jurídico para impugnar la paternidad o maternidad.

Igualmente abre la posibilidad de que el titular de dicha acción no sea únicamente el marido (mientras viva), como lo contemplaba el Código Civil, sino otras personas ajenas a la relación paterno-filial o materno-filial.

Igualmente modifica el término o plazo para impugnar a partir del momento en que se conoce que no es el padre o madre, contando entonces con 140 días y de acuerdo con su titular se empieza a contar desde diferentes momentos.

Apareciendo un párrafo transitorio consagrado en el art. 14 de dicha ley, donde se le da este beneficio a las personas que no tuvieron la oportunidad de impugnar la paternidad y le caducaron dicha acción, ya sea porque no la presentaron la correspondiente o demanda, o nunca la presentaron.

Impugnación que no tiene en cuenta los lazos afectivos del niño, niña o adolescente, pues la ley es "clara y tajante" al determinar si se impugna y se demuestra por cualquier medio que no es el padre (tratándose específicamente de la impugnación de la paternidad matrimonial o extramatrimonial) así lo tendrá que declarar el juez. Primando el aspecto biológico, dejando de lado los intereses del niño, niña y adolescente más concretamente.

Todo este cambio de términos y de titulares nos lleva hacia una inseguridad jurídica respecto al estado civil de hijo, pues de ahora en adelante jamás tendremos la seguridad que seamos "hijos de" o que seamos el

“padre de”. Aunada a la violación de la cosa juzgada material en cuanto a filiación se refiere.

Además existiendo una contradicción y mala redacción, en relación a la terminología usada , entre si se trata de una unión marital de hecho declarada o no, para que opere la presunción de que tratan los artículos 1° y 2° de la mencionada ley, ya que en las diferentes normas se está refiriendo a diferentes situaciones.

Este estudio, pues, nos llevará por toda la senda y recorrido desde conceptos , definiciones, clases de filiación, tocando la impugnación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial, estudiando los antecedentes de la ley, para luego analizar e identificar las contradicciones y vacíos que se suscitan con la expedición de la ley 1060 del 2006, al derogar el término (60 días consagrado en el Código Civil) para impetrar la acción de impugnación de la paternidad, y la titularidad de dichas acciones.

Por estas razones se propondrá la creación de una nueva acción, autónoma e independiente, diferente a las acciones de investigación o de impugnación, determinada a establecer el origen genético, sin que ello implique relaciones paterno filiales, en aras del interés superior del niño, niña y adolescente.

#### La Filiación

Desde el punto de vista etimológico, según el Diccionario de la Lengua Española, filiación, viene del

*latín filiatio*, es decir, la procedencia de los hijos respecto a los padres. (Jorge Parra Benítez, 2008).

Según el Digesto (50, 16, 84), consideraba Paulo que "con la palabra "hijos" entendemos todos los descendientes. (Jorge Parra Benítez, 2008)

Desde el derecho romano, los descendientes que eran aceptados por el *paterfamilias* eran admitidos en el hogar de éste, (parientes *agnados*); eran iguales, siempre y cuando fueren del matrimonio legítimo, con todos los beneficios familiares y económicos.

Ya los hijos nacidos de las concubinas, esclavas, de personas que no estaban casadas, e incluso hijos de la misma esposa, pero que no fueran admitidos en el hogar, solamente tenían un parentesco de sangre (*cognado*).

La filiación es entonces una relación jurídica, basada en un lazo biológico, pero tiene una excepción, la adopción que es una creación legal, teniendo como fundamento la voluntad de una o varias personas, según sea el caso.

La filiación es la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra. Es la relación que existe entre el padre y el hijo. (Manuel Somarriva Undurraga, 1982)

Fabio Naranjo Ochoa (2002), dice que la filiación tiene su origen en ciertos hechos o actos, unos de hecho y otros de derecho. De allí que existan tres clases de filiación: legítima, ilegítima y adoptiva.

Armando Jaramillo Castañeda, (2008), señala que la filiación es una creación del derecho que mirada desde la

óptica jurídica, es el enlace de consanguinidad (salvo la adopción) que une al hijo con sus padres, y que desemboca en la relación de parentesco establecida por la ley (paternidad o maternidad).

Marco Gerardo Monroy Cabra (2007), se denomina filiación el vínculo que une al hijo con su padre o madre. Desde el punto de vista del padre o de la madre, se llama paternidad o maternidad, respectivamente.

Roberto Suárez Franco, (2002), la filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que la liga con la otra. Estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Pero no sólo se debe tener en cuenta la verdad biológica, sino como lo dice Mauricio Luis Mizrahi citado por Parra Benítez, 2008, "para el niño, entonces, valdrán las afecciones, intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hec

Planiol y Ripert citado por Pedro Lafont Pianetta (2009), la filiación es el lazo de descendencia que existe entre dos personas.

Barbero Doménico, Messineo Francesco citado por Pedro Lafont Pianetta (2009), la filiación no solo es una relación jurídica, sino también como un hecho como el de generación, y un estado derivado de la relación, que

según Messineo, se trata de una relación simétrica la paternidad o maternidad, en virtud de la cual el sujeto adquiere el status de padre o madre del nacido.

Como puede observarse este concepto de filiación mira al aspecto meramente genético, y pocos autores tocan el tema de la filiación como vínculos afectivos, morales, de verdadera relación entre una madre, un padre e hijo. Como decían nuestras abuelas: "madre es la que parió". Pero este concepto tendrá que reevaluarse teniendo en cuenta las diferentes relaciones familiares que a esta sociedad moderna le ha tocado vivir.

### *Clases*

Debemos aclarar que a partir de la Ley 29 de 1982 en su artículo 1° consagra una igualdad jurídica entre todos los hijos.

Luego vino la Constitución de 1991 en su artículo 42 en el cual otorga igualdad en todos sus derechos a todos los hijos, sin importar su origen o procedencia.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-595 de 1996 M.P. Jorge Arango Mejía, dijo que al desaparecer la ilegitimidad, desapareció el motivo de la diferencia entre el parentesco legítimo y el ilegítimo.

Y en la sentencia C-105 del 10 de marzo de 1994 donde declaró inexecutable varias normas del Código Civil (artículos 61, 222, 244, 260, 422, 457, etc.) ya que discriminaba a los hijos, los ascendientes y descendientes.

*Filiación matrimonial*

Desde los comienzos de nuestra historia jurídica han existido unos mecanismos para determinar la paternidad: en primer lugar nunca se reconoció la paternidad como tal, el hijo era solamente de la madre, desconociéndose al padre como tal.

Luego vino el sistema romano y en una ceremonia especial el *pater* podía repudiar o reconocer a su hijo ante todos sus parientes.

Posteriormente la ley acoge un sistema de presunciones, donde la paternidad se fundamenta en unos hechos o elementos que nos lleva a hechos establecidos por la ley (presunción), con la oportunidad de impugnarla cuando cuente con los medios necesarios para ello.

Hoy, Se denominan hijos matrimoniales aquellos concebidos dentro del vínculo matrimonial, comprendiendo a los concebidos y nacidos en el matrimonio, y nacidos después de su disolución.

Andrés Bello López consagró tres clases de hijos entre los cuales se halla el legítimo: hijo concebido durante el matrimonio por sus padres. Este hijo tenía plenamente determinado su estado civil por ambas ramas (maternidad y paternidad), la paternidad se determinó por el sistema de presunciones, teniendo derecho a alimentos, llevar el apellido del padre, derecho a heredar, quedar sometido a la patria potestad, etc.

Jean Carbonier citado por Marco Gerardo Monroy Cabra (2007), supone esta filiación que los hijos hayan sido

concebidos durante el matrimonio de sus padres, ya que el momento decisivo para calificarla es el de la concepción.

La procreación sumada al matrimonio da por resultado la filiación legítima, lo cual indica que existen dos requisitos: a) nacimiento después de la conclusión del matrimonio y b) concepción anterior o durante el matrimonio.

Armando Jaramillo Castañeda, (2008), refiere que la filiación matrimonial se acredita demostrando la relación materno-filial, es decir, el parto (acta de nacimiento); que la madre estaba casada (acta del matrimonio); que la concepción del hijo ocurrió dentro del matrimonio y que se engendró por el esposo de la madre.

Actualmente, existen los artículos 1° y 2° de la ley 1060 del 2006 que modificó los artículos 213 y 214 del Código Civil. De conformidad con estas disposiciones, el hijo concebido dentro del matrimonio tiene por padre al marido, consagrándose una presunción legal (admite prueba en contrario).

El Código Civil en su artículo 236 contempla que también son hijos matrimoniales los "legitimados", considero que conforme a la Ley 29 de 1982 coadyuvando las jurisprudencias de la Corte Constitucional como son: C.595 del 2006 M.P. Jorge Arango Mejía; C- 800 del 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C- 105 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía entre otras, este instituto jurídico debería desaparecer, por cuanto son hijos todos sin importar su procedencia.

Pero en nuestro Código Civil aún aparece este título, y dicha legitimación tiene su origen y base en la celebración de un negocio jurídico: el matrimonio. Consagrando que "los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres".

Para Parra Benítez, (2008) , "existe dos clases de legitimación que son: legitimación *ipso jure* (o de pleno derecho) y legitimación por instrumento público.

En la primera de ellas se producen dos situaciones:

- a. Cuando el hijo es concebido antes del matrimonio de sus padres, pero nace después de él.
- b. Cuando el hijo es concebido y nace antes del matrimonio de sus padres, alcanza la calidad de hijo extramatrimonial frente a ambos por alguno de los medios autorizados por el ordenamiento y luego los padres se casan entre sí".

Los instrumentos válidos para la legitimación voluntaria será o el acta de matrimonio (civil o canónico autorizado por el concordato vigente), o escritura pública de matrimonio (celebrada ante notario) o la escritura pública.

Dicha legitimación debe ser notificada al hijo con el objeto de que el hijo acepte o repudie tal legitimación, porque no es un favor ni obra de caridad que se le está haciendo al hijo, tal y como lo establece en la sentencia la Honorable Corte Suprema de Justicia, "EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO:

Art. 4° ley 75 de 1968 el reconocimiento no crea derecho a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado conforme a la legitimación. Porque el reconocimiento no debe mirarse como una concesión generosa que se hace al reconocido, y que por lo mismo, este no tiene por qué aceptar inexorablemente. Que el reconocido pueda resistir el acto de reconocimiento, oponerse al mismo, y sencillamente repudiarlo, consulta nítidos postulados de equidad. Es que el reconocimiento no puede mirarse como un acto de liberalidad de quien lo hace, pues mucho tiene que decir el reconocido, tanto o más que el propio legitimado. (C.S.J. sentencia, diciembre 1° del 2004 M.P. Edgardo Villamil Portilla).

*Elementos de la Filiación matrimonial*

*La relación materno filial: maternidad. Consagra ciertos elementos:*

- Que la mujer haya dado a luz un hijo (hecho visible y demostrable de un parto)
- Identidad del hijo, es decir, que el pretendido hijo sea producto de ese parto.

Estos dos requisitos, son fundamento para la impugnación de la maternidad que se puede dar por dos causales: falso parto y suplantación del parto. En el primero jamás existió un parto, podemos plantear el ejemplo de la barriga de trapo muy famosa por la costa atlántica de nuestro país; pero en el segundo evento, sí hubo un parto, lo que pasó fue un "cambiazo", ya sea

uno muerto por uno vivo, uno defectuoso por uno sano, o simplemente que sea un error involuntario.

*Que su madre se hallaba casada: Prueba del registro civil de matrimonio (arts. 67 y ss del Decreto 1260 de 1970).*

Manuel Somarriva Undurraga, citado por Roberto Suárez Franco (2004), afirma que "el legislador, para calificar a un hijo como legítimo, exige que exista matrimonio de los padres en la época de la concepción y no al momento del nacimiento. Ello explica por qué la concepción es la que marca la existencia natural".

