

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO

LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

JOSÉ ANTONIO CRUZ SUAREZ

DIRECTORA:
ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA

BOGOTÁ D.C.
ENERO DEL 2007

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
 PRIMERA PARTE: Filiación matrimonial	
1. Filiación matrimonial	10
2. Elementos de la filiación matrimonial	13
2.1. La paternidad matrimonial	13
2.2. Fundamentos de la presunción	15
3. Las acciones de Estado	17
3.1. Impugnación de la paternidad matrimonial	18
4. Principios que han gobernado al sistema para impugnar la paternidad matrimonial	19
4.1. La preeminencia del vínculo matrimonial	20
4.2. La seguridad jurídico-familiar	26
4.3. Restricción a la autonomía de la voluntad privada	28
5. Derecho fundamental a saber con certeza quienes son los Padres	31
6. Filiación real y filiación jurídica	34
6.1. La filiación es igual a vínculo biológico	34
6.2. La filiación como vínculo cultural y social	37
 SEGUNDA PARTE: Análisis crítico del sistema impugnatorio de la paternidad matrimonial	
1. El casuismo	41
2. La caducidad	44
3. Las pruebas biológicas	49
4. Los legitimados para impugnar	50
4.1. La madre	50

4.2. El padre biológico	52
4.2.1. Doctrina que sostiene la legitimación del padre biológico	52
4.2.2. Doctrina que niega la legitimación del padre biológico	53
4.2.3. Una variante ecléctica	54
TERCERA PARTE:	
Una propuesta	
1. El principio de la veracidad biológica versus el valor de la voluntad en la constitución de la filiación	64
2. La posesión de estado	67
3. Efectos	69
CONCLUSIONES	71
BIBLIOGRAFÍA	73

LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL¹

1. Introducción

Ciento diecinueve años de cualquier cantidad de paternidades ficticias; ciento diecinueve años de vigencia de normas que obligaron a cientos de padres a tener que cumplir obligaciones a las cuales no estaban obligados a satisfacerlas o a tener que llevar un título que no tenían por que cargarlo²; ciento diecinueve años en que muchos menores tuvieron que soportar la carga acusadora del adulterio de su madre; ciento diecinueve años de historia en los que unas veces los padres y otras los hijos tuvieron que soportar humillaciones y vilipendios por la imposición de un estado civil no armónico con el nexo biológico que en no pocos casos desembocaron en suicidios. Esos ciento diecinueve años transcurrieron para que el Estado le metiera diente a un tema de medular importancia en la vida de las personas cual es el de la impugnación de la paternidad matrimonial y lo hizo con la promulgación de la ley 1060 del 26 de julio de 2006, “Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad”, que al decir de muchos, constituye una ley revolucionaria en materia filiatoria. El análisis de esta Ley, su impacto, sus fortalezas y debilidades, en particular, y la figura de la impugnación de la paternidad matrimonial, en general, constituyen el objeto de estudio del presente trabajo.

¹ En la búsqueda de material para desarrollar el presente trabajo, una cuestión ha quedado clara: la perplejidad por la ausencia de literatura nacional especializada sobre la filiación matrimonial. Este tema solo es abordado por nuestros doctrinantes como un capítulo más en los libros de derecho de familia, por lo que hemos tenido que recurrir especialmente, a la doctrina española y argentina.

² Esta afirmación la podemos ver respaldada en un caso en el que el marido, al cabo de los años se enteró de que la hija de su cónyuge no era suya contando para ello con una prueba científica que indicaba como resultado una paternidad excluyente, pero no obstante ello, por haber operado una caducidad, se cerraron las puertas para impugnar dicha paternidad con el remanido argumento de proteger la estabilidad de la familia y la preservación del ámbito de intimidad que la circunda, por lo que “de allí que hoy por hoy todavía no pueda considerarse, sin más, que las pruebas científicas alcanzan para derribar las barreras que en el plano jurídico han sido implantadas para preservar esa compleja situación emergente de la realidad de la vida familiar, incluidas en ellas, claro está, los términos de caducidad y la restricta legitimación que se otorga a las personas en los delicados asuntos del estado civil de las personas” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de enero del 2005, M.P. doctor Silvio Fernando Trejos Bueno.

Acorde con la novísima Ley, la impugnación de la paternidad matrimonial descansa sobre los siguientes supuestos normativos: se presume legalmente que el hijo de mujer casada tiene como padre al marido (C.C., art. 213) y sólo pueden enervar³ dicha presunción el marido, la madre y el hijo, mientras vivan; si quien impugna es el marido o la madre, deben hacerlo dentro de los ciento cuarenta (140) días a cuando tuvieron el conocimiento que no se es el padre biológico (C.C., art. 213) y si quien impugna es el hijo, puede hacerlo siempre en cualquier tiempo, constituyendo la prueba medular en ésta clase de asuntos la científica.

Desarrollando las anteriores bases, es una verdad ineluctable que siempre, absolutamente siempre, un hijo concebido durante el matrimonio (hoy también en unión marital de hecho), tiene legalmente por padre al marido (compañero permanente) de la madre y ello con pábulo en una serie de presunciones: la ley presume la fidelidad de la mujer casada y/o la cohabitación exclusiva entre los cónyuges, lo que implica, correlativamente, relaciones sexuales exclusivas entre ellos y como el incumplimiento de estos deberes conyugales no se presume, menester es concluir que, en principio, el hijo de mujer casada tiene por padre al marido, todo ello reducido a la clásica regla *pater is est quem nuptiae demonstrant*, la que, por ende, constituye la pieza central de toda la regulación de la filiación matrimonial prácticamente en todas las legislaciones.

No obstante lo dicho, la presunción de paternidad puede no corresponder a la realidad, pues podría ocurrir que el hijo no hubiere sido engendrado por el marido sino por un hombre distinto, razón por la cual esa presunción no lo es de derecho, sino simplemente legal y precisamente por ello se ha consagrado la acción de impugnación de la paternidad para desvirtuar dicha presunción. En Colombia, dicha acción ha tenido cuatro etapas, que compendio de la siguiente manera:

³ La infirmación de dicha presunción se realiza a través de la pretensión que se denomina “impugnación de la paternidad matrimonial”.

1. A partir de la Ley 57 de 1887 y 95 de 1890, el único que podía impugnar la paternidad matrimonial era el padre a quien se le consideraba como juez soberano en éste asunto y la regla general era que debía hacerlo dentro de los sesenta días a cuando tuviera conocimiento del parto y no por cualquier motivo sino por cuatro causales, a saber: i) según el artículo 214 del Código Civil, si probaba que durante el tiempo de presunción de la concepción estuvo en "absoluta imposibilidad física" de acceder a la mujer; ii) igualmente encontramos la causal contemplada en el artículo 215 del Código Civil, esto es, el adulterio de la mujer en la época en que, conforme a la ley, se presume la concepción, aunado a otras circunstancias que permitieran suponer que él no es el padre; iii) el presunto padre contaba con la causal prevista en el artículo 5° de la Ley 95 de 1890 que indicaba que cuando se hubiera decretado el divorcio –en este caso debe entenderse también la separación de cuerpos– por causa de adulterio de la mujer, el marido podía reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, si durante la época en que se presume la concepción los cónyuges no hacían vida conyugal; y, finalmente, iv) el ordenamiento legal traía la posibilidad establecida en el artículo 6° de la Ley 95 de 1890, según la cual el presunto padre podía reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, si el nacimiento se verificaba después del décimo mes siguiente al día que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal⁴.

2. En 1968, con la ley 75, se le permitió por primera vez al hijo matrimonial impugnar su paternidad, pero con una sola causal, que su nacimiento se hubiese verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal con la singularidad de que para impugnar, el hijo no tenía límite temporario, pues lo podía hacer en cualquier momento. Entonces, ya son dos los legitimados para impugnar: tanto el padre como el hijo, pero al paso que el primero contaba

⁴ En palabras de la Corte Suprema de Justicia “La presunción de paternidad legítima impuesta por la ley al marido, relativamente a los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio, a pesar de su presunción simplemente legal, solo podía ser impugnada por él mientras viviera (C.C., art. 216) pues como lo había declarado la Corte, el marido era juez soberano en este asunto” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de junio de 1975. M.P. doctor Germán Giraldo Zuluaga.

con cuatro causales el segundo solo tenía una y de todas maneras el marido seguía con obstáculos temporarios al paso que el hijo no.

3. Con la sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995, nuestra Corte Constitucional resolvió ampliarle el espectro impugnativo al hijo, pues le otorgó las mismas causales para impugnar que tenía el padre, pero conservó el término de caducidad de 60 días para éste al paso que al hijo no le impuso restricciones temporarias.

4. La última etapa, que es la vigente, inicia el 26 de julio de 2006 con la entrada en vigencia de la Ley 1060, la cual tiene las siguientes singularidades: se elimina el casuismo para impugnar y todo se reduce a demostrar por cualquier medio que el marido no es el padre ya que expresamente se derogaron los artículos 5° y 6° de la Ley 95 de 1890; el 3° de la Ley 75 de 1968, y el 215 del Código Civil, normas que señalaban las causales para impugnar; por primera vez en nuestra historia jurídica se le permite a la madre impugnar la paternidad matrimonial; se conserva la figura de la caducidad para el marido y la madre quienes tienen 140 días para impugnar, pero con la novedad de que su contabilización empieza el día siguiente “a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico”, según voces del artículo 216 del Código Civil, en la redacción del artículo 4° de la Ley 1060 del 2006, es decir, el momento de inicio del cómputo no es el parto sino el conocimiento de que no se es padre y se conservó la situación de que el hijo puede impugnar en cualquier tiempo; se ordena la vinculación del padre biológico aunque no se le legitima para impugnar; se amplió la presunción de paternidad pues ya ésta no es solo para los hijos matrimoniales sino para los hijos habidos en una unión marital de hecho y puso de presente la importancia de las pruebas científicas en la averiguación de la verdad filiatoria, privilegiando la verdad biológica.

De éste sucinto recuento cumple observar lo siguiente:

a. Siempre ha habido un tratamiento legislativo desigual para el trinomio padre-hijo-madre en cuanto a la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial. El padre siempre ha tenido ese derecho, el hijo desde 1968 y la madre desde el 2006. Entonces, no cualquier persona puede adosar una acción de tal linaje, ni siquiera el padre biológico, por lo que la legitimación siempre ha sido restrictiva.

b. El casuismo fue el común denominador en materia impugnaticia desde 1887 hasta el 2006. Toda demanda impugnaticia tenía que fundarse en circunstancias de orden físico, moral o fisiológico para su prosperidad, pues de lo contrario la ruina de las pretensiones era la respuesta que daba la jurisdicción a tales pretensiones. Con la ley 1060 de 2006, sólo basta con esgrimir y probar que quien pasa por hijo no lo es en realidad.

c. Excepto para el hijo, a los restantes legitimados para impugnar, siempre se les ha impuesto cortapisas temporarias. Inicialmente para el padre 60 días, hoy para éste y la madre 140 días, no obstante que la idea inicial en lo que hoy es la ley 1060 fue la de eliminar dicha restricción.

Conforme con lo anterior, sin ambages podemos señalar que el sistema impugnaticio paterno matrimonial se ha caracterizado por ser cerrado en el sentido de que no cualquier persona puede impugnar (legitimados), ni por cualquier motivo (causales) ni cuando se le antoje (caducidad), no obstante que en los tiempos actuales se ha atemperado dicha rigidez, pero aún y con todo, sigue siendo restringido, pues a no otra conclusión puede desembocarse cuando la acción no se le permite invocarla a todo aquel que demuestre un interés y cuando la ejercen el padre o la madre, se les establece un término de caducidad. ¿Ello a qué se debe? ¿Por qué caducidad sí para el padre y la madre pero no para el hijo?. Estos interrogantes los despejaremos y para ello acudiremos a los orígenes de la regulación de la impugnación paterna filial para verificar cuáles han sido los principios que subyacen a dicha figura y ponderar si los mismos se justifican en la actualidad. Considero que sería difícil comprender el carácter, alcance y sentido de la acción impugnaticia vigente sin

conocer los estados de que procede y que no sólo motivaron su aparición, sino que le transmitieron parte no despreciable de su propio contenido, porque es sabido que las ideas nuevas se apoyan siempre en precedentes históricos.

Igualmente es patente que en la regulación filiatoria, la mirada cada vez esta mas puesta en el interés del hijo, pues la certidumbre sobre su filiación es considerada como un derecho fundamental suyo⁵, y entonces ¿por qué no es un derecho también de rango constitucional del padre saber con certeza quienes son sus hijos?. Sin lugar a dudas el padre también es una persona que desarrolla sentimientos y lazos afectivos, es un extremo de la relación filiatoria que debe ser condigna de un mismo tratamiento que el del hijo ya que así como el hombre tiene el deber de asumir la paternidad, así mismo tiene el derecho a no asumirla cuando es falsa y por ello cuando se afirma que es un derecho fundamental de toda persona saber con certeza quiénes son sus padres, correlativamente éstos deberían tener el derecho de saber quiénes son sus hijos pero la verdad es que no existe norma fundamental que consagre este derecho para el padre.

Por otra parte y sin lugar a dudas la aparición de las pruebas biológicas ya permite determinar con certeza una filiación, por lo que claro resulta que esta “revolución biológica”, constituye la base de la estructura de la filiación⁶. Colombia no ha sido ajena a

⁵ Respalda la anterior afirmación la siguiente normatividad: el art. 44 de la C.P., contempla toda una serie de derechos fundamentales para los menores, perteneciendo a ésta categoría especial de derechos el de “tener una familia y no ser separados de ella” cuyo núcleo esencial constituye la posibilidad real de conocer el niño quiénes son sus padres. Igualmente la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 7°. que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a adquirir un nombre y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En la misma orientación, el art. 5 del Código del Menor – Decreto 2737 de 1989 -, ha establecido que “Todo menor tiene derecho a que se defina su filiación. A ésta garantía corresponde el deber del Estado de dar todas las oportunidades para asegurar una progeneración responsable”

⁶ El profesor Italiano Stefano Rodatá, dice: “Hoy se asiste a una revancha de lo físico, que en nombre de la certeza biológica, puede arrollar relaciones construidas a lo largo de los años, sustituyendo a estas la desnuda trama de los genes. Una ‘limpieza genética’ argumentada mediante el derecho absoluto de conocer el propio origen, puede borrar los vínculos en los que se encarna la comunidad de vida y el incesante y fecundo renovarse de las razones para estar juntos. Puede comportar, así, un dramático empobrecimiento: hasta que nos encontremos ya no en relación con los demás, sino a solas con nuestra propia historia genética. Así las

éste nuevo panorama científico, pues ya desde 1968 con la ley 75, se ordenaba que en los procesos de investigación de la paternidad el juez debía obtener peritación heredo-biológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, pero el valor jurídico que tenían dichas pruebas era muy restringido pues sólo en la medida que el resultado fuera de “incompatibilidad”, permitían excluir la paternidad, pero si la misma arrojaba como resultado el de “compatibilidad”, era apenas un indicio, una probabilidad del nexo biológico; posteriormente la ley 721 de 2001 prescribe que “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%” y una vez ello, con dicha prueba, el juez debe proceder a declarar la paternidad o la maternidad y en caso contrario se absolverá al demandado. Ya con la ley 1060 de 2006 se logra llegar al siguiente objetivo: la realidad biológica como base y fundamento del emplazamiento entre padre e hijo y por lo tanto la presunción de paternidad matrimonial queda destruida cuando en el proceso medie prueba científica que la desvirtúe. Así tenemos, pues, que el estado filial se basa en la realidad biológica que prevalece sobre la voluntad creadora del vínculo filial y lo que importa es que puedan juntarse la verdad de los hechos y la verdad jurídica y ya no es raro escuchar apresuradas voces que claman por que se defiera al perito y no al juez la declaración acerca de la paternidad o maternidad, cuando aquella o esta es impugnada o investigada y al decir de algunos “ya no es menester contar con un acervo probatorio que permita ‘inferir’ la paternidad o maternidad, sino porque la pregunta sobre la paternidad es, antes que jurídica, biológica, esto es, científica”⁷

Vemos entonces que la filiación en nuestro país tiene como norte la averiguación de la verdad biológica y padre deber ser aquel que los genes señalan, privilegiando de ésta

cosas, ¿la verdad biológica a toda costa es una conquista o una prisión? Ponencia Tecnología y Familia, presentada en el XI Congreso Internacional de Derecho de Familia, realizado en Bogotá en el año 2000, p. 8.

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de marzo de 2001 M.P., doctor JORGE SANTOS BALLESTEROS.

manera el “*favor veritatis*”, pero olvidó el legislador que padre no es sólo el que engendra sino aquel que socialmente y afectivamente se ha portado como tal ya que bien puede suceder que no obstante que una prueba científica señale que quienes se han dado el tratamiento de padre-hijo no tienen dicho nexo biológico, de todas maneras quieran seguir manteniendo dicha relación porque los afectos están por encima de cualquier otra consideración, aunado a que en no pocas ocasiones se rompe una relación familiar en perjuicio del menor, es decir, se echa de menos aquello que se puede enunciar como el “*favor legitimatis*”. Debemos hallar el equilibrio deseado entre dos realidades de igual importancia que podrían resumirse así: por un lado la verdad biológica; por el otro, la verdad sociológica⁸ y para ello el presente trabajo va a mostrar la plausibilidad de una variante ecléctica que amolde de una mejor manera una realidad personal para impugnar una paternidad matrimonial dependiendo de una situación familiar que es necesaria verificar en cada caso particular: si el hijo goza de una posesión de estado⁹ con el marido de la madre o no. Si ello es así, únicamente el marido e hijo estarían autorizados, una vez conocida la falta de nexo biológico, para manifestar si persisten o no en esa relación de estado y ello en un plazo breve igual para ambos; si no existe posesión de estado, cualquier persona (marido, madre, hijo, padre biológico, herederos, el Ministerio Público), en cualquier tiempo, puede impugnar la paternidad matrimonial. Solo así, considero, se concilia el derecho fundamental de conocer quién es el padre biológico con una situación de hecho, con una realidad humana e igualmente se enaltecen los afectos de los involucrados y se les brinda un tratamiento igualitario a los vinculados con el nexo filiatorio.

