

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS CONTROVERSIAS
SUSCITADAS ALREDEDOR DE LA FILIACIÓN**



RAQUEL MURILLO ARIZA

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR
POR EL TÍTULO DE ABOGADO**

DIRECTOR: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas.
Departamento de Derecho Privado.
Bogotá, Agosto de 2014**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS CONTROVERSIAS
SUSCITADAS ALREDEDOR DE LA FILIACIÓN**



**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR
POR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas.
Departamento de Derecho Privado.
Bogotá, Agosto de 2014**

Dedicatoria

A mis padres.

A mi hija Cristina.

Agradecimientos

Doy gracias de manera especial y sincera al Doctor Arturo Solarte, por aceptar guiarme en realización de este trabajo de grado. Su apoyo, confianza y dedicación en mi trabajo ha sido un aporte invaluable, no sólo para la realización de este trabajo, sino para mi formación como profesional.

NOTA DE ADVERTENCIA

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

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

Tabla de contenido

Introducción	1
Filiación	5
Aspectos generales sobre la filiación	5
Concepto.	5
Evolución legislativa.	7
Marco constitucional.	10
Clases de filiación	13
Filiación matrimonial.	13
Filiación extramatrimonial.	16
Filiación por reproducción asistida.	17
Filiación adoptiva.	20
Acciones de reclamación e impugnación de la filiación y del estado civil	21
Impugnación de la paternidad.	23
Impugnación de la maternidad.	27
El reconocimiento	29
Acción de investigación de paternidad o de maternidad	30
Acción de reclamación o declaración de la filiación y del estado civil	31
Aspectos probatorios	32
Código general del proceso: Ley 1564 de 2012	34
Efectos de la filiación	36
Derechos y obligaciones entre padres e hijos, patria potestad y	

derechos sucesorales.	36
La Responsabilidad Civil y el Derecho de Familia	39
Responsabilidad civil y derecho de familia.	41
Antecedentes históricos.	41
Tesis sobre la aplicación del derecho de daños en las instituciones de familia, privilegios e inmunidades en las relaciones familiares	43
Privilegios e inmunidades en las relaciones familiares.	46
Presupuestos de la responsabilidad civil aplicados en la esfera del derecho de familia.	50
El daño.	52
Conducta humana, por regla general antijurídica.	60
Relación de causalidad entre el daño y el comportamiento de aquel a quien se le imputa su producción.	63
Factor de atribución de responsabilidad.	65
Fundamento constitucional y legal en el derecho colombiano para aplicar los presupuestos de la responsabilidad civil en el derecho de familia	67
La Responsabilidad Civil Derivada de las Controversias Suscitadas	
Alrededor de la Filiación	72
Daños derivados de la ilegitimidad del hijo.	74
Daños derivados de filiación extramatrimonial no reconocida voluntariamente.	79
<i>Análisis de la responsabilidad civil del progenitor por la falta de reconocimiento voluntario del hijo.</i>	80

<i>Análisis de la responsabilidad civil de la madre cuando el padre no reconoce de forma voluntaria al hijo extramatrimonial.</i>	84
Daños por el incumplimiento de la obligación alimentaria, de los deberes de crianza, educación y establecimiento de los hijos	88
<i>Incumplimiento del deber relacionado con el cuidado personal del menor.</i>	91
<i>Incumplimiento del deber de educar al menor.</i>	97
<i>Incumplimiento de la obligación alimentaria.</i>	98
Conclusiones	103
Bibliografía	112

Introducción

La familia es el núcleo o la institución básica de la sociedad y merece especial protección del Estado, porque, según la Constitución Política de Colombia (1991, art. 42), es de la familia de donde surgen derechos, obligaciones y responsabilidades a cargo de sus integrantes. Debido a la relevancia que el ordenamiento jurídico le da a la familia, es lógica la importancia que se debe conceder a la determinación acertada de la filiación, pues toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres. De la misma manera, el sistema normativo no puede ser indiferente a los daños que se causen los integrantes de la familia y, particularmente, deben ser objeto de especial atención los supuestos en los que en las relaciones paterno filiales se generen perjuicios.