*Concepción dentro del matrimonio: Consagra el Código Civil un sistema de presunciones, y entre ellas tenemos la del artículo 92, ya que la concepción no admite prueba directa, es necesario establecer límites, tomando fechas de referencia como la del nacimiento, realizando un razonamiento impuesto en la ley (no menos de 180 días ni más de 300 días) para deducir uno no conocido, el cual es la época de la concepción, el cual debió producirse en un lapso de tiempo de 120 días.*

*Presunción de paternidad: relación paterno filial:* Este es un hecho muy complejo, ya que a diferencia de la maternidad, que se demuestra por el hecho visible del parto, la paternidad no es tan simple. Consagra entonces un sistema de presunciones, en donde se infiere un vínculo jurídico entre padre e hijo, teniendo como base un elemento biológico, desconociendo factores sociales, afectivos, emocionales o psicológicos.

Los artículos 1° y 2° de la Ley 1060 del 2006 que modificaron los artículos 213 y 214 del Código Civil consagra presunciones legales de paternidad matrimonial y extramatrimonial así: art. 1° "el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad".

Art. 2° "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanente..."

Según estas normas, para que opere cualquiera de las presunciones, es necesario demostrar: el matrimonio con la escritura pública o acta de matrimonio; y la unión marital de hecho conforme a la Ley 54 de 1990 modificada por la Ley 979 del 2005, que puede ser, por sentencia judicial, escritura pública ante Notario y acta de conciliación ante un Centro de Conciliación debidamente autorizado.

#### *Filiación extramatrimonial*

Es la que existe en los casos en que la procreación tiene lugar en padres que no tienen vínculo matrimonial.

Así en el Código Civil Español en su artículo 108 reza: "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”.

Arturo Valencia Zea, citado por Marco Gerardo Monroy Cabra, 2007, distingue tres etapas de la evolución histórica de la filiación extramatrimonial:

- a. Código Civil
- b. Ley 57 de 1887 y ley 153 de 1887
- c. Ley 95 de 1890
- d. Ley 45 de 1936

Por su parte Parra Benítez, 2009, lo divide en varios períodos, que analizados cada uno por separados corresponden a los mismos citados por Monroy Cabra:

- a. Código Civil: consagrando la categoría de los hijos ilegítimos (naturales y los de dañado y punible ayuntamiento) y los simplemente ilegítimos.

Hijos naturales: conforme al artículo 52 del Código Civil, eran el habido fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción. Tenían derechos a los alimentos necesarios, los deberes de los padres eran únicamente para cuidado personal, crianza y educación. Así la madre falleciera, el padre no ejercía la patria potestad, y por lo tanto había que nombrarle un guardador.

Hijos de dañado y punible ayuntamiento: habidos de relaciones incestuosas (incestuosos), sacrílegas y adulterinas.

Simplemente ilegítimos, eran aquellos que podían haber sido reconocidos por sus padres, pero como éstos no lo habían hecho, no poseían una situación definida ante el derecho.

Existía una categoría de hijos puramente alimentarios: "Art. 56. Se llama puramente alimentario, respecto del padre al hijo ilegítimo, sea natural o espurio, reconocido por aquél para el sólo efecto de que pueda reclamar alimentos; y respecto de la madre, al espurio que, no teniendo respecto de ésta la calidad legal de hijo natural, es reconocido por ella para sólo el mismo efecto".

b. Ley 57 y 153 de 1887: art 7° y 14 rezaba: "eran hijos naturales los habidos fuera del matrimonio, de personas que podían casarse entre sí libremente, y no eran naturales entre sí libremente en el momento de la concepción y dentro de éstos se distinguían los adulterinos y los incestuosos.

c. Ley 45 de 1936 art. 1°: "el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento.

Se acaba entonces la discriminación que existía con los incestuosos y adulterinos.

Y el hijo natural sólo puede probar su paternidad mediante el reconocimiento expreso de su padre o mediante sentencia judicial.

Juan Enrique Medina Pabón, 2010, señala que en la Ley 75 de 1968 se desapareció el reconocimiento del hijo extramatrimonial por parte de la madre, de modo que si una mujer casada o viuda (o con unión marital de hecho debidamente declarada) tiene su hijo, este será matrimonial, mientras no se demuestre lo contrario, y si nace de una mujer no casada, será extramatrimonial, pero podrá llegar a ser matrimonial por la vía de la legitimación.

Actualmente la Ley 1060 del 2006 modificatoria de los artículos 213 y 214 del Código Civil, amplió la presunción que tenía el hijo matrimonial, para los hijos extramatrimoniales, concebidos y nacidos dentro de la "declarada" unión marital de hecho. Es decir, se presume que el compañero permanente de la madre es el padre.

Más adelante abordaré las contradicciones que ofrecen estas dos normas, analizando y dando una interpretación correcta y posibles soluciones respecto al punto referido.

*Presunción de la paternidad extramatrimonial:*

Como ya se dijo anteriormente, con la Ley 1060 del 2006 modificatoria de los artículos 213 y 214 del Código Civil, damos aplicación a la presunción de hijo extramatrimonial, demostrando la declaración de la existencia de la unión marital de hecho, ya sea por

sentencia judicial, escritura pública ante Notario o acta de conciliación ante un Centro de conciliación debidamente autorizado.

De esta manera, se podrá realizar el asentamiento del registro civil de nacimiento del hijo, el que se tiene como padre al compañero permanente de la madre, sin que el presunto padre tenga que acudir a la Notaría o Registraduría a firmar el acta de nacimiento, porque este hijo se halla amparado por dicha presunción.

Igualmente sucedería, con aquellos hijos nacidos dentro del término de 180 días subsiguientes a la declaratoria de la unión marital de hecho, pues los que hubieren nacido fuera del término de 180 días de la convivencia de sus padres y no han declarado la existencia de la unión marital de hecho, no gozan de la presunción establecida en el artículo 2° de la ley 1060 del 2006, por lo que se hace necesario del reconocimiento del padre, por los medios legales. Al igual que aquellos hijos nacidos de relaciones esporádicas, fortuitas que requieren del reconocimiento de su padre.

*Reconocimiento de hijo como extramatrimonial:*

Jorge Parra Benítez, (2009), el reconocimiento se concreta en una manifestación de voluntad de quien reconoce.

Roberto Suárez Franco, (2004), como un acto que encierra una confesión de la paternidad, por el cual se establece una filiación; es la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo

y de ocupar, respecto de él, la posición jurídica del padre.

*Características del reconocimiento*

a. Acto eminentemente personal: solo los padres lo hacen. No es delegable ni a parientes próximos ni a apoderados.

Gómez Piedrahita citado por Parra Benítez, 2009, "Sería, a nuestro juicio, inválido el (reconocimiento) realizado mediante apoderado, si, por ejemplo, se faculta mediante poder a alguien para que en diligencia se reconozca a una persona como su hijo, el reconocimiento propiamente no lo constituye la diligencia misma sino el poder otorgado por el reconocedor. Así no se lleve a cabo la diligencia en que iba a operar el poder, este documentos auténtico constituye prueba de reconocimiento".

b. Acto voluntario: no obligatorio. Como dice Suárez Franco, (2004), "nuestro Código Civil, no concede al hijo el derecho de ser reconocido, sino solo el derecho a que se declare judicialmente su filiación, previa demostración en juicio".

c. Acto expreso: no existen reconocimientos tácitos.

d. Es bilateral: porque dicho reconocimiento debe ser notificado al reconocido, con el objeto de que acepte o repudie dicho reconocimiento. Una vez reconocido y notificado, surgen obligaciones tanto para el hijo como para el padre.

- e. Acto solemne: su solemnidad lo reviste de autenticidad, como son firma del padre en el acta de nacimiento, por declaración ante juez, por testamento y por escritura pública.
- f. Acto de carácter irrevocable: artículo 1° de la Ley 75 de 1968: "el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales es irrevocable...", es decir, el padre no puede dejarlo sin efecto por voluntad propia, ni privarlo de eficacia aún con el consentimiento del hijo.
- g. Acto que no admite modalidades: los actos relacionados con el estado civil son puros y simples, no están sujetos a plazo o condición. Existe solamente una excepción: el reconocimiento del nasciturus: la condición es que "nazca vivo", esa será la condición para el reconocimiento como hijo extramatrimonial.
- h. Produce efectos erga omnes, es decir, absolutos, para todo el mundo. Ya que el reconocimiento consta en un instrumentos público del estado civil que es un instrumento público.
- i. Debe ser notificado al hijo, pues mucho tendrá que decir ese reconocido. La notificación se hace con el objeto de que acepte o repudie, y para tal efecto se aplica por analogía el artículo 243 del Código Civil: "La persona que acepte o repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta, a menos de probarse

que estuvo imposibilitado de hacer la declaración en tiempo hábil”.

*Modos de hacer el reconocimiento (artículo 1º Ley 75 de 1968)*

a. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce:

Es la forma más común, donde el pretendido padre acude a la Notaría y firma el acta de nacimiento.

Si no acude el pretendido padre, el funcionario de llevar el registro tendrá el deber de indagar por el nombre de quien pueda ser el padre, lo citará y si no comparece, o compareciendo no reconoce, oficiará al Defensor de Familia para que adelante en representación de ese niño, niña o adolescente proceso de investigación de la paternidad (Decreto 1260 de 1970 artículos 57 y 58).

b. En diligencia de conciliación extrajudicial conforme al art. 31 de la Ley 640 del 2001 que de conformidad con el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 del 2006, art. 82 numeral 9º) debe ser aprobado por el Defensor de Familia, ya sea porque sea el motivo principal o no.

c. Otorgamiento de escritura pública, ya sea que fuese el motivo principal o no. Exigiéndose el deseo de reconocer en forma cierta. (C.S.J., mayo 4 de 1953). Pero si existe ausencia de la escritura pública por la nulidad de la misma el acto jurídico del reconocimiento se afectará y no subsistirá, por ende no existirá el reconocimiento.

- d. En un testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento. La ley no distingue la clase de testamento, por la que será válido el reconocimiento que se haga en cualquier clase de testamento: abierto, cerrado o privilegiado.
- e. Por manifestación expresa y directa ante un juez: puede ocurrir varias situaciones:
- Que dentro del proceso de investigación de la paternidad, el pretendido padre, reconozca a su hijo como tal.
  - puede que dentro de una diligencia ante otro juez diferente al juez de familia que está cursando el respectivo proceso de investigación, el pretendido padre inequívocamente manifieste, acepte ser padre de ese hijo extramatrimonial no reconocido, deduciéndose su paternidad.

Esta disposición no se hace extensiva a notarios (C.S.J. Cas. Civil Sent. Octubre 18 del 2000 M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles)

*Reconocimiento de hijos por padres con discapacidad mental absoluta*

Artículo 50 Ley 1306 del 2009:

Los padres interdictos tienen aptitud para engendrar o para concebir. De allí que el mencionado artículo les de la facultad de reconocer a sus hijos, si tienen un intervalo lúcido y conciencia del alcance de sus decisiones.

Tiene su fundamento en el artículo 42 de la Constitución Política, el cual le brinda protección a la familia, a los niños, niñas y adolescentes; y en el artículo 3° de la Ley 1306 del 2009 mediante la cual hay que tener en cuenta principios como: el respeto a su dignidad, su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia.

Los padres interdictos podrán hacer el reconocimiento ante el juez de familia, porque si llegare a realizar el reconocimiento por los otros medios abordados anteriormente, sería nulo en forma absoluta, sin posibilidad de admitir prueba en contrario, conforme al artículo 48 inciso 1° de la Ley 1306 del 2009: "Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el presente capítulo, los actos realizados por la persona con discapacidad mental absoluta, interdicta, son absolutamente nulas, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado e un intervalo lúcido"

#### *Causales de investigación de la paternidad extramatrimonial*

Cuando el padre no reconoce en forma voluntaria al hijo, tenemos entonces que recurrir a unos hechos, o elementos de presunciones que nos sirven de fundamento para la investigación de la paternidad, para poderle atribuir y que el juez declare la paternidad mediante una sentencia judicial, una vez se hallen comprobados los hechos *petitum* de su demanda.

Esos hechos o elementos de presunciones se encuentran consagrados en el artículo 6° Ley 75 de 1968 de manera taxativa, es decir, no existen otros. Es así que no se puede plantear una demanda de investigación de la paternidad alegando una prueba científica con marcadores genéticos, utilizando la técnica del ADN, ya que esto no lo contempla la ley 75 de 1968.

Parra Benítez, 2009, dice, que para la Corte Suprema de Justicia estos elementos de presunciones, son autónomos, independientes, característica que incide en la configuración de la cosa juzgada.