⁸ HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Daniele. *La famille fondation et vie de la famille, en traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin*. LGDJ. París. 1991. expresan que “La cuestión que se sitúa en el corazón de la problemática de la filiaciones es desentrañar el peso respectivo que conviene reconocer a la filiación biológica, a la filiación querida y a la filiación vivida”.

⁹ La posesión de estado ha de considerarse como una situación de hecho a través de la cual se manifiesta o puede inferirse la existencia de una relación de filiación. Tradicionalmente se ha indicado que los elementos que conforman la posesión de estado son el trato, la fama o reputación y la duración.

Precisado lo que el presente trabajo se propone, la bitácora a seguir será i) hacer una sinopsis sobre filiación matrimonial, sus elementos y las acciones de estado, señalando los principios que han gobernado al sistema impugnativo, para enseguida pasar al problema actual sobre si lo que debe ser privilegiado es el vínculo genético o el cultural y social en materia filiatoria, pasando enseguida a ii) realizar un análisis al sistema actual y sus bases teóricas para culminar iii) con el desarrollo de la propuesta que considero idónea para tratar de conciliar la verdad biológica y la voluntad procreacional en la filiación, poniendo de presente que en las líneas que siguen no pretendo agotar los temas debatidos y mi intención es dejar la invitación para que se formulen interrogantes que estimulen reflexiones de mayor profundización en un tema de suyo tan delicado como lo es el de materia de análisis. Las sugerencias que hago son apenas unas de las muchas que se pueden plantear.

Dicho esto, es hora de ceder el paso a lo que verdaderamente interesa.

PRIMERA PARTE

Filiación matrimonial¹⁰

La finalidad de esta primera es triple: por una parte precisar determinados conceptos que son basilares para el cabal entendimiento del instituto de la impugnación de la paternidad matrimonial, una segunda que es identificar los principios que subyacen a dicha figura desde 1887 hasta la actualidad y la tercera exponer las dos corrientes que se plantean en la hora actual como determinantes de una relación filiatoria: verdad biológica o verdad jurídica.

1. Filiación matrimonial¹¹

En términos generales, un hijo tiene la calidad de matrimonial cuando sus padres están casados entre sí, incluso sin importar si el matrimonio es válido, anulable de manera saneable o insaneable e igualmente sin que importe si la concepción y el nacimiento ocurrieron dentro o antes del matrimonio. Lo anterior indica que de los hijos matrimoniales pueden distinguirse dos casos, aunque el carácter de matrimonial sea igual en ambos: el

¹⁰ La palabra “paternidad”, empleada por los más antiguos autores, ha sido sustituida por la de filiación. Sobre este cambio de nombre se ha dicho que la actual denominación obedece a que el acento está puesto en el hijo, porque lo que está en juego es su ubicación en la relación con los padres. Y la imposición del vocablo guarda correlación con la salida del niño del anonimato medieval y la ocupación por este de un nuevo espacio a partir de los siglos XVII y XVIII. Es el comienzo de una época en la que la familia nuclear moderna se reorganiza en torno a los hijos y concentra en ellos todas sus energías; cuando tiene lugar, en suma el nuevo discurso sobre el niño y el florecimiento del sentimiento de la infancia. Se trata de un proceso que, en el aspecto normativo, alcanza su mayor esplendor en el siglo XX –llamado el siglo de los niños– con la sanción de diversas declaraciones internacionales y, en particular, la convención sobre los Derechos del Niño de 1989. MALAURIE, Philippe. *Droit civil. La famille*. París. Cujas. 1989. p. 230; AZPIRI, Jorge O. *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires. Hammurabi. 2001. p. 21.

¹¹ “En otros términos, ya no puede hablarse en Colombia de hijos “legítimos” o “ilegítimos”, ni catalogar en forma alguna a las personas por su origen familiar; ni cabe relacionar derecho alguno de un individuo con el hecho –antes relevante en la sociedad colombiana y hoy carente de todo significado jurídico– consistente en haber sido concebido o nacido dentro del matrimonio, o –por el contrario– fuera de él. Es indudable que el significado de dichos términos lleva implícita una calificación peyorativa para la filiación que se origina fuera del matrimonio, independientemente de que en la actualidad el sistema jurídico haya puesto en un mismo pie de igualdad a todos los hijos”. Corte Constitucional, sentencia C-800 de 29 de junio del 2000, M.P. doctor José Gregorio Hernández Galindo.

hijo que es matrimonial de origen y el hijo matrimonializado. Matrimoniales de origen son los hijos generados en el matrimonio de sus padres; entonces el hijo es matrimonial desde su concepción¹². En consecuencia, ostentará tal calidad tanto el que nace después del día 180 subsiguiente al matrimonio¹³ como el que nace dentro de los 300 días subsiguientes a la disolución del matrimonio¹⁴ y ello teniendo en cuenta los términos mínimos y máximos de gestación que señala el artículo 92 del Código Civil.

La Ley colombiana hace extensiva la calidad de hijos matrimoniales a personas que no fueron concebidas en el matrimonio de sus padres, pero que nacieron durante el mismo o que fueron concebidos y nacidos antes del matrimonio, pero con un condicionante necesario, cual es el matrimonio de sus progenitores. Estamos frente al caso de los hijos llamados matrimonializados o legitimados¹⁵ que pueden ser de pleno derecho o de manera voluntaria. Los primeros se dan en dos situaciones, así el hijo que nace dentro de los 180 días subsiguientes al matrimonio¹⁶, y el hijo concebido y nacido antes del matrimonio pero que adquirió la calidad de hijo extramatrimonial por reconocimiento¹⁷ y posteriormente se casan sus padres. La legitimación voluntaria es aquella que ampara a los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio de sus padres, sin estar reconocidos como hijos extramatrimoniales, por lo que queda a la voluntad de los padres legitimarlos y a los

¹² El artículo 213 del Código Civil, establece: “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”.

¹³ El artículo 214 del Código Civil, indica: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos: 1. Cuando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre; 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad medi ante prueba científica se desvirtué esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001”

¹⁴ El artículo 220 del Código Civil, señala: “A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio”.

¹⁵ El artículo 236 del Código Civil, reza: “Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres...”.

¹⁶ El artículo 237 del Código Civil, prescribe: “El matrimonio posterior legitima *ipso jure* a los hijos concebidos antes y nacidos en él”.

¹⁷ El artículo 238 del Código Civil previene: “El matrimonio de los padres legitima también *ipso jure* a los que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales”.

beneficiarios aceptar dicha legitimación ya de manera expresa o tácita. La voluntad de los padres legitimantes debe ser vertida en instrumento público, que puede ser o la partida de matrimonio o una escritura pública y no existe límite de tiempo para realizarla¹⁸.

El siguiente cuadro resume las varias categorías de hijos matrimoniales que existen en Colombia:

	1. Hijos matrimoniales propiaamente tales	
Hijos matrimoniales		2.1. Hijos legitimados <i>ipso jure</i>
	2. Hijos matrimonializados	2.2. Hijos legitimados de manera voluntaria

Conforme con lo dicho, hijo matrimonial es aquel en que sus padres se encuentran unidos en matrimonio entre sí y si falta dicho vínculo, son no matrimoniales, todo en el bien entendido de que dicha clasificación en nada perjudica jurídicamente al hijo ya que tienen exactamente iguales derechos que los matrimoniales.

No veo, en los tiempos actuales, la utilidad de mantener la clasificación entre hijos legitimados *ipso jure*, legitimados de manera voluntaria y los propiamente legítimos. Debería señalarse como regla general que son matrimoniales los hijos de personas unidas en matrimonio, o que lo estuvieron, sin importar si fue engendrado o nacido dentro del matrimonio, sino que se hayan casado, ya que lo mismo da antes que después de tener al hijo. Hoy, constitucionalmente, no pueden ser distintos los matrimoniales que los matrimonializados pues existe igualdad de todas las filiaciones, por lo que tal distinción carece de importancia. No obstante lo anterior, en materia impugnativa no existe diferencia

¹⁸ El artículo 239 del Código Civil, disciplina: “Fuera de los casos de los artículos anteriores, el matrimonio posterior no produce *ipso jure* la legitimidad de los hijos. Para que ella se produzca es necesario que los padres designen en el acta del matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos”.

cuando se trata de un hijo matrimonial propiamente tal y el matrimonializado *ipso jure* conforme al artículo 247 del Código Civil, pero existe todavía un aspecto diferenciador entre la impugnación de la calidad de hijo matrimonial y la de hijo matrimonializado de manera voluntaria pues el legislador fue más amplio en esta última clase de hijos, porque permite impugnar dicha filiación a quienes “prueben un interés actual en ello” amparando de esta forma incluso al padre biológico, aspecto que es repulsado cuando de la filiación matrimonial propiamente dicha se trata, pues aquí los legitimados son el marido, el hijo y la madre. Fuera de lo anterior, que es bastante, no existe ninguna otra diferencia entre dichas filiaciones.

2. Elementos de la filiación matrimonial

Cuando se invoca el estado de hijo matrimonial de origen, se requiere la concurrencia de varios requisitos: el matrimonio de los padres, maternidad de la mujer, concepción en matrimonio y la paternidad del marido, todos hoy objeto de fácil constatación, sobre todo los dos últimos a través de las pruebas biológicas. Pero las cosas no siempre han sido iguales y hasta antes de la aparición de esta clase de pruebas, la paternidad del marido fue todo un misterio y de ahí de que se tornó en un hecho complejo su determinación, lo cual requiere una especial atención en primer lugar porque la paternidad del marido es el punto neurálgico en la filiación matrimonial, en segundo lugar porque es allí donde recaen los principales problemas en esta materia y tercero porque precisamente el presente trabajo alude a la impugnación de la paternidad matrimonial.

2.1. La paternidad matrimonial

Como se dijo, el misterio que rodeaba la paternidad y su dificultad de prueba hasta la aparición de las pruebas biológicas, constituyó siempre una preocupación de la humanidad,

lo que trajo como consecuencia que se idearan diversas formas para abordar y resolver dicho problema, y que pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:¹⁹

a) *Sistema negativo*, que no atribuye ninguna importancia jurídica a la paternidad ya que el hijo queda vinculado a la madre que lo alumbra y a la familia de ésta. El padre jurídicamente no existe.

b) *Sistema arbitrario*: la filiación paterna depende exclusivamente de la voluntad de un hombre, quien puede admitir o rechazar libremente a un hijo con el que se le relaciona. Este sistema es propio de la familia construida sobre la base del matrimonio monógamo y de estructura patriarcal. La idea religiosa desempeña un papel protagónico con la obsesión de preservar el culto de los antepasados.

c) *Sistema legal*, en el que el hijo matrimonial es atribuido por la ley automáticamente al marido de la madre. Aquí la ley sustituye la voluntad del marido, disponiendo que padre será el marido, pero permitiendo demostrar al marido que él no es el progenitor lo que deberá hacerse a través de los cauces judiciales para evitar la arbitrariedad pues el matrimonio tampoco equivale a fidelidad absoluta.

d) *Sistema judicial* en el cual la paternidad jurídica se establece previo juicio en el que deberá ser demostrada la relación de generación entre padre e hijo. No hay presunciones legales que regulen la materia.

e) *Sistema mixto*, que se denomina clásico, porque es el que ha imperado en las modernas legislaciones, en el que se conjugan caracteres de los tres últimos y es obra del derecho romano, siendo célebre el pasaje pauliano recogido por los compiladores justinianos en el Digesto que dice “*Quia semper certa est (mater), etiam si vulgo conceperit: pater vero is*

¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima. Estudio de derecho comparado y derecho español*. Madrid, Tecnos, 1971, pp. 57- 92., citando a Bridel.

est quem nuptiae demonstrant”²⁰. Entonces se parte de una base legal porque la ley dicta la paternidad del marido de la madre, pero facultando al marido la oportunidad de negar la paternidad, sin embargo, toda discusión o negación tiene que ser ventilada judicialmente con rigor en cuanto a motivos, tiempo y personas habilitadas para impugnar.

Pero es en el Código de Napoleón donde se encuentra en forma más concreta la presunción *pater is est* como se concibe en la actualidad “y fue quizá de allí donde el señor BELLO tomó para su proyecto de Código Civil la presunción de paternidad, que luego sería acogida por el legislador cundinamarqués y, en últimas, por el legislador colombiano”²¹. Así fue como el art. 213 del C.C. establecía que “El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo”, presunción de paternidad que fue extendida a los hijos habidos en una unión marital de hecho, pues el art. 1º. de la ley 1060 de 2006, que subrogó al art. 213 del C.C., señala “ 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 la paternidad”.

2.2. Fundamentos de la presunción:

La naturaleza jurídica de la presunción de paternidad matrimonial, por medio de la cual se presume que todo hijo de mujer casada tiene por padre al marido de la madre, se ha hecho descansar sobre distintos fundamentos motivo de diversas tesis:²²

1. Teoría dominical o del derecho de accesión: en razón de la rígida patria potestad del padre y de la autoridad marital, el marido gozaba de una especie de derecho de propiedad

²⁰ No obstante lo dicho, al parecer es el Código de Manú, el primero en el que se encuentra una traza de la presunción de paternidad legítima, atribuida al marido de la madre, elemento indispensable para la regulación de la familia parental. Sin esta presunción no puede concebirse la familia monógama cuya principal consecuencia legal es la presunción de paternidad, señala SALCEDO SEGURA, Jorge. *Teoría General del Derecho Civil*, Tomo I. Bogotá Ediciones doctrina y Ley Ltda. 2006. pág. 68.

²¹ SUAREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia. Filiación. Régimen de los incapaces*. Bogotá. Temis. 1992. pág. 17

²² RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima*. Madrid. Tecnos. 1971. pág 206

sobre su cónyuge y por consiguiente, por razón de la accesión, hacía suyos los hijos “fruto” de su esposa pues al fin y al cabo el marido tenía derecho de dominio sobre todo lo que su esposa produjese. Esta tesis fue acogida en la antigüedad particularmente en el Código de Manú.

2. Teoría basada en la infidelidad e inocencia de la esposa: esta teoría explica la presunción de la paternidad en una presunción de inocencia del delito de adulterio y en la fidelidad que la esposa debe guardar al marido como obligación matrimonial primaria.

3. Teoría fundada en la cohabitación y fidelidad: si la cohabitación y la fidelidad son obligaciones subsiguientes al matrimonio, que deben ser presumidas, por tratarse de aplicaciones específicas del principio de la buena fe al caso del matrimonio, ha de llegarse a la conclusión que el hijo de la esposa es hijo del marido. Esta es la teoría más acogida y se justifica en que la misma no es fruto del azar sino del proceso lento que ha llevado a la humanidad a tenerla como el medio más idóneo para determinar la paternidad.

Esta presunción se apoya en claras normas jurídicas y que resultan ser de cierta manera como principios generales del derecho matrimonial: los cónyuges deben cohabitar y la mujer casada tiene relaciones sexuales exclusivamente con su marido, situación que se desprende de la propia definición que del matrimonio da nuestro legislador cuando se señala que este tiene como finalidad “vivir juntos” (C.C., art. 113) al igual que las obligaciones y derechos que surgen entre los cónyuges, una de las cuales es la “fidelidad” (C.C., art. 176) aunado a que “los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos” (art. 178, *ibíd.*). En consecuencia, si celebrado un matrimonio existe exclusividad en el débito conyugal, lógico es suponer que si la cónyuge resulta en embarazo estando casada, el marido es el autor de dicho estado y el hijo que nazca queda amparado por el *favor legitimitatis*, consolidando un estado civil de hijo matrimonial, título que se prueba con el registro civil de matrimonio de sus padres y el registro civil de nacimiento correspondiente. Por lo tanto, todo hijo de mujer casada tiene por padre al marido, así biológicamente no lo

sea, toda vez que el matrimonio, en principio, confiere certeza a la paternidad. Este sistema para acreditar la paternidad matrimonial es el que ha imperado, empero, es bueno decirlo ya, los avances de las ciencias técnicas genéticas hacen variar y poner en duda esa certeza²³.

3. Las acciones de estado

Para determinar una paternidad, actualmente se considera que existen dos acciones de estado civil comúnmente llamadas “acciones de estado”: las acciones de reclamación del estado civil y las de impugnación del mismo. Por medio de las primeras, 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. Las acciones de estado y particularmente la de impugnación, presentan de común el que tienden a establecer un hecho independiente de la voluntad del individuo cuyo estado se discute. Parece que todas las personas interesadas deberían poder ejercitarlas en todo momento y, con el mismo título puesto que, del hecho que se trata de establecer, pretenden hacer derivar un derecho. Pero por diversas consideraciones no se han tenido en cuenta las exigencias de la lógica pura. De una parte el derecho de ejercitar una acción impugnativa del estado civil no pertenece a todas las personas interesadas, sino solamente a algunas de ellas y, por otro lado, cuando varias personas tienen concurrentemente la disposición de una acción relativa al estado, no la

²³ El misterio que rodea la paternidad en la filiación matrimonial ha generado toda una preocupación a lo largo de la historia jurídica y la duda profunda que angustia al hombre en cuanto a su origen y progenitor, lo encontramos en el dicho popular “los hijos de mis hijas, nietos míos son; los hijos de mis hijos son... o no son” y por ejemplo en Shakespeare en su Vida y muerte del Rey Juan, acto I, versos 59-63: Felipe el Bastardo al Rey: “Descendemos ciertamente, de una misma madre según es notorio, y creo que del mismo padre; pero para conocimiento evidente de la verdad, os remito al Cielo y a mi madre; sobre este punto tengo las mismas dudas que pueden asaltar a todos los hijos de los hombres”.

ejercitan todas con el mismo título ni en las mismas condiciones, en especial desde el punto de vista del plazo que les está concedido para obrar.

3.1. Impugnación de la paternidad matrimonial

En el planteamiento y solución de la impugnación de la paternidad matrimonial, se presentan dos grandes sistemas: en uno se permite toda clase de pruebas pues el norte es buscar la realidad de los hechos y la acción de impugnación triunfa cuando se demuestra que el marido no puede ser padre, porque lo que prima esencialmente es que la paternidad legal coincida con la verdadera, siendo preciso establecer la realidad de los hechos que rodean la filiación y no perpetuar una relación espuria, falsa o ficticia para mantener la integridad artificial de la institución paternal. Otro sistema señala taxativamente los casos, circunstancias y medios con que se puede impugnar la paternidad y todo lo que ocurra al margen de ese casuismo y formalismo, así como la cuestión de la verdadera paternidad, no interesa. En éste último sistema priman consideraciones tales como la tranquilidad y paz de las familias, protección de la legitimidad, honorabilidad.