La filiación es la relación que existe entre padres e hijos o hijas, es el vínculo jurídico que une al hijo o hija con su madre o su padre, vínculo que puede provenir de diversas fuentes y que da origen a un estado civil porque genera derechos y obligaciones. Anteriormente nuestra legislación establecía que esta relación paterno/materno-filial estaba sujeta a condiciones que no dependían de los hijos o hijas, sino de su nacimiento o del estado civil de sus padres. En la actualidad estas circunstancias han cambiado debido a que a todos los hijos o hijas se les reconoce igualdad de derechos, independientemente del origen de su filiación (Constitución Política de Colombia, 1991, art.42).

En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico prevé que mediante las acciones de reclamación e impugnación del Estado Civil, todas las personas puedan hacer efectivo el derecho a tener una familia, un padre y una madre y a tener la certeza de que aquellos son

sus verdaderos progenitores. Ahora bien, debido a la naturaleza de las relaciones paterno-filiales, cuando se producen daños entre padres e hijos no siempre se repara el daño, por lo que el propósito del Derecho contemporáneo de Daños no se cumpleⁱ.

En Colombia la ley establece que quien haya cometido un delito o culpa, que infiera daño a otro, es obligado indemnizar el daño ocasionado. La ley también es clara en responsabilizar a toda persona por sus propias acciones “para el efecto de indemnizar el daño”, y además consagra que todo daño que se genere por malicia o negligencia debe ser reparado por quién lo originóⁱⁱ. Sin embargo, cuando se presentan casos en donde se generan daños entre personas que tienen una relación paterno filial generalmente no se imputa responsabilidad a quién produjo el daño, ni se decreta la indemnización de perjuicios a la víctima, aun cuando los requisitos de la Responsabilidad Civil se cumplanⁱⁱⁱ.

Esta tendencia no es del todo aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y se cuestiona, por ejemplo, si debe negarse el resarcimiento de los perjuicios que sufre un hijo ante la negativa de alguno de sus progenitores a reconocerle la filiación. Esta es la problemática que constituye el objetivo principal del presente trabajo.

Ahora bien, muchas veces la declaración de responsabilidad no se realiza por convencionalismos sociales, criterios morales o por restricciones del sistema jurídico que facilitan una inmunidad de hecho a los miembros de la familia que incurren en comportamientos dañosos. No obstante, en la actualidad, esta inmunidad se ha reducido a causa de la tendencia asociada a proteger los derechos individuales de las personas que integran la familia, y a potenciar la autonomía privada en la configuración de las

relaciones que emergen de ella, para que el individuo pueda mantener o romper sus compromisos de convivencia. En este orden de ideas, dados esos desarrollos, en los casos en los que se cumplan los requisitos que configuran la Responsabilidad Civil, nada obstaría para que se apliquen los artículos 2341 y siguientes, contenidos en el Título XXXIV “Responsabilidad Común por los Delitos y las Culpas”, del Código Civil, a las relaciones de familia.

La responsabilidad generada por los daños producidos en las relaciones de filiación no tiene soluciones unánimes en la jurisprudencia, ni en la doctrina, ya que la respuesta depende de cada caso concreto. No obstante lo anterior, no se puede desconocer que el hijo tiene un derecho subjetivo a ser reconocido por quien lo ha engendrado y la negativa de los padres a reconocerlo como tal produce efectos jurídicos. Dentro de esos efectos estaría una responsabilidad por los daños que se puedan causar cuando dicha negativa haya sido intencional o culposa, y en dicho supuesto esos perjuicios deben ser resarcidos.