Así lo consideró en sentencia de 29 de mayo de 1990, cuando dijo que: *"Siendo la paternidad natural un hecho presumido por la Ley en virtud de la demostración de uno cualquiera de los seis hechos mencionados en los numerales del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, no les indispensable al actor la demostración de todos ellos, sino que le es suficiente con probar uno cualquiera, para que el juez declare judicialmente la paternidad pretendida en la demanda. De tal suerte que, cual lo dijo la Corte en sentencia del 15 de julio de 1981, no es necesario que el actor aduzca como motivo de su pretensión las seis causales establecidas en la ley, pues ésta no hace obligatoria su acumulación. Lo que, entonces significa, que tales causales tienen identidad propia, son que pueda válidamente predicarse que si se adujo en un proceso una que no prosperó, exista cosa juzgada en un segundo proceso, donde se reclame la tutela jurisdiccional para la misma pretensión, pero fundada en*

*hechos no controvertidos en el primero, constitutivos de causal distinta, pues salta a la vista que, sobre tales hechos, no ha existido ninguna controversia judicial”.*

Seguidamente explicaré sin extenderme mucho, los hechos en que se debe soportar una demanda de investigación de la paternidad extramatrimonial:

1. En el caso de secuestro simple o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción: acá el actor debe demostrar dos hechos: el secuestro o violación y que coincida con la época en que se presume que ocurrió la concepción de conformidad con el artículo 92 del Código Civil.

2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio:

El actor debe probar dos cosas: a) la seducción (es la persuasión con ardides de una mujer, para satisfacer apetitos eróticos sexuales, con mujeres mayores de 14 años porque si es con menores de edad ya se trata de acceso carnal abusivo con menor de 14 años ART. 208 C.P.); y b) que sea consecuencia de hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio. (La promesa de matrimonio debe ser seria).

Prueba de la seducción: testigos, presunciones, interrogatorio de parte, etc.

3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad: Requisitos:

Manifestación hecha por escrito cualquiera: (documento público o privado). En el documento público

que contenga la confesión inequívoca, ES PLENA PRUEBA, porque por su naturaleza va amparado con la presunción de autenticidad. El presunto padre será el llamado a desvirtuar por medios idóneos, tachándolo de falso o impugnando su carácter de público.

Si es documento privado a que se refiere el numeral 3°: carta o escrito cualquiera suscrito personal e individualmente por el padre ante testigos o dirigido a otra persona, sirva para hacerlo valer en el proceso como prueba de confesión extrajudicial, aquí su autenticidad no se presume. Requisitos:

- Que el escrito provenga directamente y personalmente del padre, es decir, que se tenga certeza que el autor de ese escrito sea el presunto padre
- Que el escrito contenga una confesión inequívoca de paternidad (admite, reconoce, acepta a determinada persona como su hijo. Por ejemplo: mi Pedrito, mi juanita, etc.). Pruebas: declaraciones de rentas, pólizas de seguros, afiliaciones a EPS, clubes, etc.

C.S.J. Cas. Civil, sentencia. Agosto 30 de 1996 M.P. Pedro Lafont Pianetta. (Declaración de paternidad basada en confesión escrita).

4° Relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre durante la época en que se presume ocurrió la concepción:

Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social éntrela madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar

y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

En la ley 45 de 1936 dichas relaciones debían ser estables y notorias. La ley 75 de 1968 derogó dichas exigencias.

No es posible prueba directa, sino prueba indirecta a través de testigos.

Aunque creo que con las nuevas relaciones sexuales que se están dando en nuestra sociedad y que no podemos ser ajenas a ellas, como los intercambios de parejas, tríos, etc., es posible que una persona que ha participado en esas relaciones sexuales pueda declarar en un momento dado, probando las relaciones sexuales entre el pretendido padre y la madre.

La ley no ha querido que los testigos declaren que han asistido a los hechos constitutivos de tales relaciones. Pero las declaraciones sí deben versar sobre hechos indicadores de tales relaciones verificadas en la época de la concepción.

La Corte ha dicho que "no es indispensable que se precisen la fecha de inicio y terminación. Los testimonios relativos a hechos posteriores solo pueden servir como medios corroborantes. C.S.J. Cas. Civil, Sent. Agosto 16 de 1973.

El inciso 3° MEDIO DE DEFENSA. LA EXCEPTIO PLURIUM CONSTUPRATORUM: consiste en que dentro del proceso el pretendido padre demuestre que en la misma época en que le imputan las relaciones sexuales con la madre, ésta tuvo con otro-s hombre-s. Esta contraprueba no será

valedera si se demuestra que el pretendido padre, por actos positivos, acogió al hijo como suyo.

Dicha excepción requiere triple prueba: a) el hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, b) determinación o individualización del hombre-s con quien las haya tenido y c) coincidencia con la época de la concepción. C.S.J. Cas. Civil, Sent. Septiembre 12 de 1980.

La excepción de vida disoluta que se relaciona con la mala conducta notoria de la madre que en otras legislaciones autorizan, pero en Colombia no.

5ª Trato personal y social dado a la madre por el presunto padre durante el embarazo, y el parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere por sus características ciertamente indicativo de la paternidad.

Trato personal: relaciones directas entre el padre y la madre por ejemplo los cuidados, atenciones.

Trato social: manifestaciones frente a la sociedad como por ejemplo contratación de un médico, la clínica, alimentos, pago de gastos, cursos sicoprofilácticos, etc.

Y el trato es durante TODO el embarazo y parto.

Son simplemente indicios que aunados nos da la paternidad extramatrimonial.

6ª Posesión notoria de estado civil de hijo:

Artículo 397 del código Civil. Ley 45 de 1936 artículos 5º, 6º; artículo 398 modificado por la Ley 75 de 1968 artículo 9º; artículo 399 que consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y

establecimiento, y en que sus amigos, vecindario en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre en virtud de ese tratamiento.

Nuestra jurisprudencia C.S.J. Cas. Civil, Sent. Febrero 21 de 1992 M.P. Alberto Ospina Botero, no habla de unos requisitos:

Tiempo: 5 años continuos por lo menos.

Espacio: lugar o sitio donde ocurre ese trato.

Trato: actitud del padre frente al hijo, valorada desde luego a la luz de una cualquiera de las siguientes conductas: proveer o haber provisto a su subsistencia, educación o establecimiento.

Reputación: es la convicción que los amigos, los parientes y el vecindario se han formado por ese trato, actos repetidos que afirman los vínculos familiares sin lugar a dudas.

Fama: consiste en la opinión pública que se tiene de alguna cosa. Es la conciencia que, en torno a la existencia de la relación familiar, despierta en los deudos, amigos y el vecindario en general el hecho de que el pretense padre haya atendido la subsistencia o educación p establecimiento del hijo extramatrimonial

Fernando Vélez, citado por Suárez Franco, 2004 afirma "El tratamiento que forma la reputación y que lleva a la fama, tiene que ser establecido de modo irrefragable y por un conjunto de testigos que no dejen la menor duda, que no admiten objeciones ni vacilaciones."

*Ley 721 del 2001*

*El ADN para establecer la paternidad. En todos los procesos de investigación de paternidad extramatrimonial, los jueces de familia deben decretar oficiosamente la prueba científica del ADN, aún en vigencia de la Ley 75 de 1968 artículo 7° se imponía tal obligación, con la prueba ADN, sino con otra técnica, así: "El juez de oficio o a iniciativa de parte decretará la peritación antropo-heredo-biológica. La renuencia a la práctica será apreciada por el juez como indicio".*

En varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de casación Civil, ha hecho pronunciamientos acerca de la práctica de la prueba científica del ADN, así:

- Sent. abril 23 de 1998: "Es indispensable que los jueces acudan a esta prueba, o a la ADN".
- Sent. mayo 22 de 1998: "Se presenta nulidad cuando se omite el período necesario para la práctica de la prueba científica".
- Sent. noviembre 8 del 2000: "La ausencia de la prueba científica no impide que la filiación sea judicialmente declarada".
- Sent. junio 28 del 2005: "Medidas que puede tomar el juez con relación al presunto padre renuente a la práctica de la prueba genética".
- Sent. marzo 10 del 2000: "Hoy las probanzas indirectas no tienen el peso probatorio de las pruebas biológicas científicas".
- Procedimiento con relación a padres fallecidos

Artículo 2° Ley 721 del 2001

Si no alcanzaren los valores exigidos que son del 99.99%, siempre habrá que notificarle que los resultados son excluyentes.

Mediante sentencia C-860 del 2008 M.P. Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional dijo : *"el juez debe presenciar directamente la diligencia de exhumación del cadáver y la toma de muestras para el dictamen de ADN"*, declarando inexecutable la expresión *"o su representante"*, contenida en la disposición referida anteriormente.

- El término para objetar el dictamen consagrado en el artículo 4° de la ley 721 del 2001, quedó derogado expresamente por el artículo 44 de la Ley 1395 del 2010.

*Sufragación del examen de ADN.* Conforme a la sentencia de la Corte Constitucional C-808 del 3 de octubre del 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería, expresó lo siguiente:

*"La Corte deja claramente establecido que la primera prueba se asume en su costo, inicialmente por el Estado, y este la práctica aunque el presunto padre tenga recursos económicos y se niegue a pagar lo que le corresponda. De no ser así el interés superior del niño quedaría a merced de la voluntad del presunto progenitor, a quien le bastaría con no suministrar los recursos, para que no pudiera practicar la primera prueba de ADN e impedir que se le declare progenitor y no asumir sus*

*obligaciones como padre. Esto sin perjuicio de que el Estado con posterioridad recupere lo gastado cuando resulte condenado el progenitor renuente o el que demandó a quien no era progenitor y deban reembolsarle los gastos". Porque dicha prueba no sigue el esquema normal de todas las otras pruebas de oficio.*

*Juez competente.* Si se trata de procesos de investigación de paternidad cuando los demandantes sean niños, niñas y adolescentes, será el "procedimiento especial preferentes", contemplado en el artículo 8° de la Ley 721 del 2001 y en el auto admisorio de la demanda se decretará la prueba científica de ADN.

Si se trata de procesos de investigación de paternidad cuando sean mayores de edad, o el presunto padre hubiere fallecido, será un proceso ordinario (hoy declarativos, Ley 1395 del 2010, aunque ya su naturaleza era y es la declarar un estado civil que no se tiene), el decreto será en el auto que abre a pruebas el proceso, siempre y cuando se hayan solicitado dentro del término oportuno (presentación de la demanda o su contestación).

*Filiación adoptiva.*

*Eduardo Ignacio Fanzolato, citado por Parra Benítez, (2009), "La adopción es una institución del derecho de familia en virtud de la cual, y por medio de una sentencia judicial, se crea entre personas no ligadas por lazos biológicos próximos un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar al que surge de la filiación consanguínea establecida".*

Es la creación legal de un vínculo igual que el matrimonial o extramatrimonial. Es el estado jurídico de una persona que la liga a otra por esta medida de protección, mediante el cual tiene los mismos efectos jurídicos de la filiación matrimonial.

Serán entonces adoptantes y adoptivo, donde el adoptivo ocupa el lugar del hijo biológico, con todos los derechos y deberes que les impone la ley.

Para la época romana, con la adopción había un cambio de estatus dentro de la familia, pasando por un parentesco limitado, es decir, solamente se establecía parentesco entre el adoptante y adoptivo, introduciendo adopciones simples y plenas, para lo último dejándolas totalmente plenas, con la expedición del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), y hoy con el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 del 2006), pero la tendencia del derecho comparado, según lo cita Monroy Cabra, (2004), se orienta hacia la equiparación del adoptivo pleno al legítimo, lo cual elimina las dificultades que se derivan de los sistemas legislativos que distinguen entre adopción plena y adopción simple.

#### Principios Que Conlleva La Filiación Dentro De La Ley 1060 Del 2006

*La filiación es fundamental, conforme al artículo 42 de la Carta Política, reconociendo implícitamente que existen unos derechos familiares.*

En esos derechos familiares, conforme lo expresa Julio López del Carril (siguiendo a Cicu), citado por

Lafont Pianetta (2009), *"hay que tener en cuenta que el derecho subjetivo familiar, tiene dos elementos:*

a. *El interés familiar que constituye un interés superior autónomo y eventualmente opuesto a los intereses de cada una de las personas que componen el grupo familiar, pudiendo producirse la colisión de derechos subjetivos personales individuales entre sí con el núcleo familiar.*

b. *Los poderes familiares que son una voluntad a la cual se reconozca jurídicamente la potestad de actuar".*

Estos derechos familiares son: el derecho al conocimiento familiar, y concretamente el derecho a la filiación, el derecho a la identidad.