Actualmente, por lo regular se tiende a la concordancia entre filiación y realidad genética, cuando el alumbramiento tiene su origen en la cópula carnal y entonces el derecho proclama como padres a los que han sido progenitores de hecho. La idea de correlacionar la filiación con el origen biológico, con la verdad genética, es una idea que anima a los legisladores actuales. Cuando existe comunión de que quienes figuran ante la ley como padres de sangre de un hijo lo son en la realidad natural, es claro que estarán ligados en el estado de filiación jurídica, los que en verdad son padres e hijo biológicos, pero cuando no existe esa armonía, es decir cuando la filiación que aparece en el mundo del papel, en el mundo de la ley, no coincide con la realidad natural, ese hijo tendrá unos padres legales diferentes a sus biológicos.

Lo acabado de señalar permite avizorar un desdoblamiento en los conceptos de paternidad: paternidad biológica, cuando el material genético procede del marido lo cual no genera problema puesto que la filiación jurídica (o social) y la biológica coinciden plenamente, y la paternidad exclusivamente jurídica o social, cuando el padre biológico es un tercero diferente al marido y, no obstante ello, el marido figurara como padre ante la ley, el hijo disfrutará de su calidad de matrimonial, por lo que la posición de padres resulta ocupada no por quienes deberían ocuparla, sino por quienes aparecen como progenitores y el hijo vive una situación de tener unos padres que no le corresponden por naturaleza y aquí es cuando vienen todas las tensiones que el presente trabajo se propone desarrollar.

Frente a esta situación, lo pertinente sería la acción impugnatoria de esa paternidad falsa, pero aplicar en la práctica dicha solución no ha sido tarea sencilla porque en Colombia, para que prospere un acción de tal estirpe, no solo basta con probar que la paternidad endilgada no corresponde a la realidad biológica, sino que es menester que lo haga la persona legitimada para ello y además para adosar una acción de tal linaje, es tempestivo realizarla dentro de determinados términos.

Precisados las anteriores ideas básicas, corresponde escrutar los principios que han estado presentes en la impugnación de la paternidad matrimonial

4. Principios que han gobernado al sistema para impugnar la paternidad matrimonial

En el sistema jurídico colombiano, el andamiaje de la impugnación de la paternidad matrimonial se ha caracterizado por ser cerrado en sus orígenes y flexibilizado en la actualidad, pero en ningún caso de libertad absoluta, pues a no otra conclusión puede llegarse cuando se restringe a las personas legitimadas para impugnar, el causalismo ya hoy abandonado y, tanto ayer como hoy, a la existencia de términos de caducidad para impugnar excepto para el hijo. Es patente que en nuestro código Civil se privilegiaba a los hijos habido en el vínculo familiar en contra de los hijos extramatrimoniales a quienes

incluso se les llegó a denominar de “punible y dañado ayuntamiento” y quienes inicialmente eran equiparados prácticamente a la nada para hoy estar en pie de igualdad en todos los aspectos a los matrimoniales. Este sistema restringido encuentra sustento en que siempre se ha sostenido que acciones de éste talante lo que conllevan es atentar contra la seguridad y paz de las familias y ventilar en los estrados judiciales pleitos que considerados como “inmorales”, aunado a que estos asuntos relativos al estado civil escapan a la órbita de la autonomía privada, ideas estas que se han flexibilizado en armonía con los adelantos científicos pues la realidad biológica es un aspecto que ha cambiado la orientación filiatoria.

Veamos más a espacio estos principios.

4.1. La preeminencia del vínculo matrimonial

En el ordenamiento feudal de la familia del siglo XVIII se consideraba la generación como fuente de dominio, de privilegios sociales y políticos: la preocupación por conservar puro el nombre de la familia, por impedir la dispersión del patrimonio doméstico llevaba, por una parte, a odiosas diferenciaciones y desigualdades jurídicas y económicas entre el primogénito y los otros hijos, entre la prole matrimonial y la extramatrimonial, entre los varones y las mujeres; por otra parte, favorecía el despotismo del padre, el desconocimiento de la personalidad no solo jurídica sino también moral de los hijos, sacrificados en sus aspiraciones a las finalidades políticas de la familia. La Iglesia, haciendo acopio de la debilidad del Estado, había logrado transformar en un verdadero poder de jurisdicción la autoridad disciplinaria que ejercía para establecer las condiciones y formas de celebración del matrimonio, y así mismo la naturaleza de las relaciones conyugales.²⁴

²⁴ SOLARI, Gioele. *Filosofía del derecho privado*. T. I. La idea Individual. Edit. Buenos Aires. Depalma 1946. pp. 60 y ss.

El Código de Napoleón se preocupó por la familia legítima, y por eso sus redactores tuvieron especial cuidado en distinguir la familia matrimonial de la extramatrimonial, creando para los hijos matrimoniales una verdadera condición de favor. El hijo llamado natural por ser fruto de una unión ilegal, tal vez simples relaciones de casualidad, aparece respecto de la familia legítima como un intruso, privado de títulos legales para justificar su calidad. Consecuente con lo dicho era menester garantizar la estabilidad y tranquilidad de la familia matrimonial, mucho más digna de consideración que el interés de un hijo natural y por lo tanto, si la legislación no establecía alguna diferencia entre el hijo natural y el legítimo, era de temer que el matrimonio se viera perjudicado ante la opinión pública. Toda medida que propendiera a equiparar los efectos de las dos filiaciones, legítima e ilegítima, como era usual llamarlas, era un estímulo a la corrupción y a la unión libre, considerada esta como un peligro social. Por lo tanto, si los padres piensan y consideran la situación de sus hijos naturales sometidos a escarnio público, ello crea una opinión favorable hacia el matrimonio, incita a los concubinos a regular su unión con el fin de poder legitimar a sus hijos, es decir, por afecto al hijo llegarán sus padres al matrimonio²⁵.

Pero si tal era la preeminencia de la unión matrimonial, armónico era igualmente darle prioridades al hijo matrimonial: su padre es el marido y, por lo tanto, el hijo no tiene que probar quién es el padre, pues automáticamente lo es el marido de la madre (art. 312 del Code), presunción fundada en lo verosímil que resulta atribuir al hijo al marido de una mujer a quien se tiene por fiel y ello es una consecuencia del matrimonio y esa seguridad fue un especial propósito de legislador francés, con el fin de reforzar la solidez de la familia, considerando que esta es base a su vez de la cohesión social. No obstante lo anterior, se consideró que negar la impugnación de la paternidad matrimonial era inadmisibles porque en vez de contribuir a la seguridad de la familia la perjudicaría debido a que exagerándose la presunción, contra la voluntad real, hubiera perdido su valor social y los hijos legítimos fácilmente podrían ser sospechados como fruto de adulterio y porque

²⁵ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés*. T. I. Las personas, Estado y capacidad. Edit. Cultural S.A. Habana, Cuba. 1945. p. 569.

además, si el padre estuviera obligado a aceptar indistintamente todos los hijos de su mujer, incluso aquellos nacidos de un adulterio evidente, seguramente disminuiría el número de matrimonios y se favorecería la unión libre, aspecto no querido por el legislador. De ahí que hubo que llegar a una transacción. La presunción no puede ser combatida por cualquiera ni por todos los medios, sino que corresponde al marido, y eso en determinados casos, como principal interesado y el más capacitado para juzgar sobre la oportunidad del litigio, por ser el jefe de la familia a la que el pleito va a quebrantar. Así se estableció la imposibilidad de cohabitación para la época de la concepción, el alejamiento y la impotencia accidental (art. 312) como causales para impugnar la paternidad matrimonial. Lo anterior, igualmente justifica los plazos cortos para su impugnación (uno o dos meses) por la especial gravedad del desconocimiento de la paternidad. La ley no veía con muy buenos ojos que a un hijo matrimonial se le redujera a la calidad de adulterino, resultando un extraño para el marido de la madre, apartado de la familia legítima, aunado a que la ley quería que el estado de un hijo, que se presume legítimo, no permaneciera por mucho tiempo en la incertidumbre. Así mismo la restricción de las causales para impugnar obraba en favor del hijo con el fin de garantizar la seguridad de la familia legítima y la paz de los matrimonios legales. También se consideró que no era viable obtener una impugnación sin sentencia judicial toda vez que era indispensable en todos los casos comprobar el adulterio y todo ello a iniciativa del marido (arts. 317 y 318 del Code) pues otras personas, por mayores motivos morales o materiales de que estuvieran prevalidos, eran extrañas y no se les permitía actuar y ello porque solo él era el jefe del hogar y a título de tal tiene el derecho de oponerse a que la tranquilidad del mismo sea perturbada. Tales fueron las ideas torales del código de 1804 y es de ahí de donde surgieron todas las singularidades de la impugnación de la paternidad²⁶.

En nuestro Código Civil, a diferencia del legislador francés, se aprecia la intención de equiparar tanto al matrimonio como a las uniones libres y, por ende, a los hijos

²⁶ Ob. cit., p. 614.

matrimoniales con los extramatrimoniales, no obstante lo reprobada que fue esa forma natural de vida. Así fue como se consagró la figura del concubinato, que así era uso y costumbre denominarlo, esto es, la convivencia de hombre y mujer, como si de matrimonio se tratara y quiso reconocerle algunos efectos en bien de la prole, llegando incluso a consagrar, con criterio de semejanza de lo que acontece en el matrimonio, la presunción de paternidad de los hijos de la mujer que de tal modo vivía, vale decir, públicamente con un hombre “como si fueran casados” (arts. 328 y 329). Pero este adelantamiento fue pasajero, porque a poco andar el código, tan sólo algunos días después de su adopción, fue derogado por la Ley 153 de 1887 y se consideraba que el concubinato socavaba, en lo más profundo, los cimientos de la institución matrimonial. Allí empezó una etapa caracterizada por un largo silencio legislativo, hasta el punto que la existencia misma del concubinato, equivalía paradójicamente a la nada. Pudiera decirse que en ese ámbito el derecho era antinómico, porque en vez de recoger la realidad y aprisionarla en normas jurídicas, regulando el caso como mejor le pareciese, prefería callar, tal vez bajo el pretexto de que aludir al tema implicaba favorecer la práctica de lo ilegal, sin percatar que el silencio es terreno abonado para los excesos y las iniquidades, y que el derecho, en cuanto arrostra lo que existe, antes bien, es orientador de conductas y cumple con sus fines.

Conforme con lo anterior, el legislador colombiano estuvo matizado por el desconocimiento de una realidad muy nuestra, pues en las colonias hispanoamericanas el concubinato y la ilegitimidad de la prole adquirieron dimensiones que llegaron a afectar la esencia del conjunto de la sociedad estando en contra de las convenciones normativas matrimoniales aceptados por el Estado y la Iglesia. El matrimonio eclesiástico, dominante solo en las capas sociales de la élite, reforzó su carácter de exclusividad y de instrumento de discriminación, robusteciéndose las diferencias entre la “gente de bien” y el “populacho”. En consecuencia, los amancebados, las madres solteras y los hijos ilegítimos carecían del apoyo legal concedido a las familias formalmente constituidas, hijos con un estatuto legal inferior con posibilidades de avance laboral y social restringido. “Comprobar que buena parte de los ilegítimos eran hijos naturales que crecían en hogares biparentales o

uniparentales, da lugar a una interpretación diferente de la ilegitimidad a la que prevalece en la historiografía de la familia europea”²⁷. En definitiva, las leyes 57 y 153 de 1887, regularon el régimen matrimonial en consonancia con la doctrina católica que consideraba el matrimonio como uno de los sacramentos, cuyo vínculo es indisoluble.

Frente a esta situación clara resulta la siguiente opinión: tanto en Colombia como en Francia, las políticas públicas estaban orientadas a incentivar las uniones matrimoniales y con ellas a otorgarle privilegios a sus miembros y si ello era así, de toda obviedad resultaba incorporar normas que permitieran blindar el matrimonio, sobre todo el católico, de cualquier ataque, garantizando la seguridad de la familia matrimonial y prueba de ello fue el sistema impugnatorio filial paterno matrimonial tan cerrado, resultando un predominio de una paternidad matrimonial fincada en una concepción individualista y patriarcal caracterizada por su verticalidad en donde el estadio mayor lo ocupaba el marido: él era el soberano en materia filiatoria y por lo tanto él y sólo él podía impugnarla, pero no de una manera libre, pues tenía que hacerlo en determinado plazo y bajo precisas causales, pues de no, vano resultaba plantear una acción impugnatoria. Esta fue la situación que se generó desde 1887.

Pero algunos factores impulsan hacia el cambio. Por ejemplo, las funciones que antiguamente estuvieron concentradas en el núcleo familiar, se fueron transfiriendo a diversas entidades del Estado. Cada día más mujeres se incorporaron a trabajos diferentes al doméstico y, por lo tanto, dicha salida del hogar paulatinamente generó un cambio de actitudes en sentido de coparticipación y solidaridad en las responsabilidades de la familia pero con una ausencia total del varón en las labores domésticas. Esto también trajo de la mano la deserción familiar, la paternidad irresponsable, prostitución, adulterio etc., en fin, crisis de la familia. Ante esta realidad, las políticas públicas señalaron mecanismos fuertes para defender y fortalecer a la familia, núcleo básico de la sociedad, requiriendo la

²⁷ DUEÑAS VARGAS, Guiomar. *Los hijos del pecado. Ilegitimidad y vida familiar en la Santafé de Bogotá Colonial*. Universidad Nacional de Colombia. Editorial Universidad Nacional. 1997, p. 4.

colaboración de todos los sectores: Estado-Iglesia-ciudadanía. De ahí que la familia ya no podía seguir regulándose desde un mando privado sino que las relaciones familiares tuvieron una incidencia social en general y la responsabilidad que tiene el Estado de proteger a la familia como institución, así garantizaba su estabilidad. Acorde con lo anterior, de una familia caracterizada por el gobierno y la administración del padre y la incapacidad de la mujer, representada jurídicamente por su marido, se pasó a una familia en la que la mujer también era capaz, ya no la representaba el marido, y la administración de los bienes era conjunta.

Igualmente los tiempos trajeron aparejado un cambio sustancial en la concepción que tenía el sistema jurídico sobre los niños. De ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo con su edad y su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades. La condición de debilidad o vulnerabilidad en la que los menores se encuentran, la cual van abandonando a medida que crecen, ya no se entiende como razón para restringir sus derechos y su capacidad para ejercerlos. Ahora es la razón por la cual se les considera “sujetos de protección especial”. Es decir, la condición en la que se encuentra un menor no es razón para limitar sus derechos sino para protegerlo. Pero esta protección tiene una finalidad liberadora del menor y promotora de su dignidad. En consonancia con lo anterior, fueron apareciendo instrumentos internacionales a la par que los ordenamientos internos consagraron el interés superior del menor. Esta evolución la vemos reflejada internamente en la impugnación paterna matrimonial con la promulgación de la ley 75 de 1968 cuando por primera vez se le permite al hijo impugnar su paternidad matrimonial, para mas adelante, en 1989, mediante el Código del Menor – Decreto 2737 de 1989 -, en su artículo 5º. señalar que “Todo menor tiene derecho a que se defina su filiación. A ésta garantía corresponde el deber del Estado de dar todas las oportunidades para asegurar una progenitura responsable”. Así se siguió evolucionando hasta llegar a considerar los derechos de los menores con un interés superior que los demás cuyos derechos fueron elevados a rango constitucional con la Carta de 1991

y en armonía con ello en la sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995 la Corte Constitucional dispuso igualar al hijo en cuanto a las causales para impugnar frente al padre.

De la misma manera, la preeminencia que en otrora tuvo la familia basada en el matrimonio no encaja hoy, pues se repulsa cualquier clase de privilegios a un tipo específico de familia, admitiéndose la diversidad de orígenes o vínculos que pueden originarla, sean naturales o jurídicos, es decir, tanto reconocimiento jurídico merece la familia que se forma por los lazos matrimoniales, como la que se constituye por las relaciones naturales, con lo cual se evidencia una aplicación concreta del principio de igualdad que cobija a las diferentes clases de familia que puedan conformarse. Este cambio también se encuentra vertido en materia filiatoria, pues conforme el art. 1 de la ley 1060 de 2006, los hijos habidos en una unión marital de hecho, se presumen legalmente que tiene por padres a los compañeros permanentes, haciéndose extensivos los efectos del *pater is est* de los hijos matrimoniales a los extramatrimoniales.

4.2. La seguridad jurídico-familiar

Dos cosas son palmarias: que para el padre y hoy en día para la madre, siempre ha existido un término para impugnar y que en cambio para el hijo, desde cuando a éste se le permitió impugnar, nunca ha tenido restricciones temporarias para ello. ¿Y esto por qué?, la respuesta que siempre se ha dado es que la ley ha querido que el estado de un hijo, que se presume legítimo, no permanezca por mucho tiempo en la incertidumbre, aspecto que no deja de ser paradójico, pues si de impedir incertidumbres se trata, el término debe operar para todos los interesados toda vez que no se encuentra lógico sostener que se borra la incertidumbre si se le otorga un término al marido y a la madre para impugnar, pero que la misma no opere cuando no se le otorga al hijo.

Igualmente se han dado los argumentos de que los procesos impugnatorios deben ser restrictivos con estribo en proteger “la estabilidad y seguridad del grupo familiar”, el “sosiego del matrimonio”, los cuales se ven seriamente afectados con un proceso impugnatorio de una paternidad. Se ha indicado que históricamente el legislador ha regulado el tema del estado civil y de la familia con precisión y cuidado sumos con el fin de proteger la propia intimidad que rodea su constitución y de atender a las realidades que en punto de los hijos genera su entorno y su propio desarrollo, tanto como para no haber permitido, a través de las épocas, que cualquier persona pueda acudir a los estrados judiciales para cuestionar una paternidad o maternidad propiciada en ese ámbito. Incluso ha establecido prohibiciones específicas para que, consumados ciertos hechos o vencidos determinados plazos, la situación jurídica se torne inexpugnable, y por consiguiente definitiva, motivo por el cual ha impedido, en línea de principio, que cualquier persona llegue a cuestionar un estado civil que viene consolidado de atrás, ni que pueda intentarlo cuando se le ocurra y en todo tiempo, por muy altruista que parezca o pueda ser el motivo aducido para desvirtuar una situación familiar en cuya construcción afectivamente se han afirmado lazos sólidos y definitivos²⁸.