En este sentido, la negativa a reconocer a un descendiente por parte de alguno de sus progenitores, puede producir, *v.gr.*, un daño moral al hijo, en virtud de la lesión de derechos como el de conocer su identidad, tener un nombre y desarrollar adecuadamente su personalidad. Estos derechos tienen raigambre constitucional, además de lo cual están consagrados en la legislación Civil, en el “Código de la Infancia y de la Adolescencia” y en la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, lo que reafirma que quien incumple el deber jurídico de reconocer a un hijo, debe ser responsable de los perjuicios que de ello se originan.

La filiación de un ser humano es importante no sólo porque protege y permite realizar los mencionados derechos subjetivos, sino que la inobservancia de los deberes que de ella emana debe hacer surgir la responsabilidad por los daños ocasionados, con la consiguiente reparación para la víctima. Entonces, el objetivo del presente trabajo de grado es determinar cuáles son las situaciones en las que se puede presentar la Responsabilidad Civil por los daños causados en las relaciones paterno-filiales.

Colombia está lejos de permitir la “*immunidad familiar*”, figura que estuvo presente en el sistema jurídico anglosajón y en virtud de la cual no se generaba responsabilidad por los daños causados en el entorno de la familia, por lo que se concluye que las normas de Responsabilidad Civil sí pueden ser aplicadas en este ámbito de derecho privado. Igualmente es preciso señalar que los supuestos de Responsabilidad Civil derivados de las relaciones de familia, no se limitan a los casos específicos y particulares a los cuales se refiere el ordenamiento, pues es necesario que su contenido tenga que responder a la realidad social.

Filiación

Aspectos generales sobre la filiación

Concepto.

En Colombia, a la filiación se le ha calificado de diferentes formas, y con diversos términos a lo largo de la historia. Entre estos, se le ha llamado vínculo natural, nexo biológico, vínculo jurídico, estado civil, relación de parentesco y atributo de la personalidad.

La doctrina ha descrito a la filiación como “...un vínculo que une al hijo con su padre o madre” (Monroy Cabra, 1982), así como también se señala que “la filiación se define como el vínculo principal y natural de descendencia que existe entre padre, madre e hijos” (Núñez Cantillo, 1978).

En palabras de Gómez Piedrahita (1992), la filiación es “un estado jurídico que se origina por el hecho del nacimiento: o sea, es el status jurídico que la ley concede al hijo con relación a sus padres y a estos con relación al hijo”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Civil, en Sentencia del 21 de mayo de 2010, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, señaló que “la filiación no sería cosa distinta que la afirmación jurídica de un nexo biológico entre los padres e hijos”.

La misma Corporación en Sentencia del 8 de noviembre de 2011, M. P. William Namén Vargas, sostiene que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, que se encuentra ligada al estado civil de las personas. Seguidamente precisa que el primero es elemento integrante del segundo y se relaciona directamente con el derecho al nombre. Es así como el vínculo entre el hijo y el padre o madre, constituye la filiación que es “indisociable a la calidad de sujeto iuris, el estado civil de la persona natural, física o biológica y la personalidad constituye el status *filiationis*, generatriz de relevantes relaciones en la familia, la sociedad y el Estado” (Sentencia del 9 de diciembre de 2011, M. P. William Namén Vargas).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia^{iv} y la Corte Constitucional^v, han señalado las características que se presentan en la filiación y dentro de ellas han destacado que constituye un “vínculo jurídico de parentesco estatuido por el Ordenamiento legal entre padres e hijos”, que origina el estado civil de una persona natural. La filiación también define la situación jurídica de una persona en la sociedad y en el Estado, y se caracteriza por ser “indivisible, indisponible e imprescriptible” (artículo 1° del Decreto 1260 de 1970).

Como conclusión se puede afirmar que a pesar de la falta de identidad en los términos para identificar o calificar esta institución, la filiación es el vínculo o relación que existe entre padres e hijos y es un elemento que integra el estado civil de las personas, que tiene características propias, y del cual surgen derechos y obligaciones entre las partes.

Evolución legislativa.