Respecto al derecho de conocimiento familiar, los Hermanos Mazeaud citados por Lafont Pianetta, (2009), afirma que:

*"es la facultad para indagar y saber ciertos aspectos de la familia, sin que ello implique el establecimiento, modificación o extinción de algunas relaciones jurídicas (vgr. Filiación), derechos (vgr. sobre el nombre y apellido), estados (vgr. el estado civil, parentesco, etc.). Por lo tanto dicho derecho y conocimiento familiar comprende entre otros: en primer término, el derecho al conocimiento del origen familiar, como aquella facultad para indagar y saber no solamente su origen inmediato, esto es, de quién son sus padres (que constituya un derecho especial de los hijos*

*adoptados, tal como ha sido consagrado por el artículo 75 del nuevo Código de Infancia y Adolescencia, sino que también sea un derecho de los mal llamados "hijos de padres desconocidos", sino que también el derecho a indagar y conocer la ascendencia (bisabuelo, tatarabuelos, etc.).*

*En segundo término, el derecho al conocimiento de los vínculos familiares, como aquella facultad para indagar y saber, de un lado, cuál es el carácter del vínculo (desde el ángulo jurídico, como el del saber su carácter legítimo, extramatrimonial o adoptivo, así como el padre o la madre correspondiente; y también tener el conocimiento desde los demás ángulos, como lo relativo a su estrato, religión, educación, condición económica, condición mora, etc.), no solo frente a los padres, sino también frente a todos los relacionados con la familia, esto es, frente a todos los parientes y afines; derecho este al conocimiento de vínculo familiar, que tiene carácter especial en caso de los hijos adoptivos, según lo dispone el artículo 75 del código de Infancia y Adolescencia. En cambio, distinto del derecho al conocimiento familiar, es el derecho a la filiación, pues es aquella facultad para investigar y establecer, modificar o extinguir relaciones jurídicas que indican la descendencia*

*de progenitores e hijos; y del derecho a establecer la genealogía, pues a diferencia del anterior no es "una cuestión de estado civil", sino a establecer, con base a pruebas formales e informales, el estado de parentesco de un allegado con otro".*

- La filiación tiene una concepción única, tal como lo expresa Lafont Pianetta, (2009), "porque es entendida como aquella relación que indica ser descendiente (consanguíneo o civil) de otra persona.

Igualmente se habla de filiación plural, en el sentido de que tanto la Constitución Política se habla de los "hijos habidos dentro del matrimonio y los hijos habidos fuera de él" y la misma Ley 1060 los reconoce a los contemplados en ella, pues la referida ley menciona a los hijos matrimoniales y a los nacidos durante la declarada unión marital de hecho. Pero deja por fuera a aquellos hijos que no son ni de una ni de otra.

- Es de orden público, lo que quiere decir, que es de interés público y social.
- Es indivisible en forma absoluta para el hijo matrimonial, y extramatrimonial, ya que se funda hoy día con la Ley 1060 en la unión marital de hecho, y entonces la filiación se predica de ambos progenitores (cónyuges o compañeros permanentes).

#### Acciones Del Estado Civil

##### *Acción de reclamación*

La persona reclama un estado civil que no tiene.

Posee unas características, citadas por Parra Benítez, (2008) que son:

- Consagración general (artículo 406 Código Civil)
- Positivas, pues buscan establecer el estado civil
- Extrapatrimoniales, aunque producen efectos económicos derivados del estado civil
- Propias o exclusivas de su titular
- Imprescriptibles
- No admiten clasificación

#### *Acción de impugnación*

Pedro Lafont Pianetta, (2009), "la impugnación es aquel fenómeno jurídico en virtud del cual, mediante una acción o pretensión, se ataca una relación filial que contraría la realidad para que se declare su inexistencia o no existencia".

La persona se halla amparada por un estado civil, busca desvirtuarlo en caso de que considere que ése no es el verdadero.

Posee unas características, citadas por Jorge Parra Benítez (2008) que son:

- Consagración individual o casuística
- Negativas, en cuanto se dirigen a desvirtuar un estado civil que se ostenta
- Extrapatrimoniales
- Propias o exclusivas de su titular
- Prescriptibles

- Admiten clasificación (en pretensiones de desconocimiento simple y desconocimiento riguroso)

Diferencias entre las acciones de reclamación y de impugnación del estado civil

Conforme a la sentencia de la Corte Constitucional C-109 de marzo 15 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, ella afirma que *“en las acciones de reclamación, la persona reclama un estado civil que no tiene. Así, un hijo no reconocido puede investigar su paternidad o maternidad, legítima o extramatrimonial. Por medio de las segundas, una persona amparada por un estado civil busca desvirtuarlo, en caso de que considere que éste no es el verdadero. No es pues lo mismo reclamar un estado civil que impugnarlo, aun cuando la reclamación pueda implicar en muchos casos la impugnación”*.

#### Acción De Impugnación

*Antecedentes de la ley 1060 del 2006*

Proyecto De Ley 134 De 2004 Cámara.

Por la cual se modifica y adiciona el Código Civil Colombiano.

El Congreso de la República

Decreta:

Artículo 1°. El artículo 213 del Código Civil quedará así:

Artículo 213. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es legítimo salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.

Artículo 2°. El artículo 215 del Código Civil quedará así:

Artículo 215. El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio mediante la prueba científica de ADN u otra de las mismas características, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre.

Artículo 3°. El artículo 217 del Código Civil quedará así:

Artículo 217. El padre, la madre y el hijo podrán reclamar e impugnar la paternidad ante los Jueces de Familia, en cualquier tiempo.

El valor de la prueba científica de ADN u otra con mismas características o de igual o mayor confiabilidad, en los procesos de reclamación o impugnación de paternidad o maternidad será definitiva, en la toma de decisiones de los Jueces de la República.

Artículo 4°. Artículo nuevo del Código Civil quedará así:

Artículo nuevo. El Juez de Familia que conozca y lleve el caso de reclamación o impugnación de paternidad podrá vincular al proceso al verdadero padre biológico, para que responda por el hijo; en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre, además de velar por una progeneritura responsable.

Artículo 5°. Artículo nuevo del Código Civil quedará así:

Artículo nuevo. Cuando a uno de los cónyuges se le quiera responsabilizar por la paternidad o maternidad de un hijo que no es el suyo, y por el contrario se demuestra la verdadera progenitura a través de los medios probatorios válidamente admitidos por la ley, los padres biológicos que sean declarados responsables de este hecho, deberán asumir el pago de los perjuicios morales y materiales que hayan sido causados, tanto al cónyuge inocente como al hijo cuya paternidad estuvo en entre dicho.

Artículo 6°. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias, en especial, los artículos 5° y 6° de la Ley 95 de 1890.

De los señores Congresistas con toda atención,

*Omar Armando Baquero Soler,*  
Representante a la Cámara,  
Departamento del Meta.

Exposición De Motivos

*Impugnación de la paternidad y la maternidad.*

*Reforma al Código Civil.*

Señores Representantes:

Respetuosamente me permito poner a su consideración, la presente iniciativa legislativa que tiene por objeto la modificación y actualización del Código Civil, en lo referente a las pruebas y términos establecidos para la

*Impugnación de la Paternidad.**I. Antecedentes Y Marco Teórico*

En Colombia el Código Civil regula el tema de la impugnación de la paternidad genéricamente en el Título X del Libro 1 cuando establece las reglas generales sobre ¿los hijos concebidos en el matrimonio?

*Sentencia C-004/98*

Estado civil en la Constitución Política vigente

*La personalidad jurídica (formada por todos sus atributos) está expresamente reconocida por la Constitución como un derecho del ser humano, como algo inherente a él, de lo cual no puede jamás ser despojado.*

Presunción de existencia de las personas-Finalidad

*La presunción de derecho del artículo 92 tiene una finalidad clara: permitir que se pruebe o se descarte la filiación, pues la calidad de hijo de una persona en especial, es parte del estado civil y determina, por lo mismo, derechos y obligaciones diversos.*

FILIACIÓN-Medios de prueba/PRESUNCIÓN LEGAL DEL TIEMPO DE CONCEPCION

*La duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de la filiación. La filiación, fuera de las demás pruebas aceptadas por la ley civil, se demuestra ahora, principalmente, por el experticio sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre, y por la peritación antro-*

*heredo-biológica, medios de prueba expresamente previstos por el artículo 7° de la Ley 75 de 1968. Se declarará la inexecutable de la expresión ;de derecho; contenida en el artículo 92 del Código Civil, y, en consecuencia, la presunción establecida en esta norma será simplemente legal, que admite prueba en contrario. La presunción del artículo 92, en síntesis, es la base de diversas normas del Código Civil relacionadas con la familia o con el parentesco. Como presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario, en nada vulnera la Constitución. Es claro que si se abre la posibilidad de desvirtuarla, por medio de las pruebas pertinentes, ella no constituirá en adelante un obstáculo insalvable e injusto para las pretensiones de algunos. Todas las normas que se refieran directa o indirectamente a la presunción del artículo 92, deberán interpretarse teniendo en cuenta que esta es simplemente legal y no de derecho, y que, por consiguiente, es admisible la prueba en contrario.*

Actualmente los descubrimientos científicos y tecnológicos vienen aportando una valiosa información que ha producido cambios estructurales y jurídicos dentro de la sociedad a nivel mundial, una de ellas ha sido el aporte de la Prueba Genética de ADN, este soporte médico-científico ha generado importantes cambios jurídicos sustanciales, hasta el punto de venir modificando y actualizando los Códigos Civiles de diversos países, especialmente, lo relacionado con el Derecho de Familia, de manera concreta el tema que corresponde a la impugnación de la presunción paterna y

materna.

La Ley 75 de diciembre 4 de 1968 por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su artículo 7° fue modificado por el artículo 1° de la Ley 721 de 2001 que reconoce el valor de la prueba genética ADN para establecer la paternidad o maternidad y cuyo texto es el siguiente: *¿En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%¿.*

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

Parágrafo 2°. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del ADN con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.

Parágrafo 3°. El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo la siguiente información:

- a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;
- b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;
- c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;
- d) Frecuencias poblacionales utilizadas;

e) Descripción del control de calidad del laboratorio.

Para enriquecer esta motivación, expliquemos breve y sencillamente en qué consiste la Prueba Genética de ADN o Ácido Desoxirribonucleico (material genético en las células del cuerpo), que ha dejado sin peso jurídico la presunción:

#### Evolución

El ADN fue aislado por primera vez de las células del pus y del espermatozoide de salmón, y estudiado intensamente por el suizo Friedrich Miescher, en una serie de investigaciones comenzadas en 1869. Lo llamó nucleína debido a su participación en el núcleo celular. Se necesitaron casi 70 años de investigación para poder identificar por completo los sillares principales y la estructura del esqueleto de los ácidos nucleicos.

#### *Prueba de filiación ADN*

El ADN (ácido desoxirribonucleico) es el material genético en las células del cuerpo. Cada célula nucleada tiene 46 cromosomas, con excepción de las células de espermatozoide del hombre y el óvulo de la mujer, que contiene solamente 23 cromosomas. En el momento de la concepción, hay 46 cromosomas necesarios para crear una persona. Por eso, una persona recibe una mitad de su material ADN genético de su madre, y la otra mitad del padre biológico.

La Prueba de ADN es el método más preciso que existe debido a que el ADN de cada persona es único. ¿La Prueba

del ADN está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño(a) y del presunto padre. Si se conocen los perfiles genéticos de la madre y de su hijo(a), el perfil genético del padre puede ser deducido con certeza casi total¿.

La Prueba de ADN es la forma más precisa para determinar la paternidad. ¿Si los modelos ADN entre el niño y el presunto padre no aparecen en dos o más sondas, entonces el presunto padre es excluido 100% lo que significa que él tiene una probabilidad de 0% de paternidad ¿ no puede ser el padre biológico del niño¿.