En síntesis, la estructura de la impugnación paterna matrimonial se sustenta en la protección al sosiego doméstico, garantizar que la incertidumbre de la filiación no se prolongue demasiado tiempo, evitar el chantaje del marido, proteger tanto al niño como a la madre y, en general otorgar la estabilidad y seguridad del grupo familiar y para ello nada mejor que imponer causales, señalar legitimados e imponer caducidades en dicha impugnación.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de marzo del 2005, M.P. doctor César Julio Valencia Copete. Corte Constitucional, sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995, M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero. Luis Claro Solar. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las personas*. Tomo Segundo. Santiago de Chile. Imprenta Cervantes 1902. pp. 322-323. Mazeaud-Chabas. *Leçons de droit civil. La famille*. París. Séptima Edición. Montchrestien. 1995. p. 299

4.3. Restricción a la autonomía de la voluntad privada

Otro aspecto que ha estado subyacente en materia filiatoria es que aquí el postulado de la autonomía privada no tiene cabida como pasa a verse. En efecto, al definir el estado civil de una persona dice el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970 que "es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley" y que el mismo se caracteriza principalmente por: a) ser atributo de todas las personas, pues al tenor de la disposición recién citada, determina la capacidad de las mismas "para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones"; b) estar regulado por normas de orden público, como quiera que interesa a la sociedad en general, y por ende los preceptos legales que lo gobiernan no pueden derogarse por convenios particulares ni ser objeto de renunciaciones; c) estar excluido del comercio, y por consiguiente no puede comprarse ni venderse y menos transigirse, salvo en cuanto a los derechos patrimoniales que de él se derivan; d) como regula situaciones concernientes a la familia y a la sociedad, que en principio no puede modificarse por la voluntad individual, tampoco es susceptible de confesión (como si lo son los hechos que lo acreditan) a menos que se trate de casos de excepción legal, como acontece con el reconocimiento voluntario de hijo extramatrimonial, que evidentemente produce para quien lo realiza consecuencias jurídicas; y e) ser imprescriptible, porque salvo excepción legal ni se gana ni se pierde por el transcurso del tiempo.

Corolario obligado de la aludida incidencia del estado civil de las personas en el orden público y social son: la imperatividad de las leyes que establecen el régimen de aquel y la drástica restricción de la autonomía de la voluntad privada en este campo. En efecto, por la razón indicada, el legislador se ocupa en señalar pormenorizadamente los factores determinantes de dicho estado y su régimen, y a los particulares solamente se les permite la injerencia indispensable para la constitución del mismo, como en la celebración del matrimonio, el reconocimiento o la legitimación de los hijos extraconyugales; y la

realización de otros contados actos jurídicos de contenido patrimonial o predominante patrimonial.

Todo lo anterior significa, que cualquiera sea la fuente de la que provenga el estado civil, su incidencia sobre el orden público y social ha determinado que sea la propia ley y nada más que ella la que regule sus efectos jurídicos, al punto que, el principio que campea en el ámbito del derecho patrimonial y, según el cual 'a los particulares les está permitido todo lo que no les está prohibido', en punto del estado civil y de su régimen legal, la injerencia de la voluntad privada se gobierna por el principio contrario: a ella le está vedado todo lo que no le está expresamente autorizado.

En ese orden de ideas, es preciso advertir que si la ley regula de manera sistemática e integral los efectos jurídicos del estado civil, a sus disposiciones tienen que sujetarse funcionarios y particulares, lo que implica, por ende, que a su normatividad también están sujetas las acciones judiciales orientadas a suprimir la filiación aparente o irreal, pues dichas acciones tienen directa incidencia sobre éste, e interesan desde luego al orden público y social, lo que excluye la autonomía de la voluntad, la misma que en otros terrenos constituye la base esencial del derecho privado, aspecto que inclusive está elevado a mandato constitucional, comoquiera que el artículo 42 de la Carta Política expresa en su postrer inciso que "La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes". Los particulares, por lo mismo, no pueden manejarlo a su antojo; antes bien, no les queda sino aceptar los dictados de ella.

Corolario es que la impugnación de la paternidad ha tenido a través de los tiempos unas causales, unos legitimados para hacerlo y unos tiempos para incoarla y ello debido a que no cualquier persona, por cualquier motivo y cuando lo desee puede elevar una pretensión impugnativa, toda vez que de por medio se encuentra la estabilidad de un estado civil que no puede quedar a la incertidumbre, exponiendo la seguridad jurídica de la familia a pleitos inmorales y evitando que una cuestión que tanto interesa al orden social quede al des gaire o

al antojo de los particulares, por lo que es el legislador el que debe señalar los derroteros a seguir en dicha materia.

Por último y para robustecer nuestra apreciación de que el sistema colombiano siempre ha sido cuadriculado en materia filiatoria, basta con poner de presente que la impugnación paterna siempre fue casuista hasta la aparición de la Ley 1060, pues hasta ésta, padre e hijo solo tenían cuatro causales para impugnar y cualquier marco fáctico que estuviera por fuera de ellas no servía para fundar una pretensión impugnaticia. Hoy, con la novísima ley, tal sistema casuista desapareció como era de esperarse, pues con pruebas científicas tan contundentes como la del ADN, realmente la prueba del vínculo filial está casi deferida al perito y no al juez.

En síntesis: el sistema jurídico colombiano ha sido tan restringido en cuanto a la impugnación de la paternidad matrimonial como ha quedado visto y varias son las circunstancias que se pueden plantear para responder esta pregunta. La primera la constituye la importancia y preeminencia que del matrimonio se ha hecho en nuestro medio, trascendencia de marca mayor en épocas pretéritas en donde incluso, nuestro código fue terminantemente restrictivo a la posibilidad de determinar el origen genético de los sujetos cuando se trataba de los llamados hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos²⁹. Como segunda circunstancia se puede indicar que en nuestro medio se ha procurado evitar que la voluntad de cualquier interesado pueda llevar sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una

²⁹ El artículo 52 del Código Civil, disponía: “Los hijos ilegítimos son naturales o de dañado y punible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos” y eran todos aquellos hijos cuyos padres, en el momento de la concepción, no podían contraer matrimonio entre sí por existir un impedimento que, a consideración del legislador, no podía obviarse y se clasificaban en adulterinos e incestuosos a quienes les estaba vedado establecer jurídicamente su paternidad.

determinada relación de parentesco³⁰. En tercer lugar, nuestro legislador ha querido proteger a la seguridad jurídico familiar y por ello los plazos tan breves para impugnar han sido estimados como protectores de dicha institución, lo que traduce en que no cualquier persona puede entrometerse en asuntos de suyo tan de íntima raigambre familiar, y con sustento en dicho principio existieron causales tan específicas para impugnar. En suma, cuando un menor de edad tiene consolidado su estado civil, se ha dicho que ello conlleva a que con carácter permanente, tenga un hogar donde se le brinde cariño, cuidado, protección y seguridad económica, social y emocional, así como lo esencial para un crecimiento y desarrollo saludable; y tan fuerte ha sido el interés social de protección a la familia que la presunción de la concepción estuvo elevada a rango de derecho, repulsando prueba en contrario. Por eso se señalaba que “el legislador, con el fin de evitar pleitos y proteger mejor la familia legítima impone una presunción irrecusable aun en el caso de que la prueba en contrario fuese fácil”³¹.

El siguiente paso es determinar como se concibe en la actualidad a la filiación y si cuando se alude a que es un derecho fundamental se hace referencia al nexo biológico o al nexo afectivo.

5. Derecho fundamental a saber con certeza quienes son los padres

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

³⁰ La Corte Suprema de Justicia, en casación de 21 de marzo del 2005, con ponencia del doctor César Julio Valencia Copete, ha reiterado la que siempre ha sido su doctrina “...históricamente el legislador ha regulado el tema del estado civil y de la familia con precisión y cuidado sumos a fin de proteger la propia intimidad que rodea su constitución y de atender a las realidades que en punto de los hijos genera su entorno y su propio desarrollo, tanto como para no haber permitido, a través de las épocas, que cualquier persona puede acudir a los estrados judiciales para cuestionar una paternidad o maternidad propiciada en ese ámbito. Incluso ha establecido prohibiciones específicas para que, consumados ciertos hechos o vencidos determinados plazos, la situación jurídica se tome inexpugnable, y por consiguiente definitiva”.

³¹ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés*. T. I. Las personas, Estado y capacidad. Edit. Cultural S.A. Habana, Cuba. 1945. p. 575.

humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad, uno de los cuales es la filiación. En éste orden de ideas, toda persona tiene el "derecho a reclamar su verdadera filiación", pero no como un elemento puramente formal, sino con 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 estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad.

Ahora bien, el derecho al establecimiento de la filiación real, no aparece, de manera expresa, en nuestra Carta Política, pero se ha equiparado jurisprudencialmente el derecho a la personalidad jurídica (C.P., art. 14) con el derecho a la filiación, conceptuado como el derecho esencial del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural al ser humano en la que esta involucrada la dignidad de la persona. El empeño en establecer la propia filiación es inherente a la persona y la definición que se haga de ella por las vías legales confiere certidumbre, indispensable para que se consoliden en cabeza del hijo y de los padres los derechos y deberes de contenido patrimonial y moral que el ordenamiento jurídico ha previsto.

Específicamente nuestra jurisprudencia constitucional ha dicho:

“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 (...) dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho de acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real. (...) Por consiguiente, si una persona sabe que es hijo extramatrimonial de otra, sería contrario

a la Constitución que se le obligara jurídicamente a identificarse como hijo legítimo de un tercero”.³²

Consecuente con lo anterior, las personas tienen un verdadero derecho a reclamar su “verdadera filiación”, a saber quiénes son sus padres, pero este no es un derecho absoluto, pues siempre está de por medio que sea “en la medida de lo posible”, expresión que encontramos en varios pronunciamientos judiciales como el acabado de citar e igualmente en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos³³, lo cual traduce que no siempre es posible llegar a un conocimiento cierto acerca de un vínculo filiatorio, pero por lo menos, el derecho, debe procurar que eso suceda estableciendo mecanismos adecuados (no restrictivos) para posibilitar ese acceso, y así el posterior reconocimiento jurídico del vínculo filiatorio. En ese sentido, se debe también impedir que el establecimiento de obstáculos formales imposibilite o dificulten gravemente el acceso a ese conocimiento.

Pero miradas las cosas a la inversa, claro resulta que también es de interés de los progenitores establecer jurídicamente que en efecto gozan de esa condición respecto de determinada persona, no solamente para los fines de cumplir con sus propias obligaciones sino por la natural inclinación a brindar a sus hijos cariño y apoyo, y aun para definir igualmente los derechos que la ley les otorga sobre la persona y el patrimonio de aquellos. También los padres pueden heredar a sus hijos, en las condiciones previstas por la ley y en las circunstancias que ella contempla, y tienen derecho a reclamar alimentos. Así como el hombre tiene el deber de asumir su paternidad, así mismo tiene el derecho a no asumirla cuando es falsa.

³² Corte Constitucional, sentencia C-109 de 15 de marzo de 1995, M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero.

³³ En ese sentido, cabe mencionar que en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante la Ley 12 de 1991, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, se consagra el derecho al reconocimiento del estado civil de las personas desde el momento de su nacimiento. Dice el primero de estos convenios, en su artículo 7º: "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"

La desaparición del poder paterno sobre los miembros de la familia coloca las relaciones de los adultos en un escenario signado por la horizontalidad en el cumplimiento de los deberes paternos, pero así mismo también en los derechos. La “legitimidad” ya no es un valor que caracteriza a una “buena familia” ante la sociedad: mujer y hombre asumen socialmente su calidad de padres, por el solo hecho de serlo, independientemente del tipo de unión que ellos han acordado para sí. La paternidad responsable se convierte, entonces, en un imperativo ético, que se construye dejando al margen cualquier categoría discriminante para los hijos. Por lo dicho, desafortunado resulta que no tengamos consagrado un derecho fundamental en beneficio del padre de que él también tiene derecho a saber con certeza quienes son sus hijos ya que nada justifica que en una misma relación jurídica con un mismo objeto, para uno de los extremos la averiguación de su filiación sea un derecho fundamental al paso que para el otro extremo no.

6. Filiación real y filiación jurídica

Ahora bien, aspecto de medular importancia resulta establecer si cuando se alude a que es un derecho fundamental de toda persona establecer su filiación, ella se sustenta sobre una base biológica o sobre una base jurídica. Veamos más detenidamente este desdoblamiento.

6.1. La filiación es igual a vínculo biológico

Desde este punto de vista, en el ámbito del derecho de filiación, el derecho de identidad personal describe primordialmente la facultad de la persona humana por conocer el origen de su propia vida, además de la pertenencia a una familia individualizada, leído corrientemente como “tener una familia”. El derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes, responde al interés superior de todo hombre a saber lo que fue antes que él, de dónde se sigue su vida, qué le precedió generacionalmente –tanto en lo biológico como en lo social–, qué lo funda y que hace de él un ser irrepetible. Este derecho a la verdadera filiación con todas sus derivaciones y el derecho a la identidad personal, demandan que las

normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo. Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica dan vuelta a la cara y miran para otro lado y resulta de vital importancia la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento de su verdadera identidad al niño³⁴. Es opinión de Françoise Dolto lo siguiente: “...espero que quede bien aclarada la importancia de decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla. La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse”³⁵, modo de pensar al que se suma en Díaz de Guijarro, quien expresa de un modo categórico que, “es imposible que se admita un vínculo jurídico sin que preexista el vínculo biológico: la ley puede restar efectos a la realidad; pero no atribuir realidad”³⁶. El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer. Maternidad y paternidad deben construirse y consolidarse en beneficio del hijo, por lo que debe primar la realidad biológica “independientemente del hecho de que ese padre o madre estén juntos durante la gestación y durante el prolongado lapso necesario para su crianza y educación”³⁷.

³⁴ El Tribunal Supremo Español, en sentencia de 30 de enero de 1993 referente a la impugnación de la presunción de paternidad matrimonial, establece que el interés “tanto del hijo a la verdad biológica como de la esposa, manifestado allanándose a la pretensión del marido, amén de la paz familiar, tan frecuentemente invocado en pro de mantener, pasado en cierto tiempo, la situación paterno-filial creado por la presunción legal de la paternidad, abonan en el supuesto contemplado la impugnación, ya que la tan deseada pacificación, en modo alguno, puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una actuación fraudulenta y como tal –C.C., art. 6.4– contraria, desde su origen, a derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas, produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de imperar la aplicación de las normas –C.C., arts. 3.1 y 2º– impiden desconocer, desde aquel artículo 39.2 de la Constitución española, ignorado, si es que se concluyese en la prevalencia de la presunción *pater is est*, pese a que no se corresponda con la realidad”.

³⁵ DOLTO, Françoise. *La causa de los niños*. Buenos Aires. Paidós. 1986. p. 20.

³⁶ DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires. Tea. 1953. pp. 20 y 21.

³⁷ AZPIRI, Jorge O. *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires. Hammurabi. 2001. p. 120.

Para esta corriente resulta falaz acudir al argumento de la intimidad familiar para impedir auscultar la verdad biológica pues engendrar un hijo es una acción privada solo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí que concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad –ni el padre, ni la madre, ni ambos en común– puede alegarse para frustrar los derechos del hijo –ni durante su gestación, ni después de nacido. Y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo. Además, no se puede descartar que la falta de vínculo biológico, con pleno conocimiento de ella, no es más que un fraude de ley. Así, si el marido tiene plena convicción de que el hijo engendrado por su esposa no es hijo suyo, y quisiera asumir la paternidad, sería conveniente que inste un procedimiento de impugnación de filiación matrimonial y proceda a solicitar la adopción. Este principio de la paz familiar no puede ser sostenido desde un formalismo, sustentado sobre una actuación fraudulenta y contraria, desde su origen, a derecho y no parece razonable que un ámbito de diálogo tan decisivo como el de la comunidad familiar pueda defenderse sino con la verdad, o con el debate de la verdad. Nada se defiende ocultando la verdad, porque hay otra verdad: la que dice que, si acaso dentro de un matrimonio se infiltra como hijo de la pareja un ser humano que biológicamente es hijo de otro padre, lo que perturba al matrimonio, a la familia, y a la paz familiar es la conducta del cónyuge que tuvo un hijo con una mujer que no es su esposa y ese hecho ya consumado no se borra ni se remedia con esconder el resultado y dar vuelta la cara a la realidad. La sinceridad no puede ser esquivada por la ley.

En síntesis: no se deben olvidar las implicaciones futuras que para el niño no deseado tiene nacer bajo extremas condiciones adversas. La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir. Las personas tienen el derecho a vivir dignamente. Obligar al marido a que acepte lo que no es suyo, en vez de lograr paz familiar lo que conlleva es que ese menor crezca en condiciones afectivas, sociales o económicas manifiestamente hostiles, las cuales, de antemano, condenan a ambos –madre e hijo– a una vida de infelicidad, inconciliable con el principio de la dignidad humana. El derecho a preservar la identidad

personal como identidad filiatoria o genética es común a toda persona y no solo privativa de los niños. El menor para acceder al señorío reflexivo desde el principio de su existencia, debe conocer su identidad con certeza absoluta para así desarrollar su vida y de esta forma se estaría velando el interés supremo del mismo. Lo que significa decir que la persona para desarrollarse como tal debe conocer sus orígenes en forma veraz y sin resquicio de duda. La duda supone en todo individuo un "hueco", un "vacío" que quizás no le alcanza la vida para llenarlo.

6.2. La filiación como vínculo cultural y social:

Para esta corriente se estima insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación, aunque estemos fuera de los supuestos de la figura adoptiva. En este sentido, resultan discutibles las posturas biológicas extremas esbozadas por algunos autores. Con dichas tesis, quiérase o no, se degrada la naturaleza del hombre a su sola esencia animal desconociendo que la criatura humana constituye fundamentalmente un ser cultural y social. Por lo demás, constituye una verdad que la libre investigación de la paternidad que rige en el mundo actual no lleva de la mano imponer dogmáticamente el hecho de la procreación como única fuente de la filiación³⁸.