La filiación es la institución del derecho de familia que más cambios ha sufrido en los últimos años, lo que ha producido un gran desarrollo en el tema, que ha sido motivado, particularmente, por las modificaciones sociales y culturales producidas en las últimas décadas. El estudio de la evolución legislativa del presente aparte se centrará en las principales leyes que produjeron cambios relevantes en esta materia.

La ley 57 de 1887, adoptó para toda Colombia el Código Civil de la Unión de 1873, siguiendo los lineamientos de República Unitaria establecidos por la Constitución de 1886 para Colombia. En esta ley se estableció que los hijos o hijas concebidos por fuera del matrimonio eran naturales y podían ser reconocidos por sus padres (artículo 318). A su vez, se indicaba que los hijos ilegítimos eran de tres clases: los naturales, los de dañado y punible ayuntamiento, y los simplemente ilegítimos^{vi} (artículo 58).

La ley en mención señala dos tipos de filiación: la filiación legítima y la filiación ilegítima. La primera conserva la definición del Código de 1873, pero señala que todos los demás hijos son ilegítimos, y la segunda, adiciona que todos los hijos o hijas naturales pueden ser reconocidos por el padre con la firma del acta de nacimiento.

Posteriormente entra en vigencia la ley 153 de 1887, que modifica el Código Civil y establece la legitimación de un hijo por el matrimonio posterior de sus padres, al igual que se da la posibilidad de reconocer a los hijos mediante documento público o por acto testamentario. Si los hijos o hijas ilegítimos no eran reconocidos solemnemente, no se podía solicitar el reconocimiento sino sólo con el objeto de exigir alimentos. Es

importante destacar de esta ley que algunos artículos siguen hoy en día vigentes y consagran derechos de los hijos o hijas ilegítimos^{vii}.

En 1936, se expide la ley 45, que es fundamental en el tema de la filiación en Colombia porque es una ley exclusiva para regular esta institución. La ley termina con la clasificación de los hijos que se encontraba vigente hasta el momento, y deja únicamente la de los hijos o hijas naturales y los legítimos. A su vez, introduce las presunciones de paternidad y la prohibición de reconocer al hijo o hija de una mujer casada, así como también la posibilidad de investigar la paternidad judicialmente, debido a que en disposiciones previas sólo se podía obtener la paternidad por medio del reconocimiento^{viii}.

Con la ley 75 de 1968, se establecen los cimientos para la legislación que actualmente se encuentra vigente en el tema de filiación. La ley establece la forma de hacer el reconocimiento del hijo o hija natural, el reconocimiento del *nasciturus*, los efectos, y la impugnación del reconocimiento, las normas sobre la patria potestad y la guarda, señala las presunciones de paternidad natural y el procedimiento en las demandas de filiación.

Con la expedición del Decreto 2820 de 1974 (que otorga iguales derechos a los hombres y las mujeres) se cambia el nombre de los hijos o hijas naturales, por el de hijos o hijas extramatrimoniales y se igualan los derechos de los padres y madres respecto a sus hijos.

Otra de las leyes hito en el tema de filiación es la Ley 29 de 1982, que modifica la clasificación de los hijos en extramatrimoniales, legítimos y adoptivos, y otorga igualdad de derechos a todos ellos.

El Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), establece que todo menor tiene derecho a que se le reconozca su filiación, y es el Estado a quien le corresponde el deber de brindar esta garantía con todas las oportunidades para asegurar una progenitura responsable (artículo 5). Este Decreto regula también el proceso de alimentos para los menores de edad.

La Ley 721 de 2001 modifica la ley 75 de 1968, regula lo concerniente a la prueba de paternidad y al manejo de la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos. A su vez, establece que sólo cuando no sea posible disponer de la prueba de ADN, se podrá recurrir a pruebas documentales, testimoniales y otros medios probatorios para dictar sentencia.

La ley 1060 del año 2006, modifica las normas que regulan las impugnaciones de la paternidad y de la maternidad contenidas en el Código Civil. La mencionada ley iguala a la familia originada por un matrimonio o por unión marital de hecho, lo que crea un avance con respecto al sistema clásico que diferenciaba entre la filiación legítima y la extramatrimonial.