Si los modelos ADN aparecen entre la madre, el niño y el presunto padre con cada sonda, entonces podemos calcular una probabilidad de paternidad del 99.9% o más. La Prueba del ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad y se puede realizar por razones legales, médicas o personales siempre dentro de la máxima discreción y privacidad. La mayor parte de las cortes y jurados de los Estados Unidos aceptar resultados de 99.0% como evidencia de paternidad.

Debe tenerse en cuenta que esta prueba ha originado un beneficio a las mujeres que buscan el reconocimiento de filiación para sus hijos, solicitada también por los hombres que desean demostrar que están siendo acusados falsamente de ser padres biológicos de un niño que es imputado como suyo. Otros simplemente la usan para absolver una duda antigua (muchas veces sin conocimiento de la madre, cuya participación no es indispensable). Así mismo es una prueba que se utiliza para resolver litigios

por razones de herencia, en casos forenses, etc.

La prueba del ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad y se puede realizar por razones legales, médicas o personales siempre dentro de la máxima discreción y privacidad.

El desarrollo de la tecnología por ADN en Latinoamérica permitirá ingresar al siglo XXI con plena capacidad para aprovechar los beneficios médicos que sobrevendrán como consecuencia del conocimiento de los detalles moleculares del genoma humano.

## *II. Problema Jurídico*

Con la prueba del ADN la figura jurídica de la presunción ha perdido vigencia, debido a que este adelanto de la ciencia prácticamente la ha destruido y la ha dejado en la actualidad sin peso jurídico, además evita que se sigan cometiendo injusticias, como en el caso colombiano, cuando se sustentan sentencias basadas en la presunción, sustento este que en muchas ocasiones ha causado perjuicios y responsabilidades en cumplimiento de mandatos jurídicos que datan de 1887 y 1890; fallos que al mismo tiempo están contrariando y violando otros derechos, consagrados en los Principios Universales de los Derechos Humanos establecidos por las Naciones Unidas el 6 de Diciembre de 1948 y la Constitución Política de 1.991, uno de ellos corresponde al Derecho a la Igualdad ante la Ley, texto consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Fundamental que dice: *¿todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los*

*mismos derechos y oportunidades, sin ninguna discriminación.*

El término para impugnar la paternidad en nuestra legislación no corresponde a los postulados establecidos en los Principios Universales de los Derechos Humanos y la Constitución Política de 1991; ya que el Código Civil establece términos diferentes para unos y otros (Padres e Hijos), contrariando y violando los postulados generales. Este término, como autor de este proyecto, debe ser igual para los integrantes del núcleo familiar, padre, madre e hijos.

El descubrimiento médico-científico de la Prueba Genética de ADN hace que sea prioritario y de manera urgente modificar el Código Civil Colombiano, el cual debe evolucionar con una doctrina dinámica, justa y actualizada, ya que el Código Civil en aspectos como la presunción ha permanecido rígido y estático, no está acorde con la realidad, debe actualizarse tal y como lo hicieron de manera oportuna muchos países del mundo, que consideraron que esta Prueba Genética de ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad. De otro lado, confirma o desvirtúa las obligaciones respecto de unos y otros y evita los serios conflictos al interior de la familia, originados por el engaño y la infidelidad.

### *III. Legislación En Derecho Civil Comparado*

A continuación citaré a manera de ejemplo algunos países que modificaron y actualizaron sus Códigos Civiles

respecto de este tema tan importante, como es lógico, fundamentados en la Prueba del ADN:

Estados Unidos: La mayor parte de las Cortes y Jurados de este país acepta los resultados de la Prueba Genética equivalentes al 99.0% como evidencia de la paternidad.

Argentina: En la legislación de este país la impugnación de la paternidad fue modificada mediante la Ley 23264 de 1985. Anteriormente esta acción estaba limitada taxativamente a las situaciones que correspondían a que el padre no cohabitara con su esposa en el periodo de la concepción, el adulterio de ella o el ocultamiento del parto; *hoy en día la ley propicia una impugnación amplia, el marido puede ante la duda impugnar su paternidad o con pruebas suficientes, hacer caer la presunción de paternidad contemplada en el artículo 243.*

Chile: En esta legislación mediante Sentencia número 1140 del 3 de diciembre de 2002, el Tribunal Supremo dictaminó que *el plazo para impugnar la paternidad comienza a correr desde el conocimiento por parte del padre de la verdad biológica y no desde la inscripción o registro del nacimiento.*

Costa Rica: Actualmente cursa un proyecto de reforma que pretende incluir algunas modificaciones, en especial lo relacionado con la Prueba Genética de ADN.

España: Esta legislación establece que el padre, la madre y los hijos, por sí mismos o mediante sus representantes legales, *pueden ejercer la acción de reclamación de la filiación matrimonial durante toda su*

*vida, consagrada en la Ley 9 del 15 de julio de 1998, Capítulo II, Sección II artículo 103 de la Filiación Matrimonial.*

México: Respecto de esta legislación, en todos los juicios de investigación de paternidad o maternidad, el Juez decretará los exámenes personales del hijo, sus ascendientes y de terceros, para determinar las características biológicas.

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: *¿se presume hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario, los hijos nacidos dentro del matrimonio¿. Las pruebas genéticas permiten un elevado porcentaje de certeza, con ella se determina si existe o no la relación de filiación entre dos personas. El Código Civil agrega al anterior precepto: ¿...así como aquellos que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer¿. Sobre este particular la Suprema Corte de Justicia Mexicana ha establecido en una tesis como idónea para demostrar la paternidad de un menor la prueba pericial en materia genética.*

De otra parte el Código Civil para el Distrito Federal de 2000 *admite como prueba para demostrar la filiación las que permite el avance de los conocimientos científicos, incluyendo la prueba biológica.* En el artículo 325 se incorpora el avance de los conocimientos científicos como prueba contra la presunción de paternidad establecida en el artículo 324. Lo anterior se sustenta en que la norma jurídica debe responder a una realidad concreta; el juzgador debe aprovechar las

oportunidades que brindan las pruebas biológicas para corregir las deficiencias del sistema que ahora resulta anacrónico al modificarse las circunstancias.

Perú: En esta legislación la Ley 27048 del 31 de diciembre de 1998 establece en el artículo 363 que: ¿El marido que no se c ea padre del hijo de su mujer puede negarlo¿, cuando se demuestre a través de la Prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. ¿...El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando hubiere realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza¿.

Puerto Rico: Mediante la Ley 16 del 10 de julio de 1990 actualiza el Código de Familia existente.

#### *IV. Efectos de la Legislación Actual*

Las decisiones judiciales (sentencias) de Juzgados y Tribunales de Familia hoy día están basadas con el argumento de ¿¿administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley¿¿; considero que estas decisiones judiciales, para este caso en concreto, día a día se alejan de la aplicación de la justicia y de la realidad y por el contrario estas se radican y fundamentan en el cumplimiento de un ordenamiento jurídico que data desde 1887.

Ya son múltiples los casos de impugnación de paternidad, donde a pesar de haberse aportado una prueba médico-científica (Prueba Genética de ADN), pero debido a

que no se ha observado el cumplimiento de los términos señalados por el Código Civil o demostrado la causal de adulterio para impugnar la paternidad, un hombre es sometido por la ley vigente y obligado mediante una sentencia a responder por un hijo que en algunas ocasiones no convive con los verdaderos padres biológicos y lo que es peor, un menor obligado a llevar en su nombre un apellido que no corresponde a su verdadero padre, situación no acorde con los principios de justicia, igualdad y libertad, que rompe la armonía del núcleo familiar que es la base de la sociedad, además de producir conflictos de orden psicológico para cada una de las partes.

Me permito dar como ejemplo ilustrativo el Proceso número 1999-3271 Impugnación a la Paternidad el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Villavicencio, luego de haber decretado la Prueba Genética de ADN, cuyo dictamen estuvo a cargo de Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. S. en C., y el resultado demostrar que ¿la paternidad del señor Isauro García Betancourt con relación a Sebastián A. García Castro es INCOMPATIBLE por los sistemas de STR-vWA, TPOX, D7S820 y D13S317, resultado verificado con paternidad excluida, considera el despacho lo siguiente: ¿Reconoce la importancia que tienen en la actualidad las pruebas genéticas basadas en el ADN pero las disposiciones legales tienen plena vigencia, no pueden ser desconocidas por el fallador, y en el presente asunto se iniciaron por fuera de los términos legales, y tampoco se demostró la infidelidad de la madre para la época de

la concepción de Sebastián Alejandro García Castro, porque al terminar el divorcio por mutuo acuerdo no hubo cónyuge culpable ni cónyuge inocente; resuelve denegar la impugnación propuesta por el señor Isauro García Betancourt en contra del menor Sebastián Alejandro García Castro por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, fallo que fue confirmado por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, con los siguientes argumentos:

a) ¿El resultado de la prueba (la de ADN) sería contundente a favor de las pretensiones de la parte actora, especialmente por la importancia que tiene en la actualidad, pero de acuerdo a los artículos citados atrás la acción de impugnación fue iniciada con posterioridad a los sesenta días, contados a partir del día en que tuvo conocimiento del parto, pues para ese entonces Isauro García Betancourth convivía bajo el mismo techo con Nelly Esperanza Castro Bonilla, y en estas condiciones estuvo enterado del nacimiento del menor desde el mismo día en que este ocurrió, es decir, en febrero 6 de 1995. Otra situación que facilitaría la pretendida impugnación es que Nelly Esperanza Castro Bonilla hubiera sido declarada cónyuge culpable dentro del proceso de divorcio con base en la causal 1ª del artículo 6º de la Ley 25 de 1992, porque quedaría demostrada la imposibilidad de tener acceso con la mujer durante la época que se presume la concepción, o el adulterio, unido a otras pruebas que demuestren que el pretendido hijo no lo es del marido, pero está demostrado que durante la época de la

concepción existieron relaciones sexuales entre Isauro García Betancourt y Nelly Esperanza Castro Bonilla y además, la unión matrimonial que nos ocupa terminó con base en la causal del mutuo acuerdo entre las partes y no por la de infidelidad a que se refiere la parte actora.

#### *V. Propuesta Legislativa*

Actualmente los descubrimientos científicos y tecnológicos vienen aportando una valiosa información que ha producido cambios estructurales y jurídicos dentro de la sociedad a nivel mundial, una de ellas ha sido el aporte de la Prueba Genética de ADN, este soporte médico-científico ha generado importantes cambios jurídicos sustanciales, hasta el punto de venir modificando y actualizando los Códigos Civiles de diversos países, especialmente, lo relacionado con el Derecho de Familia, de manera concreta el tema que corresponde a la impugnación de la presunción paterna y materna. Con este adelanto científico la figura jurídica de la presunción ha perdido vigencia, debido a que este adelanto de la ciencia prácticamente la ha destruido y la ha dejado en la actualidad sin peso jurídico, además evita que se sigan cometiendo injusticias, como en el caso colombiano, cuando se sustentan sentencias basadas en la presunción, sustento este que en muchas ocasiones ha causado perjuicios y responsabilidades en cumplimiento de mandatos jurídicos que datan de 1887 y 1890; fallos que al mismo tiempo están contrariando y violando otros derechos, consagrados en los Principios Universales de

los Derechos Humanos establecidos por las Naciones Unidas el 6 de diciembre de 1948 y la Constitución Política de 1991, uno de ellos corresponde al Derecho a la Igualdad ante la Ley, texto consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Fundamental que dice: *¿todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos y oportunidades, sin ninguna discriminación¿.*

El descubrimiento médico-científico de la Prueba Genética de ADN hace que sea prioritario y de manera urgente modificar el Código Civil Colombiano, el cual debe evolucionar con una doctrina dinámica, justa y actualizada, ya que el Código Civil en aspectos como la presunción ha permanecido rígido y por qué no decirlo estático, no está acorde con la realidad, debe actualizarse tal y como lo hicieron de manera oportuna muchos países del mundo, que consideraron que esta Prueba Genética de ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad, de otro lado, confirma o desvirtúa las obligaciones respecto de unos y otros y evita los serios conflictos al interior de la familia, originados por el engaño y la infidelidad.