Claro está que la búsqueda de la verdad deber ser admitida sin ambages. Su ocultamiento es un acto de deshumanización porque aquella tiene un valor estructurante y es deseada inconsistentemente por el niño que reclama la autenticidad de su esencia filiatoria³⁹. Empero, adviértase que existe – al lado de la biológica - otra verdad que no podrá ser ignorada: la sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. Teniendo como venero lo anterior, expresan varios autores, que la cuestión biológica no es la única que interesa al derecho de filiación, sino que este combina la naturaleza y cultura; de manera que en el vínculo filiatorio subyace una institución social.

³⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, Jorge A. *Curso de derecho de familia*. T. II. Madrid. Civitas. 1988. p. 70.

³⁹ DOLTO, Françoise. *La causa de los niños*. Buenos Aires. Paidós. 1986. pp. 121, 158, 162, 333 y 385.

Jugará entonces un papel preponderante el real interés del niño que hace a la llamada “filiación” querida y vivida por el sujeto y su entorno; vale decir, las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hechos, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que Zannoni denomina la “faz existencial y dinámica”⁴⁰.

Esta doctrina rechaza la idea de que el principio en filiación, al menos, en cuanto a la determinación de la paternidad, sea el respeto a la verdad biológica; es decir, niega que los aspectos psicológicos y culturales solo desempeñan un papel excepcional. En el marco de esta concepción se asevera que no es deseable elevar a la categoría de postulado organizador la afirmación de que el padre jurídico deba ser el progenitor del niño. Al atribuirse al semen, en todas las variantes filiatorias, un mero valor instrumental, desechan el criterio de convertir al pleito de filiación en un juicio puramente biológico y se concluye, entonces, que la relación paterno-filial tiene como sustento esencial y definitorio razones de profunda comunicación intelectual y moral⁴¹.

He ahí la tensión que se plantea en nuestros días en materia filiatoria: una corriente señala que la filiación debe estar sustentada en el dato genético y otra corriente señala que es preciso considerar los aspectos psicológicos y culturales para determinar una relación filiatoria. En Colombia, hasta antes de la ley 1060 de 2006, la jurisprudencia era de la opinión que no podía considerarse, sin más, que las pruebas científicas alcanzaban para derribar las barreras que en el plano jurídico habían sido implantadas para preservar esa compleja situación emergente de la realidad de la vida familiar, incluidas en ellas, claro está, los términos de caducidad y la restricta legitimación que se otorga a las personas en los delicados asuntos del estado civil de las personas. Para la Corte Suprema de Justicia, las razones que inspiraban la presencia de términos relativamente cortos para invocar la

⁴⁰ HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Daniele. *La famille fondation et vie de la famille, en traite de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin*. LGDJ, París, 1991. pp. 185 y 186; ZANNONI, Eduardo A. *Adopción plena y derecho a la identidad personal*. LL, 1998.

⁴¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, Jorge A. *Curso de derecho de familia*. T. II. Madrid. Civitas. 1988. p. 72.

impugnación no estribaban en privar prontamente de oportunidad a los afectados para promoverla, sino en procurar dentro de un contexto de la realidad humana y social la estabilidad de la familia, la preservación del ámbito de intimidad que la circunda, el apoyo en la construcción de los nuevos seres humanos cuya existencia se da en ese mismo contexto, e incluso bajo la consideración del campo afectivo⁴². Actualmente y desde el 26 de julio de 2006, si bien se le da preeminencia al vínculo biológico como norte en materia filiatoria, ello tampoco puede considerarse como un principio absoluto, pues no de otra manera se justifica que aún siga existiendo un término de caducidad para el padre y la madre que quieran impugnar una paternidad, sino que además la legitimación no se le otorga a todo quien posea un interés en dicha impugnación, pues únicamente se le ha dado al hijo, a la madre y al padre, pero por otra parte tampoco existe de la normatividad imperante, que reluzca de manera clara y contundente la corriente sociológica, pues en ningún momento se le hace honor a la relación vivida entre el padre y el hijo para impedir que salga airoso una impugnación paterna cuando a la mano esta la prueba científica que la desecha.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de enero del 2005, M.P. doctor Silvio Fernando Trejos Bueno.

SEGUNDA PARTE

Análisis crítico del sistema impugnatorio de la paternidad matrimonial

Es un hecho natural y biológico que tradicionalmente todo ser humano es el fruto de relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, lo que trae de la mano la obviedad de que toda persona tiene un padre y una madre con los efectos jurídicos que ello conlleva. En Colombia, como en la mayoría de las legislaciones occidentales, la regla de oro sigue siendo que los hijos de mujer casada tienen por padre al marido y si resulta que el padre del hijo de mujer casada no es el marido, debe acudir a un proceso judicial tendiente a impugnar dicha presunción. El propósito del legislador del 2006 mediante la ley 1060 fue la de acompasar la normatividad vigente con los avances científicos, pues claramente se señaló en los debates que “Actualmente los descubrimientos científicos tecnológicos vienen aportando una valiosa información que ha producido cambios estructurales y jurídicos dentro de la sociedad a nivel mundial; una de ellas ha sido el aporte de la prueba genética de ADN, este soporte médico científico ha generado importantes cambios jurídicos sustanciales, hasta el punto de modificar y actualizar los códigos civiles de diversos países, especialmente lo relacionado con el derecho de familia, de manera concreta en el tema que corresponde a la impugnación de la presunción paterna y materna”⁴³. Lastimosamente debo indicar que la institución de la filiación y concretamente de la impugnación de la paternidad no ha recibido el estudio y la importancia que se merece y prueba fehaciente de ello es que la Ley 1060 no fue fruto de una política pública, sino que la misma tuvo su génesis en lo que le ocurrió a un amigo del político llanero Ómar Armando Baquero Soler, promotor de la ley, quien con prueba científica en mano no pudo desvirtuar una presunción de paternidad matrimonial por cuanto que el instituto de la caducidad de dicha acción se lo impidió, debiendo asumir una paternidad que no correspondía con la realidad e igualmente de los debates que se le imprimieron al proyecto ante el Congreso se infiere un total

⁴³Gaceta del Congreso N° 104 del 9 de mayo del 2006.

desconocimiento y hasta cierto temor en abordar el tema por parte de nuestros legisladores⁴⁴.

No obstante lo anterior, desde el 26 de julio de 2006, la impugnación de la paternidad matrimonial se sostiene en cuatro pilares fundamentales:

1. Abandono del casuismo.
2. Límite temporario para que marido y madre impugnen mientras que al hijo no.
3. Preeminencia de la verdad biológica.
4. No todo interesado puede impugnar.

Veamos, entonces, la plausibilidad o no de nuestro sistema, abordando de una manera crítica estos pilares.

1. El casuismo

Hoy por hoy, cuando de la impugnación de la paternidad matrimonial se trata, la misma debe estar apuntalada en un solo tema de prueba: demostrar que quien pasa por padre realmente no lo es, tal cual lo consagró la ley 1060 de 2006 y no hay nada más bondadoso que ello. El sistema que imperó en nuestra legislación hasta el 26 de julio de 2006, se caracterizó por ser demasiado restrictivo, que no reflejaba la realidad científica al contemplar como causales de impugnación hechos por probar y que no era mas que una modalidad de lo que se ha denominado el sistema de la tarifa legal, en virtud de la cual, el

⁴⁴ La senadora María Isabel Cruz Velasco, en determinado momento de la discusión del proyecto señaló: “...pero yo también quisiera contarles una anécdota porque pues ustedes saben que este es un proyecto de iniciativa parlamentaria y es el Senador Vaquero que, el Representante Vaquero, que porque él empezó a trabajar en un proyecto como este, Senador Darío. Precisamente porque un amigo suyo, su mujer le es infiel y tiene un hijo de otro hombre y usted se puede imaginar el conflicto de una familia cuando eso sucede, entonces de ahí pues esta es una iniciativa sobre todo muy humana que beneficia con mucha claridad la sociedad colombiana para evitar este tipo de problemas y sobre todo darles una solución”. Gaceta del Congreso N° 26 del 30 de enero del 2006.

funcionario judicial debía encajar los hechos en cierto molde, y en caso de faltar el molde, rechazarlo como verdad, olvidándose que así como el hombre tiene el deber de asumir su paternidad, así mismo tiene el derecho a no asumirla cuando es falsa. Las causales imperantes prácticamente tenían como común denominador el adulterio de la mujer, habida cuenta que quien a elevar una pretensión de dicho tenor llegaba, no otra cosa estaba haciendo que plantear que su mujer no cumplió con sus deberes de cohabitación y fidelidad. Pero no le bastaba al marido demostrar el adulterio porque infringir el deber de fidelidad no traducía per se a que el marido no tuviera relaciones sexuales con la infiel y por lo mismo, no se podía descartar de la sola infidelidad que el marido no fuera el autor del embarazo y por ello era que la ley indicaba que el solo adulterio no era suficiente para destruir la legitimidad del hijo. Dicho de otro modo, la demostración del adulterio apenas si despertaba la duda de la verdadera paternidad y, en tales condiciones, existiendo aún la probabilidad de que el marido fuese el padre de la criatura habida por la mujer, puesto que podría suceder que la mujer, de manera coetánea, por la misma época hubiere sostenido relaciones sexuales con el cónyuge y con otro u otros varones, la ley tomaba partido en favor de la presunción de paternidad matrimonial.

Pero si lo anterior constituía una prueba diabólica para el impugnante, la situación alcanzaba linajes incomprensibles toda vez que el artículo 223 del Código Civil, establecía que “No se admitirá el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio”. Es decir, el artículo 215 del Código Civil permitía impugnar la paternidad por el adulterio cometido por la madre del hijo durante la época de su concepción pero a su vez el artículo 223 del Código Civil, desechara la versión de la madre que declara su adulterio. En la primera norma el adulterio de la madre se volvía tema de prueba y en la segunda no se le creía su versión, porque se sostenía que cuando una mujer admitía un adulterio, herida quizá por la gravedad de una falsa acusación, era muy probable que acabara echándose encima una infidelidad no cometida, movida por un ánimo vindicativo, tal como se hizo notar en las Partidas que sirvieron de antecedente a la codificación española, al preceptuarlo, así: “Ensáñanse las mujeres a lo vegadas tan

fuertemente, que por despecho que han de sus maridos dicen que los hijos que tienen en los vientres, o que son nacidos, que no son dellos, mas de otros” y por ello a los ojos de la ley se trataba de un testimonio en extremo sospechoso.⁴⁵

Si bien resultaba claro que adosar el adulterio ante los estrados judiciales vulneraba el derecho de la mujer a su intimidad personal puesto que no existía interés público ni privado alguno que justificara que una conducta íntima se ventilara en los estrados judiciales, la Corte Constitucional tuvo un modo de pensar diferente, pues consideró que impugnar la paternidad del hijo nacido de mujer casada no lesionaba en manera alguna el derecho a su intimidad, pues el cumplimiento del deber de fidelidad que impone el matrimonio quedaba cuestionado desde el momento mismo en que el marido se decidía a promover el proceso, actitud esta que normalmente no se asumía por el varón sino en casos excepcionales, cuando, a su juicio, existían motivos suficientes para llevar el asunto a los estrados judiciales, recordando que todos los derechos tienen como límite necesario los de los demás, razón esta por la cual no podría oponerse el de la mujer a que su conducta sexual no se discutiera en público, con el del hijo de saber quién, en realidad, es su padre; ni tampoco podría exigirse al marido que, además de soportar la infidelidad de su cónyuge, quedara privado de aducir entre otras pruebas el adulterio de la mujer para que no se le tuviera por padre de hijos que no son suyos⁴⁶.

Frente a este panorama, el legislador del 2006, aplicando un principio elemental en derecho –el de que no se puede ir contra la naturaleza de las cosas – acertó al excluir de las causales de impugnación de la paternidad, aquellas que afectaran la reputación de la madre, abandonando el criterio casuista para impugnar, señalando dos casos como enervantes de la presunción de paternidad: que se “demuestre por cualquier medio que él no es el padre “

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto del 2001, M.P. doctor Manuel Ardila Velásquez.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1492 de 2 de noviembre del 2002, M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra.

(numeral 1 del art. 214 del C.C. en la redacción del art. 2 de la Ley 1060) y cuando “mediante prueba científica se desvirtuó esta presunción” (numeral 2 ibidem)

2. La caducidad

Recordemos tres ideas básicas: la primera que el marido y la madre del hijo tienen un término para impugnar la paternidad matrimonial que es de 140 días; la segunda que el término comienza a contabilizarse desde que se sabe que no se es padre; y la tercera que el hijo no tiene término de caducidad. Sin lugar a dudas la Ley 1060 de 2006 solucionó el grave problema que existía en el término impugnatorio que no era siquiera la cortedad del mismo (60 días) si no la injusticia en su cómputo, pues el mismo empezaba ineluctablemente desde el conocimiento del nacimiento, aspecto que era irracional, pues el parto no nos indicaba quién era el padre. Común y corriente era que el marido se enterara años después que él no era el padre biológico, ora porque la madre lo decía, o un tercero, o generalmente, el padre biológico lo sacaba a la luz pública, situación que generaba que el marido no pudiera hacer nada, pues siempre se le enrostraba el argumento de la seguridad jurídica⁴⁷. La cultura de la violencia intrafamiliar era la consecuencia obligada de dicha caducidad, pues pretender que un padre tuviera que serlo por la fuerza para amparar la seguridad de la familia, era caer en la ingenuidad, porque a buen seguro, un hombre en tales circunstancias resultaba un maltratador hacia la madre, al propio hijo y comenzaba a eludir su patrimonio de tal manera que sus bienes no fueran a pasar a quien ostenta la calidad de

⁴⁷ Dicho término de caducidad fue respaldado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, al decir que "por la especial gravedad que para el ejercicio de los derechos emanados de las relaciones de familia y para la estabilidad y seguridad que entraña el desconocimiento del estado civil que una persona viene poseyendo, el legislador ha señalado plazos cortos para las acciones de impugnación"; agregando que "como el estado civil, que según el artículo 346 'es la calidad de un individuo en tanto lo habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones', no puede quedar sujeto indefinidamente a la posibilidad de ser modificado o desconocido, por la incertidumbre que tal hecho producía respecto de los derechos y obligaciones emanados de las relaciones de familia, y por constituir, como ya se dijo, un atentado inadmisibles contra la estabilidad y unidad del núcleo familiar. El legislador estableció plazos perentorios dentro de los cuales ha de intentarse la acción de impugnación, so pena de caducidad del derecho respectivo" Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 25 de agosto del 2000, M.P. doctor Nicolás Bechara Simancas.

un hijo falso y éste estaba sometido a la situación ominosa de una paternidad falsa y a la del desconocimiento de su verdadera filiación, en muchas de las veces, ausente de cariño, cuidado, protección y seguridad económica, social y emocional, así como lo esencial para un crecimiento y desarrollo saludable y esto, frente al argumento de seguridad jurídica familiar, resulta como el todo o nada.

Como la caducidad es una figura que permite rechazar de plano una demanda (art. 85 del C.P.C.) y además el juez está en la obligación de reconocerla en la sentencia aún de manera oficiosa (art. 306 ibidem), cierto fue que muchos de los pleitos sobre impugnaciones de paternidades siquiera pasaron el umbral de la demanda y cuando ello ocurría en muchas ocasiones las pretensiones eran negadas con estribo en dicha caducidad. Tan devastador fue el efecto de la figura que el legislador de 2006, en el párrafo transcrito de la ley 1060, dispuso pasar aun por sobre la cosa juzgada para señalar tempestivamente que “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 decidida adversamente por efectos de encontrarse caducada la acción, podrán interponerla nuevamente y por una sola vez”

Hoy el término ya comienza a contabilizarse es desde que se sabe que no es padre. Nada más racional, lógico y jurídico. Quedan cerradas las puertas a aquellas críticas que señalaban que para evitar el término fatal, todos los maridos debían hacer pruebas biológicas a los hijos nacidos de sus esposas antes de los 60 días para evitar las consecuencias legales de una paternidad incierta. Empero y todo ello, es mi parecer que nada justifica que el marido tenga un término al paso que el hijo no. Debo indicar que me parece correcto que la legislación de familia, en cuanto se refiere a la filiación, sea especialmente protectora de los derechos de los hijos menores, quienes se encuentran en una situación de debilidad, pero merecedora también de una tutela reforzada, ya que sobre todo tratándose de hijos que pretenden establecer una relación filiatoria, generalmente se enfrentan a situaciones de doble moral o a situaciones filiales de clandestinidad, que no parecen justificar el que por razones de seguridad jurídica se precluya la posibilidad de accionar judicialmente en procura de la

definición del estado filiatorio. Pero en cuanto a imponerle un término al marido y a la madre, me parece que irremediamente conduce a una contradicción porque si impugnar una paternidad puede conducir a un atentado contra la seguridad jurídico-familiar, simplemente o se debería abolir la figura de la impugnación de la paternidad o permitirle al padre, a la madre y al hijo confutar una paternidad en igualdad de términos. No aparece muy plausible sostener que si el hijo impugna en cualquier momento ello no atenta contra la seguridad familiar, pero que ello sí ocurre cuando el marido lo hace. Y verdad de Perogrullo resulta que así como los hijos tienen el derecho fundamental de saber quién es su progenitor, igualmente el padre tiene derecho a saber si lo es o no del hijo que se le imputa.

La trascendencia de la familia como elemento fundamental de la sociedad amerita un tratamiento especial en el derecho sustancial y adjetivo desde la óptica de los derechos y deberes consagrados en normas constitucionales y en las incorporadas por las declaraciones y tratados pertinentes. Cuando el ejercicio de derechos fundamentales se produce en la órbita familiar, incuestionablemente nos estamos refiriendo a derechos humanos y que éstos gozan de tutela a nivel constitucional. La trascendencia de ésta nueva visión del derecho de familia influye en el desarrollo integral de las personas, en lo individual y en lo social. Dentro de este marco, el ejercicio de las facultades reconocidas en el Derecho de Familia supone el respeto de la libertad, primer y fundamental derecho humano que diferencia al hombre de otros seres, lo hace responsable de sus propios comportamientos y responde a la inalienable dignidad humana, que no admite categorizaciones, según los artículos 1,2,3 y 6 de la Declaración Universal de los Derechos humanos. Sin embargo el ejercicio de la libertad no es absoluto y suele encontrarse acotada la disponibilidad de ciertos derechos más que en otros pero, ni aún así, es posible considerar adecuada a las normas constitucionales, la imposición de limitaciones apriorísticas y abstractas y la creación arbitraria de obstáculos procesales para el ejercicio de derechos ya reconocidos. Nos preguntamos, ¿Puede ejercerse la libertad de mantener o impugnar el estatus familiar del

hijo si impide la investigación judicial de la realidad biológica después de transcurrido el lapso señalado por la ley?