Adicionalmente, la ley contiene diferentes aspectos de suma importancia: se presume como padre al marido de la mujer casada o al compañero permanente; modifica la causal tradicional de “absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer” que el marido

podía alegar para desvirtuar la presunción de paternidad, y se reemplaza por dos causales que se encuentran en el artículo 2º, a saber: cuando el cónyuge o compañero demuestre que no es el padre, o, cuando en el proceso de impugnación se desvirtúe la presunción mediante prueba científica.

Los artículos 3º y 10º de la ley 1060 derogan y modifican los artículos 215 y 224 del Código Civil. El primero elimina la prueba de adulterio de la mujer como causal para impugnar la paternidad, mientras que el segundo dispone el resarcimiento de todos los perjuicios causados durante el juicio de impugnación de la paternidad o de la maternidad.

Por último, la ley 1098 de 2006, contiene el Código de Infancia y Adolescencia. En cuanto a la filiación, el artículo 109 señala cómo debe ser el procedimiento en caso de reconocimiento de paternidad por parte del padre de un hijo extramatrimonial.

Marco constitucional.

El artículo 5º de la Constitución Política de Colombia señala que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

El artículo 13 consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, haciendo énfasis en la igualdad y la protección que recibirán todos los niños o niñas y los adolescentes, ya que tienen derecho a tener una familia, un padre y una madre y la certeza de que esos son sus verdaderos padres, mediante las acciones de reclamación e impugnación del estado civil (Morales, 2011, p. 23).

El artículo 14 de la Constitución menciona el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir el derecho que tiene todo individuo humano, por el sólo hecho de existir, a ser reconocido como “persona humana” y a que se le otorguen los atributos jurídicos que son inseparables de él.

El artículo 42 de la Constitución reconoce la importancia de la familia y la consolida como núcleo fundamental de la sociedad, señalando una serie de principios y valores básicos que le son inherentes. La familia es la célula social básica para el establecimiento, educación y crianza de los hijos. El reconocimiento jurídico de la familia, es otro principio que se establece en este artículo.

Independientemente de su origen, la norma superior protege a la familia de cualquier tipo de discriminación, y se consagra que su formación bien puede darse a través del matrimonio así como también mediante la libre voluntad de las personas que, en forma responsable, acuerdan vivir juntas de manera estable.

Del artículo 42 de la Constitución Política, se desprende la igualdad de derechos y deberes del hombre y la mujer en el hogar, y se constituye la protección de la familia que se conforma por vínculos extramatrimoniales. La igualdad en derechos y deberes es predicable para los hijos que provienen del matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica. Este precepto eleva a rango constitucional la igualdad de derechos y obligaciones que tienen los hijos o hijas, independientemente del vínculo que una a sus padres (Sentencias C-047, C-105 de 1994 y C-595 de 1996, Corte Constitucional, MP. Jorge Arango Mejía).

El artículo 44 de la Constitución, hace referencia a los “derechos fundamentales” de los niños como integrantes de la familia, y se reconoce expresamente allí el derecho a la filiación cuando se establece que “Son derechos fundamentales de los niños: (...) la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, (...)” (Sentencia T-609 de 2004, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-260 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, ha señalado que los derechos fundamentales de los niños tienen una protección especial por parte del Estado, ya que ellos se encuentran en “situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad”, debido a que por su falta de madurez en el ámbito físico y mental, necesitan especial protección para su desarrollo integral. De lo anterior se concluye que el Estado tiene una obligación que consiste en garantizar el derecho a la filiación como atributo fundamental de la personalidad jurídica.

Adicionalmente a esto, es importante resaltar que la filiación es considerada como atributo de la personalidad en el derecho internacional más concretamente en la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” y el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, disposiciones que predominan sobre el orden interno en virtud de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política.