De manera concluyente, Colombia debe estar a tono con los cambios de la era moderna y efectuar las modificaciones de orden jurídico a que haya lugar y no continuar rezagados frente a la globalización, acabar de una vez por todas con la discriminación odiosa de unos términos que contradicen sustancialmente los principios

de igualdad ante la ley, reforzar la Ley 721 de 2001 y darle el valor científico que se merece, además de tenerse como soporte sustancial en la diversidad de procesos, ya sean civiles, penales, etc. Se debe propender por una defensa concreta de los derechos del menor, reforzar el precepto constitucional de una progeneritura responsable que mantenga el respeto y la lealtad entre la pareja, aspectos estos que contribuyan a la unidad familiar y a una sana convivencia.

De los señores Congresistas,

*Omar Armando Baquero Soler,*  
Representante a la Cámara,  
Departamento del Meta.

Cámara De Representantes

Secretaría General

El día 24 del mes de agosto del año 2004 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 134, con su correspondiente exposición de motivos por el honorable Representante *Omar Armando Baquero*.

El Secretario General,

*Angelino Lizcano Rivera.*

#### *Acción de impugnación de la paternidad matrimonial*

a. Titulares y términos para impugnar:

-El marido, dentro de los 140 días siguientes a aquél en que tuvo conocimiento que no era el padre biológico. (artículo 214 del Código Civil modificada por el artículo 4° Ley 1060 del 2006).

Como lo afirman Ripert George y Boulanger Jean (1963), citados por Medina Pabón (2010), "en vida del

marido la acción de impugnación excluía a todos los demás posibles interesados, con el argumento de que sólo el marido puede ser juez de su propia paternidad". Ahora habría que sostener que el marido tiene prioridad en la decisión de paternidad, ya que pueden existir otros interesados en esa impugnación de la paternidad.

- El hijo y el padre biológico, pueden impugnar en cualquier tiempo (artículo 217 del Código Civil modificado por el artículo 5° de la Ley 1060 del 2006).
- La madre dentro del término de 140 días contados a partir de que tuvo conocimiento de que no es el padre biológico. (artículo 216 del Código Civil modificado por el artículo 4° de la Ley 1060 del 2006).

Comparto a medias la tesis del doctor Medina Pabón, (2010), en donde expresa que *"en buena cantidad de ocasiones, la madre conoce que el marido no es el padre de la criatura que lleva en el vientre casi desde el momento de la concepción..."*

Porque no podemos generalizar, ya que como él bien lo dice, *"en una buena cantidad de ocasiones"*, pero no en todas, ya que existen mujeres que no saben quién es el padre de la criatura que lleva en su vientre, pues ha mantenido varias relaciones sexuales con diferentes hombres al tiempo en que se presume ocurrió la concepción.

En consecuencia, el término para impugnar será a partir del momento en que tuvo conocimiento de que no es el padre biológico.

- Muerto el padre, sus herederos tendrán 140 días contados desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo.

Pero cesará este derecho si el padre hubiere reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público. (Artículo 219 del Código Civil modificada por la Ley 1060 del 2006).

- Los ascendientes del padre, dentro de los 140 días contados a partir del momento de la muerte del padre o del conocimiento de la muerte del padre, así no tengan parte alguna en la sucesión de sus hijos. (artículo 222 del Código Civil modificada por el artículo 8° de la Ley 1060 del 2006).
- Por último, es pertinente aclarar que, con la Ley 1306 del 2009 el padre interdicto puede instaurar la impugnación de su paternidad si tiene suficiente razón y actúa ante el juez de familia (art. 50 Ley 1306 del 2009).

b. Parte demandada:

- El hijo matrimonial por sí mismo, o representado por su madre.
- Padre matrimonial, vinculándose en lo posible al padre biológico.
- La madre.

*Acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial*

## a. Titulares y términos para impugnar:

- Compañero permanente dentro de los 140 días contados a partir en que se tuvo conocimiento que no es el padre biológico. (artículos 213 y 214 del Código Civil modificados por el artículo 1° y 2° de la Ley 1060 del 2006).
- La madre dentro del término de 140 días contados a partir de que tuvo conocimiento de que no es el padre biológico. (artículo 216 del Código Civil modificado por el artículo 4° de la Ley 1060 del 2006).
- El verdadero padre biológico: él no tiene término para impugnar (Artículo 217 del Código Civil modificado por el artículo 5° de la Ley 1060 del 2006).
- El hijo concebido en una unión marital de hecho, puede impugnar en cualquier tiempo. (Artículo 5° Ley 1060 del 2005 que modificó el artículo 217 del Código Civil).
- Los herederos del presunto padre tienen los 140 días para impugnar contados a partir desde cuando conocieron de la muerte del presunto padre o del nacimiento del supuesto hijo. (artículo 7° Ley 1060 del 2006 que modificó el artículo 219 del Código Civil).
- Ascendientes del reconocedor: 140 días contados desde cuando supieron del reconocimiento.
- La mujer que cuidó del reconocido: cuenta con 60 días hábiles desde cuando supo del reconocimiento (artículo

9° Ley 45 de 1936). Disposición que no fue derogada por la Ley 1060 del 2006.

- Por último, es pertinente aclarar que, con la Ley 1306 del 2009 el padre interdicto puede instaurar la impugnación de su paternidad si tiene suficiente razón y actúa ante el juez de familia (art. 50 Ley 1306 del 2009).

b. Parte demandada:

- Presunto hijo extramatrimonial concebido en unión marital de hecho por sí mismo o representado por su madre.
- Compañero permanente.
- Supuesto padre.

Contradicciones, y vacíos de la Ley 1060 del 2006.

*Contradicción o mala redacción del artículo 1° y 2° de la Ley 1060 del 2006?*

Artículo 1° de la Ley 1060 del 2006:

*"El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe o contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad".*

Artículo 2° de la Ley 1060 del 2006:

*"El hijo que nace después de expirados los cientos ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por*

*padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:*

- *Cuando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.*
- *Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001”.*

La ley 1060 fue elaborada con muchas imprecisiones y falta de técnica, que a continuación iré abordando, a medida que voy analizando las disposiciones contenidas en ella.

Es así, que en el artículo 1° de la Ley indicada refiriéndose a la presunción del hijo como matrimonial o extramatrimonial, según sea el caso, expresa “el hijo concebido” durante el matrimonio o la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes...

Y en el artículo 2° ya se expresa “el hijo que “nace” después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio (aquí entrarán los legitimados de pleno derecho) o a la declaración de la unión marital de hecho...”

- Qué fue lo que quiso decir el legislador?
- Por qué en un artículo reza “concebido” y en otro es “nacido”.
- Se observa que existe una mala redacción en la norma.

Entonces respecto del artículo 1° de la Ley 1060 del 2006, para que opere dicha presunción respecto del hijo extramatrimonial no reconocido, habrá que declarar en primer lugar la existencia de la unión marital de hecho. Es decir, que existiendo la declaración de la existencia de la unión por los medios que contempla la Ley 54 de 1990 modificada por la Ley 979 del 2005: Sentencia judicial, escritura pública ante notario, o acta de conciliación ante un Centro de Conciliación debidamente autorizado, se puede aplicar dicha presunción, de lo contrario, no operaría aquella.

Necesitándose que exista una certeza jurídica, y esa certeza la da la declaratoria de la existencia de la unión marital de hecho.

Esto teniendo en cuenta que el proyecto de ley presentado al Congreso, siempre se habló de "declaración" de la unión marital de hecho.

Respecto a los medios probatorios que cuenta el impugnante, no comparto, la posición del profesor Parra Benítez (2008), en donde afirma que *"De suerte que le basta la noticia más o menos cierta de no ser el padre, sin que se exija certeza: de ese modo, el inicio de la caducidad se apoya en la posibilidad que tiene e interesado en acudir a la administración de justicia para que se decida sobre la filiación"*.

Ya que de admitirse tal posición, todos los padres, por las dudas que puedan tener, sin una seguridad, impetrarían la acción de impugnación, creando una inestabilidad jurídica del estado civil a los hijos.

Creo que siempre se debe acudir al proceso con la certeza de que no es el padre, ya sea porque se tiene la seguridad de no haber tenido relaciones sexuales con su mujer en la época en que se presume pudo tener lugar la concepción, el que haya padecido una enfermedad crónica o pasajera que lo haya vuelto estéril para tal época, la misma confesión de la madre o simplemente que exista una prueba científica. Para que, a partir de ese hecho o circunstancia que se tenga como cierto, más no prueba plena, apenas sumaria, se empiece a contar el término de los 140 días.

Cuando en el artículo 2° de la ley 1060 del 2006 nos dice que "*por cualquier medio*", esto no quiere decir, que se hable de "una libertad absoluta", como lo expresa Lafont Pianetta, (2009).

Respecto de los hijos matrimoniales no existe ningún problema, ya que su legitimidad se basa en la presunción legal que se tenía en el Código Civil: "*Pater is est*".

Ahora bien, si tomamos el artículo 1° y 2° de la Ley 1060 del 2006 modificatoria del artículo 213 y 214 del Código Civil, se presentan dos situaciones que en relación con la impugnación de la paternidad hay que determinar:

a. Una para los hijos matrimoniales:

La acción de impugnación se puede impetrar o a través del proceso como tal, o a través de un proceso de investigación. Quién lo instaura? Será entonces el verdadero padre o padre biológico.

Recordemos que con la Ley 1060 del 2006, ya el marido no es el único titular de la acción de impugnación, otros titulares la pueden instaurar, incluido el padre verdadero, como dicen por ahí "se nos metieron a las sábanas".

b. Otra para los legitimados:

La base de la legitimación es el matrimonio de los padres, entonces la acción de impugnación irá encaminada a demostrar la inexistencia del matrimonio, para así desvirtuar esa presunción, esto sería, en el caso de que se tratara de un hijo extramatrimonial no reconocido. Pues si se tratase de un hijo extramatrimonial reconocido y que fuere legitimado por el posterior matrimonio de sus padres, en nada incidiría en su situación jurídico de hijo respecto de sus padres.

Le tocaría a ese hijo extramatrimonial no reconocido que salió vencido en la impugnación de su legitimación, impetrar una acción de reclamación.

Obsérvese que el artículo 249 del Código Civil no consagró término para impugnar la legitimación, ya que no fue derogado por la Ley 1060.

Del análisis de las normas anteriores, se podrá colegir que quedan por fuera otros hijos de uniones no contempladas en la ley, como son: los hijos nacidos de uniones ocasionales, amor de una noche, o las uniones aparentes y uniones gays.

- Del Art. 2° de la mencionada Ley , se puede observar que los 180 días se deberán contar a partir del momento de la declaración de la unión marital de

hecho, como ya se explicó anteriormente, y no de su iniciación, de lo contrario no operaría dicha presunción.

Se podría pensar que la presunción operaría también cuando ya la unión marital de hecho haya fenecido, y más aún hubiese sido disuelta la sociedad patrimonial; pues con la sola declaración de la existencia de la unión y el registro civil del hijo, comparando las correspondientes fecha de nacimiento del hijo y la fecha de inicio de la unión en dicha declaración, se debería aplicar la presunción de que hablan los artículos 1° y 2° de la referida ley.

Por ende, para la acción de impugnación de paternidad extramatrimonial se cuenta los 140 días contados a partir de la declaración de existencia de la unión; y para la aplicación de la presunción se operaría a partir de la iniciación de la unión ya declarada.

- El artículo 4° de la Ley 1060 que modificó el artículo 216 del Código Civil: *"podrá impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho..."* ya no hace referencia al hijo concebido, sino "nacido", incluyendo a los hijos legitimados *"ipso jure"*, dejando por fuera a los hijos que hubiesen nacido dentro de los 300 días subsiguientes a la disolución del matrimonio, o los legitimados voluntariamente, o a los hijos extramatrimoniales concebidos antes de la declaración de la unión marital de hecho.

Existiendo una desacertada y mala redacción en la disposición.

No podríamos decir, que la misma presunción del artículo 1° cubija este artículo 4°, porque si se revisa en los debates dados y llegada la etapa en la comisión de conciliación el término final fue "concebido". Entonces mal haríamos en extender presunciones que la ley no ha establecido.

- El artículo 220 del Código Civil, quedó incólume ante la Ley 1060 del 2006, pero obsérvese que ese juicio de ilegitimidad a luz de la referida ley, ya no se puede aplicar, pues, como lo afirma Luis Claro Solar (1979), *"la presunción de paternidad no es aplicable al hijo nacido más de trescientos días después de la disolución del matrimonio"*, soportando su dicho en que *"la ley no establece el derecho a la ilegitimidad"*.