No alcanza para tener por coherente y ajustado a los derechos constitucionales, afirmar que imponerle un plazo de caducidad al marido y a la madre, con ello se ampara la unidad familiar, la paz domestica o el valor institucional de la familia matrimonial. Es necesario recordar que, el marido no es alguien extraño a la familia lo que podría alterar su paz. El marido es justamente un protagonista de una familia matrimonial. Lo que la acción de impugnación procura es demostrar si la relación padre-hijo se asienta en vínculos de sangre reales. No es razonable reconocer al marido y presunto padre esta potestad de indagar sólo por un término en tanto para el hijo no existe el término porque lo puede hacer en cualquier tiempo. La limitación temporal para el ejercicio de la acción no pesa sobre el hijo pero para el padre si y ello afecta un derecho fundamental, la igualdad ante la ley⁴⁸. La titularidad y el ejercicio de los derechos potestativos reclama el mismo respeto para ambos términos de la relación filial por ser esencialmente recíproca, sin que esto se vea afectado por los diferentes roles que toca desempeñar a padre e hijos. En efecto, la igualdad y el derecho a no tener un trato discriminatorio gozan de la máxima protección en nuestro sistema constitucional y aquí la diferencia de trato es ostensible pues, aunque ambos sujetos están unidos por el mismo vínculo jurídico paterno filial, a un término de la relación (al hijo) se le permite indagar indefinidamente si ésta coincide con la realidad biológica, y al otro (el padre), no se le admite ejercer la misma acción más que por un exiguo plazo (140 días)

Se podría argüir en contra que el diferente trato no viola el principio de igualdad porque la ley no tiene por qué regular de manera uniforme dos situaciones que son tácticamente diversas, la del marido y la del hijo y que el establecimiento de un término para que los padres impugnen mientras que para el hijo no existe término, no puede ser entendido como una discriminación en contra de los progenitores sino como una regulación diferenciada de

⁴⁸ Art. 13 de la Constitución Nacional; arts. 1,2,7 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica.

hipótesis fácticas disímiles. A ello se contraponen que el hecho relevante desde el punto de vista constitucional es que las tres personas, madre, marido e hijo ostentan idéntico interés jurídico para poder impugnar la presunción de paternidad y que todos buscan desvirtuar una relación de filiación que los afecta, que ha sido presumida por la ley y que los relaciona al uno como padre y al otro como hijo. Se encuentran entonces en la misma situación jurídica, sin que importe que se sitúen en dos extremos diversos de la relación de filiación, por lo cual la ley debió darles el mismo trato. Por esa razón, creo que el marido y la madre deberían tener las mismas oportunidades para rebatir la presunción de paternidad que el hijo tiene para impugnar su estatus. Por consiguiente, del mismo modo que todos los hijos son iguales ante la ley sin discriminación por razón de su origen, todo padre legal debe serlo igualmente ante la ley sin discriminación por razón de su circunstancia personal (C.P., art. 13), por lo que se le deberían brindar las mismas oportunidades para rebatir su título de determinación.

Y en verdad que tanto en el proyecto que culminó con la Ley 1060 como en los primeros debates que surtieron ante la Cámara de Representantes, el pensamiento fue abolir los términos de caducidad para impugnar la paternidad matrimonial, y así, en el proyecto original, este fue el modo de pensar de su autor “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”⁴⁹, aspecto que fue barruntado en la ponencia para primer debate cuando se argumentó que “Bajo los parámetros anteriores y en criterio del autor, el cual compartimos, contamos con un término de caducidad que se aleja de la aplicación de justicia, el cual no obstante, de contar con pruebas médico-científicas que desvirtúan las filiaciones, debe fallarse *a contrario sensu*,

⁴⁹ Gaceta del Congreso N° 472 del 26 agosto del 2004.

obligando por las leyes vigentes a que algunas personas respondan por alimentos de hijos que no son suyos y en forma injustificable, obligando a los hijos a llevar apellidos que no son de sus verdaderos padres biológicos”⁵⁰. Pero la polémica se agudizó para el segundo debate y surgieron dos corrientes: la primera, acogida en principio por el grupo de ponentes que propendía por la eliminación de cualquier término que condujera a la caducidad de la acción. Y la segunda, que defendía la existencia del término para efectos de seguridad jurídica y protección de los derechos del menor, lo que generó que los ponentes buscaran un punto intermedio que satisficiera a los defensores de ambas y que consistió en consagrar un término de caducidad de la acción, para efectos de generar la seguridad jurídica tan necesaria para efectos de la definición de la filiación de las personas, en 180 días⁵¹. Ya en el Senado de la República, el congresista Héctor Helí Rojas solicitó que se redujera el término de 180 días, por lo que para lograr consenso, el término se redujo a 140 que fue el que finalmente quedó⁵².

3. Las pruebas biológicas

La aparición de las pruebas biológicas que permiten determinar la paternidad de una manera tal que la misma confiere plena certeza, es sin lugar a dudas uno de los aspectos que mayormente han incidido en los cambios legislativos en materia filiatoria, pues aquello de que la paternidad es cosa imposible o muy difícil de probar y que por lo tanto la duda debe aprovechar al hijo, prevaleciendo casi siempre la presunción de paternidad matrimonial y que la verdad no siempre debe ser conocida, o más vale que no lo sea, son ideas que en la hora actual se encuentran superadas. Las ciencias biológicas han avanzado extraordinariamente y hoy puede probarse con seguridad indiscutible la no paternidad por lo que el derecho no puede ignorar tales conquistas, ni vivir de espaldas a la realidad científica del momento.

⁵⁰ Gaceta del Congreso N° 591 del 4 de octubre del 2004.

⁵¹ Gaceta del Congreso N° 223 del 2 de mayo del 2005.

⁵² Gaceta del Congreso N° 104 del 9 de mayo del 2006.

Con pábulo en dicha realidad es que ya no se justificaba mantener las causales para poder impugnar, pues basta con probar científicamente que quien pasa por padre realmente no lo es. Nada más pero tampoco nada menos. Con dicha realidad es que la presunción *pater is est*, si bien debe seguir operando, no debe serlo con la misma fuerza arrolladora de antaño, pues la misma es fácilmente enervable con la ayuda del perito. La verdad formal que supone toda la presunción de paternidad, debe ceder frente a la verdad real. Ya hoy el problema no es el misterio que rodea a la presunción de paternidad, la mirada debe estar fijada en otros problemas: verdad biológica a ultranza o armonizada con la verdad sociológica. Legitimación a todo interesado para descubrir dicha verdad o restricción para llegar a ella. He ahí los problemas actuales.

4. Los legitimados para impugnar

Nuestra legislación, hasta el 26 de julio del 2006, solo permitía impugnar la paternidad matrimonial al marido y al hijo y no a todo aquel que tuviera un interés, por lo que se planteaba el debate de determinar la plausibilidad de marginar a otros interesados en asunto de suyo delicado. Hablo aquí de la situación de la madre y del padre biológico. Afortunadamente la Ley 1060 del 2006, extendió este derecho a la madre, pero todo indica que dejó por fuera al padre biológico.

4.1. La madre

La restricción que se le impuso a la madre del hijo para impugnar la paternidad matrimonial, se encontraba sustentada en que desde antiguo, el adulterio era visto como inmoral y además porque se corría el riesgo de dar por establecido el adulterio cuando la mujer lo admitía, pues dadas las pasiones encontradas en esta clase de asuntos, su versión era objeto de reserva. En consecuencia, atinado resulta permitírsele a la madre acudir a impugnar la paternidad: tanto a defender su honor y la legitimidad del hijo, como a develar

la infidelidad, pero sin que ello implique que la legitimidad de los hijos quede abandonada a las pasiones de los padres. Los temores de antaño no son los de hoy.

Se reprocha que la presunción legal de paternidad recae sobre el marido y no sobre la mujer, puesto que su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, pero cabría contraponer que sin perjuicio de la individualidad del vínculo de filiación entre cada progenitor y el hijo, ambos vínculos establecen el núcleo básico familiar constituido por los padres y el hijo; de modo que el interés que justifica la acción de la madre para destruir el vínculo con quien, considera, no es el verdadero padre y poder así establecer el vínculo con el padre biológico se funda en la trascendental incidencia que ello tendrá en el contexto existencial de su vínculo con su hijo, en los múltiples y variados aspectos de la vida del hijo en los que se interrelacionan la voluntad de los actos de ambos progenitores. Pretender escindir los dos vínculos de filiación, como si se tratara de entidades ajenas, desprovistas de interdependencia, para negar el interés de la madre, significa desconocer el aspecto básico, el más elemental, de la vida de familia.

El art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece específicamente que los Estados Parte asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos y la determinación de la filiación constituye para la madre una de las “materias relacionadas con sus hijos” a las que alude la Convención y por lo tanto la madre encuentra resguardados sus derechos con lo prescrito por la ley 1060 para poder impugnar la paternidad presunta de sus hijos, pues a no dudarlo, cercenarle dicho derecho a la madre resulta arbitrario, por carencia de fundamento válido, y por tanto discriminatorio. El sentido común indica que si la madre decide actuar es porque existe un interés aún mayor que la impulsa a echar por tierra una ficción, al intentar dar al hijo su verdadero emplazamiento filial. Es decir, que lo que busca es resguardar el real vínculo familiar.

4.2. El padre biológico

¿Está el padre biológico legitimado para impugnar la paternidad del marido de la madre de su hijo? El caso se ubica en un campo altamente conflictivo y controversial del derecho filiatorio, en el que se confrontan diferentes intereses, que se apoyan en valores difícilmente compatibles: por un lado, la auténtica filiación de una persona, por el otro la paz y estabilidad familiar donde está insertado el menor que por lógica se vería afectada si se permitiese la irrupción del supuesto padre biológico y por otro los naturales deseos del padre biológico. En contra de la posición del padre biológico se podría argüir que él no está legitimado para impugnar ya que con ello se viola el derecho a la identidad del hijo y se atenta contra la preservación de los lazos familiares que hasta ahora los ha amparado; por lo demás, el derecho a la identidad reconoce sus límites, prevaleciendo en ciertos casos restricciones que favorecen la paz familiar por encima de la protección biológica. Un “nadie” no puede turbar la paz familiar de un grupo humano que, circunscrito a su entorno, vive feliz y armónicamente. En favor, se podría indicar que es necesario reconocer el derecho a la identidad del menor convirtiéndose la salvaguardia de esta en una obligación para el Estado. Es necesario permitir que la niña y su padre biológico establezcan los vínculos jurídicos que emanan del lazo consanguíneo.

Tres son las posiciones que encontré en el curso de la presente investigación, que se plantean para darle respuesta al interrogante enunciado.

4.2.1. Doctrina que sostiene la legitimación del padre biológico⁵³

Esta posición afirma que, en principio, la enumeración restrictiva de quienes pueden impugnar descartando al padre biológico contraría la garantía constitucional del “acceso a la justicia”, garantía de la que gozan todos los habitantes. “Detrás de todo embrollo

⁵³ BIDART CAMPOS, Germán. *Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación del menor*. LL 2002-C. p. 719.

legalista, –dice Bidart Campos–, se sitúa un tema fundamental y prioritario, cual es el de decidir si la legitimación procesal de quien insta una acción judicial queda única y exclusivamente a lo que establece la ley o si, por el contrario, la raigambre indudablemente constitucional de la legitimación no permite que el voluntarismo discrecional de la ley sea el que la otorga o la deniega. (...) La legitimación activa y pasiva es una de las cuestiones básicas del derecho constitucional a la tutela efectiva, razón por la cual la reglamentación queda subordinada al plano supralegal del bloque constitucional (...) El operador debe interpretar la legitimación procesal de modo generoso, de forma tal que ante la duda sería, ha de estarse a favor de la legitimación y no en su contra”.

La mayoría de los tratados de derechos humanos declaran la protección de la familia, reconocen a toda persona el derecho de constituir una familia y a recibir protección (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo VI; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17). Negar legitimación al padre biológico implica negar el derecho a establecer vínculos familiares y castigar a quien decide aceptar las consecuencias de sus propios actos aunado a que el vínculo paterno filial es recíproco y no puede reconocerse al hijo el derecho a saber quién es su padre sin admitir, al mismo tiempo, que el verdadero padre pueda lograr su emplazamiento legal.

4.2.2. Doctrina que niega la legitimación del padre biológico⁵⁴

Otro importante sector de la doctrina foránea justifica la restricción impuesta en perjuicio del presunto padre biológico con sustento en que la regla de la conveniente coincidencia entre filiación legal y biológica reconoce los límites que la ley ha impuesto, en mayor o

⁵⁴ Ver, entre otros, Méndez Costa, María J. *La filiación después de la reforma constitucional*. LL 1995-E-1034. La jurisprudencia de Puerto Rico es de esta tendencia como por ejemplo: Ramos vs. Marrero 116 DPR 357, (1985) donde se reconoció que quien alega ser el padre biológico tiene facultad para impugnar la paternidad legítima ostentada por otro hombre con sustento en que de la misma manera que un hijo tiene derecho a que se le reconozca su verdadera filiación, el verdadero padre tiene derecho a que se le reconozca como tal.

menor medida, en todos los tiempos; estos límites encuentran justificación, entre otras razones, en el mayor favor del mantenimiento de la paz social o la paz familiar. Los terceros, incluido el presunto padre biológico, no tienen ni siquiera el derecho de criticar la actitud del marido que se abstiene de ejercer la impugnación; la ley debe contener demandas aventuradas que implican imputar el adulterio de la esposa y poner al descubierto la intimidad del matrimonio. El interés superior del niño no es ajeno a estas restricciones; en efecto, la acción de impugnación de la paternidad supone desplazar al niño de su estado de filiación matrimonial para pasar al de la filiación extramatrimonial; si bien es cierto la ley declara la igualdad de todos los hijos, no puede dudarse que, con frecuencia, la procedencia de la acción de impugnación ejercida por un tercero tiene por efecto no solo privar al niño de los vínculos jurídicos que lo unen al marido de su madre (con quien vive, es amado y cuidado), sino también de los lazos que lo vinculan a todos los parientes de su padre (abuelos, tíos, primos).

La negación de la legitimación activa del padre biológico no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado, que precisamente es el hijo, satisfaciendo dicha norma el juicio de compatibilidad constitucional al plasmar una reglamentación posible de los valores en tensión.

4.2.3. Una variante ecléctica⁵⁵

Otro sector de la doctrina distingue la situación familiar de cada caso concreto: si el hijo goza de posesión de estado respecto de su padre biológico, corresponde otorgarle legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad; por el contrario, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, esa legitimación debe ser negada. Esta

⁵⁵ GUTIÉRREZ, Delia. Los tratados sobre derechos humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima, "Derecho de familia". Num. 11. Buenos Aires. 1997. p. 75; GROSMAN, Cecilia. Acción de impugnación de la paternidad del marido. Buenos Aires. Ábaco, 1982. p. 227.

posición ha sido la asumida por la jurisprudencia Argentina⁵⁶ y en apoyo de la misma se indica que para determinar si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere de un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso, entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: (a) Edad del niño; (b) Conformación del grupo familiar en el que está inserto; (c) Relaciones familiares fácticas previas. A la par que el niño debe saber quien es su padre biológico (derecho a conocer) debe también observarse el trato de hijo por el marido de la madre y de ello generar el convencimiento de que es más beneficioso para el menor.

En Colombia, antes como ahora le ha sido vedada la posibilidad al padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial endilgada al marido de la madre. Esta ha sido la posición de nuestra Corte Suprema de Justicia, para lo cual ha sostenido:

“Empero, siempre ha preferido el legislador aceptar los hechos por los cuales se producen situaciones jurídicas que surgen de la vivencia de las relaciones intrafamiliares, en lugar de dejar un determinado estado civil en entredicho o sujeto a una incertidumbre permanente, motivo por el cual ha impedido, en línea de principio, que cualquier persona llegue a cuestionar un estado civil que viene consolidado de atrás, ni que pueda intentarlo cuando se le ocurra y en todo tiempo, por muy altruista que parezca o pueda ser el motivo aducido para desvirtuar una situación familiar en cuya construcción afectivamente se han afirmado lazos sólidos y definitivos.

“12. El estado civil de la menor demandada en este proceso está consolidado, es definitivo y no puede ser cuestionado por terceras personas, ni bajo el argumento de que lo que se pretende es el establecimiento o la declaración de su verdadero vínculo

⁵⁶ Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia de la República Argentina, en providencia de 12 de mayo del 2005, causa Num. 81.859 con la adhesión del voto de los doctores Fernando Romano y Alejandro Pérez Hualde.

o parentesco de sangre. En este caso, el legislador protege la familia, su construcción y la privacidad que debe reinar en el campo de la filiación.”⁵⁷.

Estoy del lado de la opinión de los que sostienen la variante ecléctica para, en determinados casos permitirle legitimación al padre biológico para impugnar la paternidad sostenida en cabeza del marido de la madre. Estos casos podrían ser: cuando el padre biológico y el hijo han establecido lazos afectivos y por ende, no ha existido trato de padre e hijo entre el marido de la madre y quien la ley dice que es hijo. En éste caso, cercenar la legitimación al padre biológico en nada beneficia a ninguno de los sujetos involucrados. Pero si entre el padre biológico y el hijo no existe dicho trato y antes por el contrario, el lazo afectivo se encuentra con el padre legal, pues esta realidad no puede ser mirada con la misma óptica y aquí nada aconseja permitirle al padre biológico entrar a destruir dicha armonía. En el proyecto de ley que dio vida a la 1060 del 2006, inicialmente estaba concebido darle legitimación al padre biológico pero ello se vio frustrado por la oposición que en sus debates plantearon los congresistas⁵⁸. Igualmente esta ley solo otorgó legitimación al marido, la madre y al hijo para impugnar, pero extrañamente resultó en su artículo 5º, permitiendo que la prueba científica para desvirtuar la presunción de paternidad sea solicitada por “quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico”; y en su artículo 6º, señala que en esta clase de asuntos, el juez “de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico”, resultando un contrasentido que el padre biológico sea citado oficiosamente al proceso pero que no se le otorgue legitimación para impugnar.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de noviembre del 2004, M.P. doctor Silvio Fernando Trejos Bueno.

⁵⁸ En el primer debate ante la H. Cámara de representantes se manifestó que era pertinente darle titularidad a la madre y a cualquiera que previamente y en forma sumaria acredite interés ante el juez, con el fin de incluir dentro de esta última categoría a los ascendientes, a los herederos y a los presuntos padres biológicos en aras de la economía procesal. Gaceta del Congreso N° 591 del 4 de octubre del 2004.

De todas maneras las ventajas de involucrar al padre biológico a ésta clase de asuntos, pueden ser señaladas en que la intervención obligada de un tercero cuya presencia es necesaria para arribar a una justa solución del litigio, en materia de derecho de familia y particularmente en cuanto hace a cuestiones de filiación, le hacen honor a la economía procesal, evita la actividad jurisdiccional múltiple y la promoción de juicios que, en definitiva, serán resueltos en una única sentencia y producirán el pleno efecto de la cosa juzgada respecto de la totalidad de los interesados fijando la identidad del hijo, estableciendo fehacientemente su origen biológico en el caso y emplazándolo en el estado de familia real que le corresponde, lo que sólo por vía de consecuencia presupondrá efectos necesariamente divergentes: la ratificación de la paternidad matrimonial y la correlativa exclusión de la filiación extramatrimonial en un caso, o el desplazamiento de la filiación matrimonial en beneficio de la paternidad extramatrimonial en el otro.

TERCERA PARTE

Una propuesta

Recordemos que ante la dificultad probatoria para determinar la paternidad matrimonial, la mayoría de legislaciones adoptaron un sistema basado en presunciones para atribuirle con sustento en la conocida fórmula *pater is est*, la cual permite que el cónyuge sea considerado padre, de manera automática con solo la existencia del matrimonio y ello respondió a las costumbres y moralidad de una época en que la protección a la familia matrimonial era absoluta y por encima de cualquier otra forma de organización social⁵⁹. Hoy, en nuestro sistema jurídico, dicha presunción aparece extendida a los hijos concebidos en una unión marital de hecho.

Pero como dicha presunción por ser legal admite prueba en contrario, para desvanecerla se consagró la acción de impugnación de la paternidad, la cual se ha sustentado en un criterio restrictivo por cuanto de por medio se ha invocado de manera constante la necesidad de preservar la paz de las familias, dado que hay un interés del Estado en protegerlas evitando desórdenes en su organización. Tal ideología llevó a vedar la posibilidad de que tenga lugar lo que se consideró “pleitos inmorales y escandalosos”, que ocasionarían “perturbaciones en el orden moral, relajamiento de las bases fundamentales de la sociedad y fuente inagotable de estafas, chantajes y coacciones”⁶⁰. En armonía con lo anterior, las leyes establecieron cortos términos de caducidad de las acciones para impugnar la paternidad, la limitación de los sujetos que están legitimados activamente para llevarlas a cabo, el

⁵⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima. Estudio de derecho comparado y derecho español*. Madrid. Tecnos. 1971 p. 32. Distingue este autor dos posiciones en la doctrina, los que consideran que son hijos legítimos los concebidos en matrimonio y para otros los concebidos y nacidos en matrimonio. Por lo que concluye y estima que el matrimonio es el eje central para considerar la concepción y fuente de la legitimidad. El trasfondo para el autor es un tema más social que moral, con lo que la legitimidad es una noción creada para dar efectos jurídicos más importantes al matrimonio en razón de su importancia a escala social.

⁶⁰ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español*. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1947. p. 12; LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia*. Vol. IV. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1953. p. 287; DIEZ-PICASO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Vol. IV. Madrid. Tecnos. 1986. p. 314.

casuismo, etc.⁶¹, aspecto que desembocó en la obstaculización del criterio de unificar en un mismo sujeto al padre jurídico y al progenitor.

En consecuencia, la imposición desde la época romana de la vieja regla paulina *pater is est quem nuptiae demonstrant* significó conferir la paternidad ya no como un efecto de la procreación pero sí del matrimonio; de forma que el título “padre” lo ostentaba el marido, a cuyo cargo estaba el deber de vigilancia, el cuidado de la mujer e hijos y la custodia del honor de la familia. En otras palabras, la unión conyugal, desprendida de toda consideración biológica con relación a los hijos, se constituyó en un formidable instrumento de atribución de la paternidad, en el marco de una organización familiar autoritaria y dogmática, vigente hasta el despunte de la posmodernidad⁶². De ahí surgió la fuerza arrolladora de la regla *pater is est*, pues tenía un valor tan antiguo como el matrimonio y tan poderoso como la moralidad; que se afirmaba en el “sentimiento del deber... ya que la mujer debe conservar fidelidad a su marido, fidelidad que no puede quebrantar sin incurrir en un delito”⁶³. Pero hoy, constituye un hecho cierto e indiscutible que la fuerza de ésta presunción es débil de sobremanera por lo siguiente:

a) Sabido es que a partir de la segunda mitad del siglo XX, la institución familiar sufre un profundo cambio: su democratización y el reemplazo de las relaciones de subordinación (modelo jerárquico) por otras de corte igualitario (modelo asociativo). Ya no jugará, pues, la supremacía indiscutida del padre-marido, el rol puramente doméstico de la madre-mujer,

⁶¹ Ver, por ejemplo, el artículo 217 del Código Civil antes de la Ley 1060 del 2006 que autorizaba ejercitar la acción de impugnación al marido (no incluyendo a la madre ni al tercero que invoca su condición de progenitor) y establece el escaso plazo de caducidad de sesenta días contados a partir del conocimiento del parto.

⁶² LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia*. Vol. IV. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1953. p. 287; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, Jorge A. *Curso de derecho de familia*. T. II. Madrid. Civitas. 1988. pp. 68 a 70; MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires. Astrea. 2001. p. 56.

⁶³ LAURENT, Françoise. *Principios de derecho civil*. T. III. México. J. B. Gutiérrez. 1912-1917. pp. 487 y 488.

ni una terminante posición de sumisión de los hijos. Es decir que la subordinación cede paso a la coordinación, y la verticalidad a la horizontalidad⁶⁴.

b) A la par del referido proceso, acontece el progresivo reconocimiento de los derechos de los niños –en particular el de identidad, actualmente resguardado por el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño– entrando en crisis la regla de la presunción de la concepción. El principio, en efecto, ya no constituye un dogma de naturaleza prácticamente imperativa, sino que comienza a escribirse por el derecho como una mera presunción *iuris tantum* que admitirá un dilatado campo de pruebas en contrario; o sea, un esquema que conlleve a una considerable apertura del elenco de excepciones posibles⁶⁵. Por supuesto que el norte que guía estas transformaciones es el encuentro de la verdad biológica, en la inteligencia de que dicho cometido es el que mejor responde al interés de los niños.

c) Es cierto que el *pater is est* se sigue manteniendo como principio en los principales códigos, dado que se asienta en una evidente realidad objetiva. En efecto, parece atinado, sin duda, que se presuma padre del hijo al hombre que ha cohabitado con la madre en el período de la concepción, pues todavía en el mundo –a pesar de que al deber de fidelidad ya no se lo interpreta en la sociedad actual como la otrora rigurosidad de antaño– no es razonable considerar como regla la aspiración de la mujer casada de concebir con un sujeto distinto de aquel con el cual está unida en matrimonio⁶⁶. Es decir, ha cambiado el sustrato de la presunción: el hijo de la esposa es del marido pero no porque esta necesariamente sea fiel, sino porque se considera que la cónyuge quiere que sus hijos sean de su cónyuge.

d) La presunción de paternidad del marido tiene su fundamento en un doble juego de presunciones: una a la que califica como presunción positiva de contacto físico (sexual),

⁶⁴ MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires. Astrea. 2001. pp. 65 y 66.

⁶⁵ Sentencia C-04 de 22 de enero de 1998, M.P. doctor Jorge Arango Mejía, por medio de la cual se declaró inexecutable la expresión “de derecho” contenida en el inciso 2° del artículo 92 del Código Civil que señala que se presume que la concepción no puede durar menos de 180 días ni más de 300 contados desde el nacimiento.

⁶⁶ LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia*. Vol. IV. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1953. p. 289; AZPIRI, Jorge O. *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires. Hammurabi. 2001. p. 22.

entre los cónyuges “que siempre hay que presumir en el matrimonio”, y otra, que es la presunción negativa de infidelidad, a merito de que “solo la mujer tiene acceso con su marido”⁶⁷. Si bien la primera –sin mayor discusión– actualmente mantiene vigencia, la segunda no es tan cierta en los tiempos actuales. El adulterio ya no constituye delito ni tampoco puede afirmarse categóricamente que exista una suerte de rechazo o condena social cuando no se observa el deber jurídico de fidelidad en el matrimonio. Por eso, como antes se dijo, es más armónico hoy reemplazar la presunción negativa de infidelidad por otra más acorde a nuestros días: que es dable presumir la voluntad de la esposa de que los hijos que concibe sean engendrados por su marido.

e) La presunción *pater is est* representó la primacía de lo social frente a lo biológico, pero hoy la realidad es otra. Las pruebas biológicas han hecho perder la vigencia del tradicional axioma *pater incertus*, adagio que encausó a la literatura jurídica tradicional a sostener con énfasis que “la paternidad es un misterio que la ciencia y la investigación de los tribunales son incapaces de penetrar”⁶⁸. Precisamente esta concepción impulsó a hacer la prueba impugnatoria muy difícil cuando el hijo ha sido concebido fuera del matrimonio⁶⁹, sin perjuicio de acudir al argumento relativo: la necesidad de atender a la paz familiar. Pero como lo he señalado, dicha presunción de paternidad en los momentos actuales no tiene la fuerza casi de certeza que en otrora se le dio, toda vez que la misma puede ser fácilmente derrumbada con pruebas científicas y por lo tanto la ficción, que es lo que envuelve toda presunción, debe ceder ante la realidad.

En síntesis, como en antaño resultaba sumamente difícil acreditar de manera directa la paternidad, el derecho tuvo que recurrir a presunciones para resolver este grave problema, deduciendo de las máximas de la experiencia y en leyes naturales en las que encontraba

⁶⁷ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español*. T. II, Vol II. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1947. p. 16.

⁶⁸ LAURENT, Françoise. *Principios de derecho civil*. T. III. México. J. B. Gutiérrez. 1912-1917, p. 487.

⁶⁹ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo II. Las personas, Estado y capacidad. Edit. Cultural S.A. Habana, Cuba. 1945. p. 560.

base suficiente. Pero hoy, ante la prueba científica tales deducciones no se justifican, por que biológicamente se puede establecer o descartar la paternidad. La eticidad de la filiación legítima está en que el progenitor sea el marido, y no otro hombre⁷⁰.

Al permitir los adelantos de la ciencia, la determinación del origen genético de las personas con absoluta certeza, sumado a la nueva orientación biológica que se impone en el mundo, no queda otra alternativa que postular la libre investigación de la paternidad, y ello desde la primicia de que el “padre” es el que engendra el hijo y no siempre el marido de la madre, con lo que se desmantela el cuadro jurídico que permite la ocultación hipócrita de la filiación⁷¹. La defensa de los intereses de los hijos, así mismo, impone esquemas amplios de investigación de la filiación. Por un lado, se encuentran neutralizados los riesgos de que sufran perjuicios si –ejercidas las acciones respectivas– quedaban emplazados como extramatrimoniales, pues ya el derecho tiene consagrado la equiparación de filiaciones, de manera que –como dice Belluscio– hacen innecesaria la aplicación del favor *legitimitatis*⁷². En definitiva, el *pater is est*, pierde su carácter de regla exclusiva y prioritaria y queda sustancialmente relativizada por otro adagio que adquiere singular protagonismo: *pater is est quem sanguis demonstrat*. Es decir, padre ya no es quien demuestra las nupcias sino quien demuestra los genes. Estoy de acuerdo en conservar la presunción de paternidad, que surta sus efectos plenos y debe ser respetada pero mientras no sea impugnada. Cuando esto ocurra, debe, en primer lugar, buscarse la verdad real acudiendo en la medida de lo posible a las pruebas científicas, morigerando ese abstracto interés por la legitimidad. En segundo lugar, debe entrar en juego el interés familiar, el del hijo y el del padre y ambos deben reclamar la verdad antes que la mentira forzada. La cohesión y estabilidad de la familia se levanta sobre sentimientos auténticos y situaciones claras, la mentira legalizada, el formalismo, la ficción mantenida contra todo en un terreno profundamente humano,

⁷⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima: Estudio de derecho comparado y derecho español*. Madrid. Tecnos. 1971. pp. 57-92.

⁷¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. Jorge A. *Curso de derecho de familia*. T II. Madrid. Civitas. 1988. pp. 70 y 71.

⁷² BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de derecho de familia*. T.II, Buenos Aires. 7ª ed. Astrea. 1993-2002. p. 212.

falsearan y perjudicarán las relaciones familiares, no devolverán la paz perdida si no hay un perdón y olvido auténtico, pero esto no se logrará mientras existan discriminaciones, pues el verdadero y real interés del hijo debe estar del lado donde encuentre afecto y este debe surgir de sus verdaderos progenitores más que de un ficticio padre legítimo que ya lo ha negado sobre la base de algo tan grave como una infidelidad conyugal.

Pero el drama, lo fundamental en materia de impugnación filial actualmente alude a lo que es preeminente: lo biológico o lo social, lo formal, lo jurídico, verdad material o verdad formal. Padre debe ser el que señalan los genes o debe ser quien socialmente se comportado como tal. Se pueden señalar pletóricos argumentos en pro y en contra de cada alternativa y aquí es donde considero que cabe plantear una propuesta que mejor concilie ambas vertientes vistas desde la perspectiva de la impugnación de la paternidad matrimonial. El esbozo de ésta alternativa tiene como pilares fundamentales los siguientes: la realidad biológica que es el punto de inicio de la propuesta, pues si las pruebas científicas que existen en la actualidad permiten conferir o descartar una paternidad con probabilidad de certeza, a ellas debemos atenernos; desnudada esta realidad genética, el siguiente aspecto para considerar es el referente a la voluntad tanto del padre como del hijo en querer continuar con el estado jurídico que señala la ley derivado de la presunción de paternidad, pues si así es, nada ni nadie debe interferir en ello, pero de la misma manera si ellos no quieren seguir con dicho estado, pues igualmente nada les puede obstaculizar ese natural deseo. Por último, es menester apreciar si entre el padre jurídico y el hijo ha existido una relación en donde el uno y el otro se han relacionado de padre a hijo y viceversa y dicho trato ha trascendido en el ámbito familiar y social en el que se mueven por un espacio de tiempo que permitan auscultar dicho trato (5 años diría yo acogiendo por analogía el tiempo que se especifica para la filiación extramatrimonial), si ello ha sido así es una circunstancia que no debe ser mirada con el mismo rasero entre quienes a pesar de tener de por medio un vínculo filiatorio que trascendió, pero que en la vida práctica fuera del nombre no han existido siquiera acercamientos afectivos, ni económicos, ni sociales de ninguna índole. Este último aspecto se traduce en una posesión de estado que en la medida en que exista o

no, dos serían los caminos por establecer con sus propias vicisitudes, buscando siempre una solución, un punto óptimo donde solo haya que sacrificar lo menos valioso.

Veamos el desarrollo de estos puntos torales.

1. El principio de la veracidad biológica versus el valor de la voluntad en la constitución de la filiación

En los tiempos que corren, es evidente, la ley ya cuenta con el auxilio científico en la determinación de la paternidad. En palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia: “cuando el avance de la ciencia en materia de genética es sencillamente sorprendente, contándose ahora con herramientas que a juicio de doctos contienen un indiscutible rigor científico, al extremo de que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayano en la seguridad”⁷³, para más recientemente señalar que el problema hoy “no es el de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella, de manera que, en cualquier caso, quien quiera desvirtuar esa alta dosis demostrativa, que lo acredite”⁷⁴.

Ahora bien, en el estado de familia y en los juicios de filiación existe un interés social en la averiguación de la verdad, y si bien dichos conflictos encierran una contienda eminentemente privada, ellos también involucran un conflicto social, pues a la comunidad le interesa asegurar la responsabilidad procreacional y el derecho de toda persona a obtener su emplazamiento filial que constituye a su vez un derecho de la personalidad, pues el interés en la defensa del individuo humano subyace en toda esta problemática. En consecuencia, si la averiguación de la verdad es el norte filiatorio, pues qué mejor que tratar la realidad biológica para que coincida con la realidad jurídica. Esto es, que la filiación

⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de abril de 1998, M.P. doctor Rafael Romero Sierra.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 27 de julio del 2001, M.P. doctor Manuel Ardila Velásquez.

jurídica de las personas corresponda a sus padres biológicos⁷⁵, *causa juris* y fundamento básico de la misma. Norma legal y verdad científica no tienen por qué ser enemigas, son entera y perfectamente conciliables, como que dicha realidad al igual que los factores sociales contemporáneos que circundan la vida del derecho, no puede ser descartada por un sistema jurídico en abono de un estado negatorio de la realidad de las cosas o de la personalidad humana.

No empece todo lo anterior, debo señalar que la solución de cualquier situación conflictiva que en materia filiatoria incida sobre la determinación de la paternidad, debe canalizarse a través de un debate judicial por afectar algo muy personal, inseparable de su personalidad, que debe quedar sustraído al poder dispositivo de los particulares, pero decir ello no conlleva per se descartar que el aspecto volitivo tiene un peso específico en la atribución del vínculo filiatorio y aquel podrá o no coincidir con la relación biológica. En el campo de la filiación matrimonial, se ha dicho que una de las justificaciones tradicionales de la presunción de paternidad del marido emerge de la manifestación tácita de la voluntad de este de aceptar en el futuro los hijos que concebirá su esposa en el curso del matrimonio⁷⁶, luego la presencia del sesgo electivo aparta, entonces, no pocas veces el vínculo de filiación de su soporte biológico en provecho de la noción de maternidad o de paternidad “de intención”⁷⁷, o sea, ponderando la “voluntad procreacional”⁷⁸.