Luego la ley 1060 del 2006 deja vigente dicha norma sin aplicación práctica alguna.

- Contradicción entre Artículo 8° de la Ley 1060 del 2006, modificatoria del art. 222 del Código Civil y el inciso 2° del numeral 2° del artículo 11 de la Ley 1060 del 2006 (modificó el artículo 248 del Código Civil)

Artículo 8° de la Ley 1060 del 2006:

*"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”.*

Artículo 11, numeral 2° inciso 2° de la Ley 1060 del 2006:

*“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”.*

En la primera de las disposiciones, se dice que los ascendientes del padre una vez que éste haya muerto, están facultados para impugnar la paternidad o la maternidad presunta del hijo matrimonial, así no tengan parte alguna en la sucesión de sus hijos, dentro de los 140 días contados a partir del momento en que tuvieron conocimiento de la muerte del hijo o con posterioridad a la muerte del hijo.

Y la segunda reza: *“no serán oídos contra la paternidad de los que se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad”.*

La contradicción que destaco, está en el momento en que le surge el interés jurídico a esos ascendientes para impetrar la impugnación, pues en el primero de ellos nos habla de “140 días contados a partir del momento que tuvieron conocimiento de la muerte o con posterioridad a la muerte de su hijo”.

En tanto que la segunda, nos habla de “140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad”.

Pienso que por hermenéutica jurídica y por lógica se aplicará la segunda de ellas, es decir, los 140 días se cuenta para los ascendientes a partir del momento que tuvieron conocimiento de la paternidad.

En lo relativo a la expresión del artículo 11 de la Ley 1060, *"de los que se creen con derechos"* se ha hecho un mal uso en la utilización o redacción de términos.

Igualmente ya no se consagra la impugnación de la maternidad, dejándola por fuera, porque solo contempló la de la paternidad.

- Existe un vacío en la Ley 1060, el cual es si el hijo puede impugnar la paternidad, cuando su padre ha muerto?

Pienso que cuando el artículo 5° de la Ley 1060 del 2006, establece que el hijo lo puede hacer en cualquier tiempo, lo puede hacer como lo cita Medina Pabón, (2010), *"sin plazos, ni condiciones para el ejercicio de este derecho"*.

En este caso, la parte demandada será los herederos del padre muerto, a quien va dirigida la acción de impugnación de la paternidad.

- También existe otro vacío en la Ley 1060 del 2006, en relación a si se puede impugnar la paternidad del hijo que está por nacer?

Lo que consagró la ley, es que una vez nacido vivo el hijo se puede impugnar la paternidad por todos aquellos titulares que los faculta la ley para instaurar la señalada acción.

Pero vemos que en el Derecho Comparado, sí se contempla tal situación. Es así que en el Derecho Argentino, si se prevé tal situación al establecer en su artículo 258 del Código Civil:

*"El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre. Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada. En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda".*

#### 1. Estabilidad jurídica del estado civil de hijo

La filiación es uno de los elementos del estado civil y el derecho a conocerla y a establecer de manera real es un derecho fundamental innominado, como lo manifestó la Corte Constitucional en sentencia C-109 del 15 de marzo

de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, a lo cual transcribo:

*“Concluye entonces la Corte que el derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica”.*

Pero también ha dicho la Corte Constitucional que dicha filiación no se circunscribe a simples atributos de la personalidad sino a otros aspectos de la vida familiar, tal y como lo expresa en su sentencia T-090 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, *“Todo lo anterior demuestra que la filiación legal como atributo de la personalidad, no puede ser un elemento puramente formal, sino que tiene que tener un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas, a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructuras y desarrollar de manera autónoma su personalidad”.*

Y por qué es un derecho fundamental?

Para entender si ese derecho a la filiación comprende todos los aspectos para categorizarse como un derecho fundamental, es necesario analizar:

En primer lugar existen diferencias entre derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales.

Los primeros son una categoría especial, que le pertenecen al Derecho Internacional Público. Es usada en

tres esferas normativas, como lo cita Quince Ramírez, Manuel Fernando (2010):

- a. esfera política: como reivindicaciones sociales expresada a modo de derechos.
- b. esfera ética: como enunciados que permiten el ejercicio de la convivencia pacífica en una democracia secularizada.
- c. esfera del derecho internacional público: los derechos humanos configuran un conjunto de obligaciones de respeto y garantía que tiene el estado, frente a las personas, de suerte que en este campo parece claro que sólo el Estado es responsable para la violación de esos derechos.

Los segundos, (derechos constitucionales), tienen una categoría específica del Derecho Público interno, son aquellos derechos humanos que han sido positivizados en los sistemas de país, por medio de las constituciones en los diferentes estados.

Los terceros (derechos fundamentales), son aquellos derechos humanos positivizados por vía constitucional, pero con garantía reforzada.

Por lo que se concluye que la filiación es un derecho fundamental.

En sentencia T-760 del 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, refiriéndose a los Derechos fundamentales afirma: *"a) Aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y; b) Todo derecho que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y se traduce en un derecho subjetivo.*

*Ejemplo: los derechos económicos como libertad de empresa o la libre competencia son derechos constitucionales pero no son derechos fundamentales.*

En segundo lugar determinar la diferencia entre el origen genético y el origen biológico.

Para lo cual se hace necesario establecer diferencias entre el origen genético y el origen biológico, por cuanto la Ley 1060 del 2006 lo que tuvo por objeto fue reformar los términos de caducidad para impugnar la paternidad, teniendo en cuenta únicamente el origen genético, más nunca el legislador se interesó ni se ha interesado por establecer o determinar el origen biológico, y más tratándose de relaciones filiales donde estén involucrados niños, niñas o adolescentes, donde se debe mirar el interés superior, ni mucho menos se interesó en conocer la opinión de los niños, niñas y adolescentes.

Al respecto la Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, (2010), establece diferencia entre el origen genético y el origen biológico, afirmando que. *“La primera se refiere a la llamada herencia genética o patrimonio genético;...cuando existe material indubitado, la probabilidad de llegar a la información exacta es hoy muy elevada”.*

*El origen biológico, abarca, además del dato genético, otros aspectos comprensivos de la vida (bio) de una persona, tales como los vínculos afectivos trabados con otras personas (abuelos, hermanos, etc), que integran su propia historia”.*

Sigue exponiendo la Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, (2010), "el derecho a conocer los propios orígenes puede ser aplicada a dos situaciones diferentes: a. Derecho a conocer su propia condición, en muchos casos, el verdadero status jurídico (o sea, saber que se es hijo adoptivo, o hijo de fecundación asistida heteróloga, o hijo fuera del matrimonio, etc); b. Derecho a conocer la identidad de sus progenitores, o sea, individualizar concretamente a quienes aportaron el material genético".

Los derechos a conocer los orígenes y el de establecer la filiación, son bien distintos, como se señaló anteriormente, ya que el primero de ellos obedece a pura cuestión genética, (para el caso colombiano, diríamos que prima la prueba del ADN); y el segundo de ellos el ordenamiento jurídico establece restricciones o limitaciones (para el caso colombiano, serían las presunciones de la Ley 1060 del 2006, y los hechos en que se basan las presunciones del hijo como extramatrimonial del artículo 6° de la Ley 75 de 1968).

*Una cosa es conocer de quién se es hijo y otra el querer establecer vínculos jurídicos con esa persona.*

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto, tenemos el Tribunal Constitucional de España (sentencia N° 116/1999) donde manifestó: "mientras la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir entre los sujetos afectados un vínculo jurídico, comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos,

*integrante de la denominada relación paterno- filial, la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena a la constitución de tal vínculo jurídico sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto”.*

La doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, (2010), menciona que “En la Argentina, se utiliza para indicar el gran peso del derecho a conocer y consecuentemente, la aceptación de la existencia de una acción autónoma tendiente al conocimiento del origen genético, independiente de toda acción de filiación”.

En una sentencia del 12 de febrero del 2005, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, dentro de un proceso donde se había tomado muestras genéticas sin el consentimiento del hijo, consideró: “que la verdad biológica tiene mucha importancia en el seno de las relaciones familiares, pero que ésta no necesariamente debe conducir a un procedimiento de impugnación de la paternidad, que conlleva a la destrucción de los vínculos legales existentes”.

En respuesta a este mandato se creó la Ley del 2008 publicada el 18 de marzo *para complementar el derecho a la impugnación de la paternidad* de 13 de marzo (*Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft*), vigente a partir del 1 de junio pasado, mientras que en el *Bundesgesetzblatt* de 31 de marzo de 2008 se publicó la

*Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación (Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren), con entrada en vigor el 1 de abril de 2008.*

Las dos leyes aprobadas siguen la estela de la reforma de 2004 en materia de filiación, que introdujo la posibilidad de impugnación de la paternidad matrimonial por parte del padre biológico, en caso de no existir ni haber existido relación socio-familiar entre el padre legal y el hijo.

La doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, (2010), indica que: "el juez puede desestimar la pretensión, si el interés del menor lo exige, en supuestos especiales, en función de las condiciones de convivencia o de desarrollo personal del menor desde que en situaciones emocionales complejas los resultados de una clarificación del origen pueden llevar a consecuencias muy graves, como sería el peligro del suicidio del menor".

De todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que es cierto que toda persona tiene derecho a conocer quiénes son sus padres biológicos, ya que hace parte del derecho a la identidad.

Y ese derecho a la identidad: "*contiene una idea de la persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. Se relaciona estrechamente con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, autoposee*" Corte Constitucional, T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Este origen biológico en nuestro ordenamiento jurídico colombiano se traduce en las acciones de reclamación y las acciones de impugnación de paternidad o maternidad, lo que implica una modificación en el estado civil y en consecuencia un cambio dentro de su vida familiar.

Dicho cambio en las relaciones familiares vienen a perturbar, confundir, al mismo niño, niña o adolescente, respecto de quien hoy dice no ser su padre.

Se habla del interés superior del niño; este cambio de estado civil, deberá ser coherente, es decir, ese origen genético va de la mano con origen biológico, tal y como lo reseña la Dra. Kemelmajer de Carlucci, (2010).

Si bien es cierto que el origen genético está dentro de ese derecho a la identidad, no es menos cierto que este derecho debe ser limitado, no queda circunscrito a lo genético, sino también quedará sujeto a la historia de la vida de la persona, la verdad sociológica, los vínculos afectivos, morales, etc, que pueden existir entre el aparente padre, en el caso de las acciones de impugnación de la paternidad.

En sentencia T- 442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte Constitucional afirma: *"Resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social de que algún modo le es inconveniente, porque no puede recibir el amor, y la protección que requiere para que pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad. Es más, la aspiración de*

*todo ser humano de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o ubicación en una estado o situación más desfavorable”.*

El niño o niña, por ser un vulnerable, débil e indefenso, debe ser sujeto especial de protección por parte del Estado a través de la Constitución, como efectivamente lo consagra el artículo 42 de nuestra Carta Magna.

Por eso es que si la Ley 1060 del 2006 se basó en un argumento de puro dato genético como un elemento único y excluyente para establecer la relación paterno filial, estaría dejando de lado la verdad biológica, entendida ésta, como la verdad social, cultural, sociológica y que también hace parte de ese derecho a la identidad, impidiendo por ejemplo que continúen unos vínculos de hechos preestablecidos, y en algunos casos destruyendo vínculos ya creados entre el padre (que no lo es) y el hijo.

Igualmente estaría dejando de lado, el derecho del niño, niña o adolescente a opinar cuando dicha opinión tiene relación a los derechos que como seres humanos tenemos, como por ejemplo, al derecho de tener acceso a los derechos civiles y de libertad, según lo establecido en la Declaración de los Derechos Humanos.

Esa opinión tiene aspectos como , el juicio propio que hace el mismo niño o niña que no tiene ninguna limitación, es su absoluta posición frente al mundo; y

su propia opinión que se halla limitada , puesto que no se extiende a toda la visión, sino que comprende solamente las situaciones que lo pueden afectar.

El debe ser escuchado, debe ser tenido en cuenta, pero en función de su edad y madurez, pues ese derecho, no se refiere a todo lo que el niño o niña pueda opinar, pues los adultos deben tomar las decisiones en relación al grado de afectación que al niño o niña se le pueda ocasionar.