En este orden de ideas, no sería en puridad muy preciso conceptuar que en todos los casos de la filiación por naturaleza es la relación biológica la que une a procreantes y procreados, dado que la mentada concordancia entre biología y derecho –si bien representa la regla

⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, José L; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín. *Derecho de familia*. Barcelona. Bosch. 1997. pp. 420-22.

⁷⁶ HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Daniele. *La famille fondation et vie de la famille, en traite de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin*. LGDJ, París, 1991, p. 186.

⁷⁷ Ob. cit., p. 186.

⁷⁸ GROSMAN, Cecilia P.; MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. *La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264, LL, 1986 –D-938*

general – no se verifica irremediablemente en cualquier supuesto. Baste señalar las hipótesis excepcionales en que, siendo el progenitor inmediato una persona distinta del emplazado como padre legal, este, enterado de dicha realidad, no ha entablado en tiempo y forma la acción de impugnación de la paternidad matrimonial atribuida y el hijo a la par, opta por no ejercerla ya que de todas maneras, es cierto que ningún niño es sometido sistemáticamente a una verificación de su origen al producirse su alumbramiento.

El valor de la voluntad en la constitución de una filiación, entonces, lo veo desde la siguiente óptica: si quien a la sazón sabe que quien pasa por su hijo no lo es, no por ello ineluctablemente va a querer siempre impugnar, pues en no pocas ocasiones, conocida dicha realidad son tan fuertes y estrechos los lazos afectivos que en realidad de verdad el nexo biológico queda relegado a un segundo plano y aquel que resultó no ser el padre biológico va a querer seguir cumpliendo a cabalidad, a semejanza de quien realmente es padre. Entonces es ahí cuando interviene la voluntad del pretense padre: dentro de su órbita volitiva tendrá la autonomía para decidir si quiere seguir asumiendo ese estado civil que no corresponde con la realidad biológica o si su estima se ve tan afectada que considera que ante un hecho tan revelador como el puesto de presente le impide seguir asumiendo una paternidad espuria, pues debe dejársele que opte por dicha vía. *Mutatis mutandi* cabe predicar del hijo, pero es ahí donde la ley resulta discriminatoria, porque el hijo puede derrumbar dicha paternidad cuando se le antoje al paso que el padre no, pues tempestivamente, tiene que hacerlo dentro de los 140 días a cuando supo que no es padre y esta es una circunstancia que por más circunloquios que se elaboren no permiten encontrar una respuesta robusta a la diferencia de trato.

En efecto, no solo el hijo tiene interés en su verdad biológica y en que su filiación no sea atribuida falsamente. El marido de la madre tiene el mismo interés y por eso disiento del distinto tratamiento que se le brinda al marido, lo que no es conforme, por lo demás, con su

derecho al honor⁷⁹ y a la propia vida familiar, aunada a que el principio de verdad, deriva en parte del principio fundamental de igualdad filiatoria. Ya no tiene sentido forzar las cosas a fin de considerar hijos matrimoniales a los que no lo son. La autonomía privada es libertad individual, el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica. En otras palabras, un reconocimiento del valor jurídico de sus actos, que serán vinculantes y preceptivos. La calidad de hijo matrimonial ya no es un valor que caracteriza a una “buena familia” ante la sociedad: mujer y hombre asumen socialmente su calidad de padres, por el solo hecho de serlo, independientemente del tipo de unión que ellos han acordado para sí. La paternidad responsable se convierte, entonces, en un imperativo ético, que se construye dejando al margen cualquier categoría discriminante para los hijos.

2. La posesión de estado

La posesión de estado ha de considerarse como una situación de hecho a través de la cual se manifiesta o puede inferirse la existencia de una relación filiatoria. Tradicionalmente se ha indicado que los elementos que conforman la posesión de estado son el trato, la fama y la duración. El requisito del trato otorga relevancia al comportamiento observado por el progenitor y/o su familia en relación con el presunto hijo. Por su parte, la *fama o reputación* se refiere al hecho de que en el ámbito o círculo social próximo el hijo sea identificado o reconocido como descendiente del presunto progenitor y la duración alude a que dicho trato y fama haya durado un tiempo determinado. Esta posesión adquiere una importancia capital en materia impugnativa por cuanto prueba una realidad sociológica y afectiva que el derecho debe reconocer y proteger. Cumple anotar que dicha posesión de estado alude a actos positivos y no negativos. Es decir, que no pueden consistir en el mero silencio o en la indiferencia del marido.

⁷⁹ De ahí que a mi juicio, a nadie se le pueda imponer una descendencia, que presume ser biológica, si no es por medio de un consentimiento, porque ello incide en el libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, no es la misma situación ni merecen la misma respuesta jurídica cuando padre e hijo saben que no son tales y además entre ellos no ha existido relación de ninguna índole a la de aquellos en donde ha estado presente un trato de padre-hijo. Muy seguramente en la primera hipótesis, ni siquiera les interesará demandar lo que no han vivenciado o si demandan, a nadie van a perjudicar, en tanto que en el segundo evento quizás exista la dicotomía de querer persistir en dicho estado o quieran impugnarlo para acudir a otras formas de entablar relación filial, como puede ser la adopción. No se puede soslayar la situación del niño en la familia en la que siempre ha vivido, dado que si pese a todo, su "padre" le prodigó una buena educación y una vida digna, no se le puede generar otro trauma quitándolo de un medio al que ya estaba habituado pues ello a no dudarlo es tanto como castigar a la víctima. Entonces, si la realidad de los hechos es la no paternidad del marido, pero este ha tenido un trato afectivo con el hijo, todo aconseja que si el propio marido y el hijo desean continuar con dicho estado, deben existir plazos breves para impugnar la paternidad, plazos que se justifican, ahí sí, en dar estabilidad a las relaciones de hecho. Así pienso se debería proceder, siempre que exista posesión de estado.

Si, por el contrario, no existe posesión de estado una vez descubierta la verdad, creo que esa relación paterno-filial, no deseada desde el momento que se conoce la verdad ni antes, ni constatada sociológicamente por ausencia de trato entre el marido y el hijo, debería permitirse destruir la presunción paterna legítima en cualquier tiempo, a cualquier interesado e incluso oficiosamente el Estado, pues en verdad allí no existe relación de familia. Es necesario tener presente que el padre que quiere cercenar el vínculo legal que le une con su hijo, es porque no quiere asumir una paternidad legal que no le corresponde ni por la naturaleza, ni armoniza con la realidad sociológica, al no existir un trato de padre e hijo con el consiguiente perjuicio moral que se le ocasionaría al hijo si se mantuviese una paternidad que no refleje ese acontecer diario, ya que en el supuesto de que exista posesión de estado, el padre, si tiene la plena creencia de que es biológicamente suyo, raramente va a querer refutar su paternidad. En caso contrario, si el marido conoce en un momento determinado que no es hijo biológico suyo, y a partir de dicho momento, cercena todo trato

con él, aunque sea moralmente, la posesión de estado dejará de existir o se debilitará, porque se eliminará el trato. Todo en últimas se reduce a un solo fundamento: ennoblecer la verdad.

No se trata de establecer que si existe posesión de estado no se pueda impugnar. No. Sí se puede impugnar, pero aquí la misma se tornará restringida, porque deberá hacerse en un corto tiempo y únicamente estaría legitimado padre e hijo, pero si dicha posesión no existe, para qué imponer cortapisas temporarias o de legitimados, pero teniendo presente que en éste último caso, el padre biológico debe intervenir necesariamente para que la paternidad del hijo no quede al desgaire. Es que en últimas, no pueden resultar perjudicados el padre y el hijo, no se pueden resultar en el vacío los años de convivencia, los proyectos de vida, los recuerdos; la vida social de los involucrados y lo que han hecho hasta ahora, borrando de un plumazo la base de todo lo construido y proyectado; no es fácil asumir tan profundo cambio y quedarse al margen de la vida. Es que bien puede suceder que una prueba del ADN descarte el nexo biológico, pero ¿Qué sucede si el presunto padre por actos positivos acogió al hijo como suyo? Hay hombres estériles o impotentes que no obstante tienen la necesidad de cultivar un afecto de padre hacia alguien y, consecuentes, obran como padres. ¿Esa prueba negativa los privará del derecho a esa filiación que colma sus vidas? Una respuesta biológica a ultranza señalará que si, pero una sociológica y volitiva responderá que no existirán impedimentos para la realización de afectos nobles y sinceros que compensen las dolamas de un hombre.

3. Efectos

Se pueden señalar como activos a la propuesta hecha el que es la que mejor concilia todos los intereses en juego: el superior del hijo, el del padre supuesto y el derecho del padre biológico. Si ha existido trato y se desea persistir en dicha relación afectiva, padre e hijo quedan en un mismo plano horizontal, ninguno queda en el vértice, pues tanto valen los derechos, los sentimientos y la voluntad del uno como del otro. Si no ha existido trato o si a

pesar de haber existido el mismo, uno de los extremos filiatorios no quiere continuar con dicha relación, debe permitírsele impugnar sin cortapisas de ninguna índole, pues es su voluntad la que debe primar y para evitar que el menor quede sin una paternidad determinada, debe vincularse al padre biológico para que responda por sus actos.

En materia filiatoria hay muchas verdades: la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados de la sangre”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”); en consecuencia, no siempre ha de operar, ni es conveniente que así sea en todos los casos, la concordancia entre realidad biológica y vínculo jurídico filiatorio. Y aquí interviene con un rol esencial el fenómeno contemporáneo de la interpenetración entre las diferentes ciencias humanas y sociales pues se trata del entrecruzamiento interdisciplinario que se traduce en una correlación concreta con los otros ordenamientos extrajurídicos con el fin de preservar valores éticos y sociales en la vida de relación para evitar la comisión de injusticias en la aplicación práctica del derecho. “Adviértase que al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona. La identidad filiatoria tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. La mentada verdad biográfica debe merecer amparo y respeto por la justicia. De esta manera sucede que en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico afectando una identidad filiatoria que no es su correlato”⁸⁰. En últimas no se niega el derecho a conocer la realidad biológica, pero se pone una restricción razonable al derecho a establecer vínculos biológicos cuando la solución jurídica no tiene justificación en la realidad social.

⁸⁰ MIZRAHI, Mauricio Luis, *Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica*, LL 2004-E-1197

CONCLUSIONES

Dada la incerteza, dificultad de prueba, misterio y duda que permeaba a toda paternidad, fue necesario acudir a un procedimiento indirecto para determinarla, sobresaliendo el de presunciones de paternidad, por virtud de la cual se le atribuye la paternidad al marido de la madre, con sustento en la regla clásica del *pater is est*. Pero como podía suceder que el marido no hubiese sido el autor de quien pasa por hijo suyo, fue menester permitir impugnar dicho estado, pero no de una manera absoluta e ilimitada dado que por las circunstancias coyunturales, se quiso privilegiar a las uniones matrimoniales y con ellas a los hijos habidos en dichas uniones, la seguridad familiar, los pleitos inmorales y el sosiego doméstico, aunado a que en épocas pretéritas no se contaba con elementos que hoy en día la ciencia puede ofrecer, fue por lo que se consagró un sistema restringido en cuanto a los legitimados para impugnar, los motivos para ello y los plazos para incoarla. Inicialmente el único legitimado era el padre, después el hijo y ahora la madre. El padre tuvo cuatro causales, el hijo una, después se igualaron hasta que hoy se abandonó el casuismo y lo importante es demostrar que quien pasa por hijo realmente no lo es. Igualmente el marido por regla general tenía 60 días para impugnar contados desde el conocimiento del parto, hoy marido y madre tienen 140 días los cuales empiezan a contabilizarse desde que se tiene conocimiento de que no se es padre y el hijo, desde que se le consagró legitimación, nunca ha tenido restricciones temporarias para impugnar.

Uno de los factores que ha incidido notablemente en el cambio de la estructura filiatoria lo constituye sin lugar a dudas la aparición de las pruebas científicas por medio de las cuales ya determinar una paternidad no es un misterio, pues la biología permite llegar a dicho conocimiento de una manera certera. Esto ha motivado el abandono del casuismo y las legislaciones han señalado como norte el averiguamiento de la verdad genética en asuntos filiatorios y la problemática ha cambiado de terreno, pues hoy en día la discusión se centra en si es válido siempre y en todos los casos la búsqueda de la verdad, el interés por la

verdadera paternidad biológica o si debe atenderse a los valores afectivos, sociales y culturales sin que preocupe demasiado si ese lazo jurídico coincide o no con el biológico.

La Ley 1060 de 2006, ha realizado un viraje monumental en materia impugnaticia pues ha ponderado la búsqueda de la verdad biológica y ha planteado que en materia filiatoria debe primar el nexo biológico, pero ahí también existe un problema, porque se pretirió la otra verdad, la sociológica, la de los afectos y con pábulo en ello es que he planteado una alternativa que permite conciliar ambas verdades, partiendo del supuesto de la existencia de un trato, de una posesión de estado o de la ausencia del mismo, para no romper una relación familiar en perjuicio del menor y del padre supuesto. Si existe dicha posesión de estado, he considerado que únicamente el marido e hijo estarían autorizados, una vez conocida la falta de nexo biológico, para manifestar si persisten o no en esa relación de estado y ello en un plazo breve igual para ambos; si no existe posesión de estado, cualquier interesado en cualquier tiempo, puede impugnar la paternidad matrimonial, pero en éste caso involucrando al padre biológico para que de todas maneras el menor no quede sin una paternidad determinada.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, Jorge A. *Curso de derecho de familia*. Madrid, Civitas, 1988.

AZPIRI, Jorge A. *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires. Hammurabi, 2001.

BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires. 7ª. Ed., Astrea, 1993-2002.

BIDART CAMPOS, Germán. *Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación del menor*. 2002.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires. Tea, 1953.

DIEZ-PICASO, Luis. *Familia y derecho*. Madrid, Civitas, 1984.

DIEZ-PICASO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid. Tecnos.1986.

DOLTO, Françoise. *La causa de los niños*. Buenos Aires. Paidós, 1986.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires. Astrea, 1992.

FUSTEL DE COLULANGES. *La ciudad antigua*. México, Porrúa, 1986.

GROSMAN, Cecilia. *Acción de impugnación de paternidad del marido*. Buenos Aires. Ábaco, 1982.

DUEÑAS VARGAS, Guiomar. *Los hijos del pecado. Ilegitimidad y vida familiar en la Santafé de Bogotá Colonial*. Universidad Nacional de Colombia. Editorial Universidad Nacional. 1997.

GUTIÉRREZ, Delia. *Los tratados sobre derechos humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima*. En: Derecho de familia-Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Daniele. *La famille fondation et vie de la famille, en traite de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin*. París.LGDJ. 1991.

HOUELLEBECQ, Michel. *El mundo como supermercado*. Barcelona. Anagrama. 2000.

LACRUZ BERDEJO, José L; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín. *Derecho de familia*. Barcelona. Bosch. 1997.

LAURENT, Françoise. *Principios de derecho civil*. México. J.B. Gutiérrez.1912-1917.

LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia*. Madrid. Revista de derecho privado. 1953.

MALAURIE, Philippe. *Droit civil. La famille*. París. Cujas. 1989.

MÉNDEZ COSTA, María J. *La filiación*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.1997.

MIZRAHI, Mauricio L. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires. Astrea. 2004.

_____. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires. Astrea. 2001.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés. Las personas, Estado y capacidad.* Edit. Cultural S.A. Habana, Cuba. 1945.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español.* Madrid. Revista de Derecho Privado. 1947.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad.* Madrid. Tecnos. 1993.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima. Estudio de derecho comprado y derecho español.* Madrid. Tecnos. 1971.

SALCEDO SEGURA, Jorge. *Teoría General del Derecho Civil.* Tomo I. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006.

SOLARI, Gioele. *Filosofía del derecho privado.* Tomo I y II. Buenos Aires. Depalma. 1946.

SUAREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia. Filiación. Régimen de los incapaces.* Bogotá D.C., Edit. Temis S.A. 1992.

VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil, derecho de familia.* Tomo V. Bogotá D.C., Edit. Temis S.A. 1995.

VÉLEZ, Fernando. *Estudios sobre el derecho civil colombiano.* Imprenta París América, 1926.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia

- Sentencia del 14 de enero 2005, M.P. doctor Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Sentencia de 21 de marzo del 2005, M.P. doctor César Julio Valencia Copete.
- Sentencia de 9 de noviembre del 2004, M.P. doctor Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Sentencia de 30 de agosto del 2001, M.P. doctor Manuel Ardila Velásquez.
- Sentencia de 27 de julio del 2001, M.P. doctor Manuel Ardila Velásquez
- Sentencia 25 de agosto del 2000, M.P. doctor Nicolás Bechara Simancas.
- Sentencia del 10 de marzo del 2000, M.P. doctor Jorge Santos Ballesteros
- Sentencia de 23 de abril de 1998, M.P. doctor Rafael Romero Sierra
- Sentencia de 19 de junio de 1975, M.P. doctor Germán Giraldo Zuluaga.
- Sentencia 5 de diciembre de 1974, M.P. doctor Jose María Esguerra Samper.

Corte Constitucional

- Sentencia C-1492 de 2 de noviembre de 2002, M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-800 del 29 de junio del 2000, M.P. doctor José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-04 de 22 de enero de 1998, M.P. doctor Jorge Arango Mejía
- Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995, M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero.

Tribunal Supremo Español

- Sentencia de 30 de enero de 1993.
- Sentencia de 21 de diciembre de 1992.

Suprema Corte de Justicia de la República Argentina

- Sala Primera, en providencia de 12 de mayo del 2005, causa N° 81.859, doctores Fernando Romano y Alejandro Pérez Hualde.

Tribunal Supremo de Puerto rico

— Ramos vs. Marrero 116 DPR 357, (1985).

Leyes

LEY 1060 DEL 2006. Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.

LEY 721 DEL 2001. Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.

LEY 75 DE 1968. Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto de Bienestar Familiar.

LEY 45 DE 1936. Reformas civiles (filiación extramatrimonial).

LEY 95 DE 1890. Reformas civiles.

LEY 57 DE 1887. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional.

Gacetas del Congreso

— Número 26 del 30 de enero de 2006.

— Número 104 del 9 de mayo del 2006.

— Número 223 del 2 de mayo del 2005.

— Número 472 del 26 agosto del 2004.

— Número 591 del 4 de octubre del 2004.

Información On-line:

<http://lexbase.biz/>

<http://ramajudicial.gov.co/>

<http://banrep.gov.co/>