Así lo afirmó la Corte Constitucional en su sentencia T-278 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara: *"Desconoció la Defensora de Familia que la niña no es sujeto pasivo de los padres biológicos, sino que tiene como tal, y en virtud a lo dispuesto por la Carta Política, autonomía y capacidad de razonamiento para aspirar a que se le respeten sus derechos fundamentales y a que se haga efectiva su prevalencia sobre los demás, aún a costa del derecho que eventualmente le puede corresponder a sus progenitores"*.

Si bien es cierto que Los adultos ejercitan un poder sobre los niños, no es menos cierto que lo hacen, sin compartir con ellos las posibles reglas de juego, los procedimientos, etc. Violando así normas de la Convención de los Derechos del Niño como son:

Art. 12.1. y 2.

*"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose*

*debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

*Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.*

Art. 9.1. y 2.

*“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

*En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”.*

A la par de los derechos de los niños aparecen del otro lado los derechos de los adultos (padres), como

serían el derecho a interpretar de una manera objetiva y definitiva el interés superior o aquellos que corresponde al bienestar social, moral, físico del niño o niña, pero éstos derechos no son absolutos, pues están de por medio estos sujetos de derecho que mucho tienen que decir.

La Convención de los Derechos del niño en su Artículo 8°:

- a. *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*
- b. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.*

Obviamente no lo podemos establecer ni limitar a la parte genética o de origen, sino también que conlleva comunicación intelectual, moral, afectivas, vínculos entre el progenitor y ese hijo (que no es el hijo), para el caso de las impugnaciones de paternidad.

Pero también en el artículo 16°.1. de la Convención de los Derechos del niño establece: *“ningún niño debe ser objeto de injerencias ilegales o arbitrarias en su vida privada y en su familia”.*

Esto indica, que al fundar la ley 1060 del 2006 la impugnación de la paternidad, en lo puramente genético, sacrificó los derechos del niño contenidos en la

Convención de los Derechos del niño ya señalados y por ende consiguió que no existiese una estabilidad no solamente jurídica , sino emocional, afectiva, para ese hijo. Especialmente siendo menor de edad.

Pasa por alto la Ley 1060 del 2006 que así como el niño tiene derecho a la posibilidad de investigar su verdad biológica, también debe respetarse el derecho del niño a no conocerla.

*Análisis del párrafo transitorio del artículo 14 de la Ley 1060 del 2006*

*“Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, las personas que hayan impugnado la paternidad o la maternidad y esta haya sido decidido adversamente por efectos de encontrarse caducada la acción, podrán interponerla nuevamente y por una sola vez, con sujeción a lo previsto en los incisos 2 y 3 del artículo 5° de la presente ley”.*

*Aplicación en el tiempo:*

La ley empieza su vigencia el 26 de julio del 2006 (Diario Oficial N° 46341 del 26 de julio del 2006).

Es decir, es de aplicación inmediata, quiere ello decir que la ley se aplica a situaciones que siguieron su continuidad después del 26 de julio del 2006. Refiriéndose a los matrimonio y a las uniones maritales de hecho.

Por un lado, Pedro Lafont Pianetta, (2009), trae unas aplicaciones del referido párrafo en relación a las uniones anteriores a la Ley 1060, así:

- a. Si el matrimonio o la unión marital de hecho se constituyó antes del 26 de julio del 2006, pero la concepción se verifica después de esta fecha, o en su caso, el hijo nace después de 180 días de vigencia la nueva ley: se le aplica la presunción de los artículo 1° y 2° de la Ley 1060, porque siendo de aplicación inmediata aquella ley, regula los fenómenos ocurridos temporalmente dentro de su vigencia.
- b. Si resulta posible el ejercicio de una pretensión de impugnación después de la vigencia de la Ley 1060, también se regulará por la ley nueva. Porque si bien el estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución subsiste después, aun cuando la ley fuere abolida, no es menos cierto, que los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, se regirán por la nueva ley, sin perjuicio de los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto. (art. 20 Ley 153 de 1887).

En cambio no se aplica la nueva ley en las relaciones antiguas total e irremediabilmente definidas en los siguientes casos:

- a. En aquellos matrimonios antiguos cuya presunción de paternidad o maternidad legítima, ha quedado definida en sentencia con autoridad de cosa juzgada. Solamente quedan exceptuadas las nuevas acciones que contemplan

la nueva ley y aquellas acciones antiguas que se conservan, como las de investigaciones recogidas en la nueva ley.

b. En aquellos matrimonios y uniones maritales de hecho ya desaparecidos (ya sea por disolución o y terminación).

Por otro lado, varias interpretaciones han hecho diferentes Tribunales de nuestro país, entre ellos el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en varias de sus sentencias afirman que: *"Para el Tribunal la respuesta es que: la acción haya caducado, esto es, que por el inexorable paso del tiempo en inactividad se haya perdido el derecho. No importa que se haya demandado o no"*.

Con el párrafo del artículo 14 de la Ley 1060, el legislador desconoció de raíz el principio de la cosa juzgada material (artículo 332 del Código de Procedimiento Civil) afectando, y en algunos casos vulnerando derechos adquiridos de terceros, conforme lo contempla el artículo 58 de la Constitución Política y el artículo 25 de la Ley 153 de 1887 que dispone: "Los derechos de los hijos legítimos o naturales se sujetan a la ley posterior en cuanto a su aplicación no perjudique a la sucesión legítima" o permitiendo que se puedan lesionar intereses de niños, niñas y adolescentes.

Es así que cabría la acción de impugnación de la paternidad, pero en nada afectará derechos sucesorales

adquiridos, por ejemplo, conforme a la legislación anterior.

#### Conclusiones

La ley 1060 del 2006 se circunscribe a investigar nada más que el "origen genético", desconociendo vínculos afectivos, emocionales trabados con otras personas (hermanos, tíos, abuelos, etc.) que integran su propia historia.

En el ordenamiento jurídico colombiano se pensó fue en el progenitor, nunca en el hijo, y menos cuando se trata de niño, niña o adolescente, donde puede causarle males o perjuicios irreparables, como el peligro de suicidio del niño. Cuando se trate de impugnaciones que involucren niños, niñas o adolescentes ellos tienen derecho a un normal desarrollo psicológico, al equilibrado y tranquilo desarrollo formativo, y el derecho que tienen ellos al ser escuchados.

Puede observarse que en el derecho internacional si se tiene en cuenta el interés superior del menor, diferente al derecho colombiano, donde se privilegia es al impugnante.

No quiere decir ello, que no se impugne; lo que se quiere es que se tenga en cuenta al niño, niña o adolescente y los vínculos que pudieren existir entre el que ahora está impugnando dicha filiación.

Igualmente, planteo la creación de una nueva acción diferente a las acciones de reclamación o de impugnación, que sea autónoma e independiente, con el objeto de

conocer únicamente su origen genético, sin que ello implique un establecimiento de relación filiatoria, y por ende una creación de un nuevo estado civil.

En los procesos de impugnación de la paternidad, cuando se trate de niños, niñas y adolescentes, se tendrá en cuenta el origen biológico, si ese padre que impugna tiene vínculos afectivos o no, qué tanto puede perjudicar o lesionar al niño, todo en aras del interés superior del niño para prevenir resultados lesivos o perjudiciales al niño.

Con relación a las contradicciones y vacíos encontrados en la Ley 1060 del 2006, podemos determinar que, el artículo 213 del Código Civil, modificado por el artículo 1° de la Ley 1060 del 2006, consagra la acción de impugnación de la paternidad a través de un proceso de reclamación o investigación, éste último no contemplado por el Código Civil.

Para la madre el término de los 140 días para impugnar la paternidad no será a partir desde el día del nacimiento del hijo, sino desde que tuvo conocimiento que no era hijo del padre que pretende serlo.

Respecto al Parágrafo del artículo 14 de la Ley 1060 del 2006, el legislador desconoció de raíz el principio de la cosa juzgada material (artículo 332 del Código de Procedimiento Civil) afectando, y en algunos casos vulnerando derechos adquiridos de terceros.

## Referencias

- Belluscio, César (1974). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Depalma.
- Borda, Guillermo A. (1988). *Manual de Derecho de Familia* (10<sup>a</sup> ed.). Buenos Aires: Perrot.
- Cañón Ramírez, Alejo (1995). *Derecho Civil, Personas y Familia* vol. 1, t. II. Bogotá: ABC.
- Claro Solar, Luis (1979). *Lecciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Volumen 1 t. 2. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- García Sarmiento, Eduardo (2000). *El procedimiento civil práctico en derecho de familia y menor. T II*. Bogotá: Jurídicas Rincón.
- García- Méndez, Emilio - Beloff, Mary. (1998). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Bogotá. Editorial Temis.
- Gómez Piedrahita, Hernán (1992). *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis S.A.
- González Porras, José Manuel; Sánchez Calero, Francisco Javier; Osorio Serrano Juan Miguel; Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julia; González García, José; y Herrera Campos, Ramón (2002). *Curso de Derecho Civil*,

*Derecho de Familia y Sucesiones t. IV.* Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Jaramillo Castañeda, Armando (2008). *Práctica de Familia, Derecho de la Infancia y la Adolescencia, Jurisprudencia.* Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.

Jimenez Peralta, Gustavo (2007). *Fundamento de Derecho de Familia.* Montería, Córdoba: Universidad del Sinú.

Kemelmajer de Carlucci, Aída.

Lafont Pianetta, Pedro (2009). *Derecho de Familia, Derecho marital-Filia-Funcional* (4° ed.). Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda.

López de La Pava, Enrique (1970). *Derecho de Familia.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mazeaud, Henri y León, y Mazeaud, Jean (1959). *Lecciones de Derecho Civil,* trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

Medina Pabón, Juan Enrique (2010). *Derecho Civil, Derecho de Familia* (2ª ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.

Méndez Costa, María Josefa (2006). *Los principios jurídicos en las relaciones de familia.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- Mizrahi, Mauricio Luis (2006). *Familia, Matrimonio y Divorcio* (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo (2007). *Derecho de Familia y de Menores* (10ª ed.). Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda.
- Naranjo Ochoa, Fabio (2002). *Derecho civil, Personas y Familia* (9º ed.). Bogotá: Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Parra Benítez, Jorge (2008). *La Filiación de derecho de Familia*. Bogotá: Temis S.A.
- Parra Benítez, Jorge (2008). *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis S.A.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2010) *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá.
- Quiroz Monsalvo, Aroldo (1999). *Manual de Familia* t. V. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Somarriva Undurraga, Manuel (1982). *Derecho de Familia*. Chile: Imprenta Universal.
- Suárez Franco, Roberto. *Derecho de Familia* t. I y II (varias ediciones). Bogotá: Temis S.A.
- Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro (varias ediciones). *Derecho Civil* t V. Bogotá: Temis S.A.

Villamil Portilla Edgardo. (1999). *Protección Familiar.*

*Visión Constitucional.* Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Zannoni, Eduardo A. (1998) t. I. Derecho Civil, Derecho de Familia. Buenos Aires: Astrea.

#### Jurisprudencia

Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1993 M.P.

José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia T-278 de 1994 M.P.

Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, sentencia C-105 del 10 de marzo de 1994.

Corte Constitucional, sentencia C-109 de marzo 15 de 1995

M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia T-090 de 1995 M.P. Carlos

Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia T-477 de 1995 M.P.

Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1996 M.P. Jorge

Arango Mejía.

Corte Constitucional, sentencia C- 800 del 2000 M.P.

José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia C- 808 del 3 de octubre del 2002 M.P. Jaime Araújo.

Corte Constitucional, sentencia C-860 del 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, sentencia T-760 del 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1° de diciembre de 2004. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia de mayo 4 de 1953.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sent. Octubre 18 del 2000 M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia del 29 de mayo de 1990.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia del 15 de julio de 1981.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia de agosto 30 de 1996.M.P. Pedro Lafont Pianetta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil  
sentencia de septiembre 12 de 1980.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,  
sentencia de febrero 21 de 1992 M.P. Alberto Ospina  
Botero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent.  
abril 23 de 1998.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent.  
mayo 22 de 1998.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent.  
noviembre 8 del 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent.  
junio 28 del 2005.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent.  
marzo 10 del 2000.

Tribunal Constitucional de España, sentencia N° 116  
de 1999.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia  
del 12 de febrero del 2005.