Como conclusión, aunque el derecho a la filiación es de orden legal, la jurisprudencia constitucional ha considerado que es un derecho fundamental, que debe ser protegido

porque constituye un atributo de la personalidad jurídica (Sentencia T-609 de 2004, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Clases de filiación

Como ya se ha señalado, la clasificación de la filiación es uno de los temas que más se ha desarrollado a través del tiempo en el Ordenamiento Jurídico Colombiano^{ix}. En la actualidad, todos los hijos o hijas tienen idénticos derechos, por lo que todas las filiaciones tienen iguales efectos. Sin embargo, la clasificación de la filiación sigue siendo relevante por las diversas situaciones que se presentan en torno a ella, que un juez en cada caso en concreto debe contemplar. En este sentido, la importancia radica en los derechos que tienen los hijos, como el de tener acceso a su legítima en caso de sucesión, recibir alimentos y llevar el apellido del padre y de la madre, entre los más relevantes.

Las clases de filiación que consagra nuestro Ordenamiento Jurídico y que serán objeto de estudio son: la filiación matrimonial, extramatrimonial, por reproducción asistida y adoptiva.

Filiación matrimonial.

La filiación matrimonial es la consecuencia de dos elementos: el nacimiento y el matrimonio, siendo el primero un elemento natural y el segundo un elemento de tipo legal (Serna, 1985). Aunque en el Código Civil la filiación matrimonial aún subsiste con la denominación de filiación legítima^x, el concepto se ha tratado de erradicar del Ordenamiento con la Ley 29 de 1982 y la ley 1060 de 2006^{xi}, pero no ha existido claridad en los textos correspondientes.

Como se ha señalado, la filiación matrimonial tiene como fundamento el vínculo matrimonial, aunque no todos los hijos o hijas nacidos dentro del mismo son legítimos ya que para serlo lo esencial es que hayan sido concebidos dentro de la unión establecida por sus padres. En este orden de ideas, la filiación matrimonial esta soportada en cuatro elementos fundamentales, tal como lo menciona el artículo 90 del Código Civil Colombiano.

- a. La maternidad: Es la base de la filiación legítima, se considera como el vínculo jurídico del hijo o hija con su madre. La maternidad supone que hay un parto y que del mismo nace un hijo o hija que se separa completamente de su madre y por lo tanto es persona, lo que hace que este hecho sea susceptible de prueba directa.
- b. El matrimonio: Puede ser civil, católico, o el celebrado dentro de alguna religión que tenga convenio con el Estado Colombiano. El único medio de prueba es el Registro Civil de matrimonio y es importante resaltar que se debe demostrar la existencia del matrimonio en la época de la concepción, no del nacimiento.
- c. La concepción dentro del matrimonio: Este requisito no es necesario en la legitimación, es para los casos de la filiación matrimonial de origen para determinar si la concepción se realizó dentro del matrimonio. Para ello se utiliza la presunción del artículo 92 del Código Civil: “De la época del nacimiento se colige la de la concepción”. El legislador utiliza esta presunción para inferir la época de la concepción, puesto que no es posible determinar esta fecha con certeza, a pesar de los adelantos científicos^{xiii}.
- d. La paternidad: Es el vínculo jurídico entre un hijo o hija con su padre y se determina por la concepción, hecho no verificable por prueba directa, por lo que

es necesario presumirla (Serna, 1985, p. 208). Por su parte, el Código Civil adopta la teoría de la paternidad legítima, que se funda en las obligaciones del matrimonio: fidelidad y cohabitación. Por el hecho de convivir con la madre, se presume que el hijo o hija es del esposo y se presume además que la madre no tiene relaciones sexuales con otros hombres ya que le es fiel a su esposo. La paternidad se puede probar por medio de prueba científica, pero en muchas ocasiones no se requiere de dicha acreditación por la confianza existente entre los padres, la que, unida a las consideraciones antes mencionadas, hace que la paternidad siga amparada por las presunciones legales.

Adicional a lo anterior, las formas existentes para establecer la filiación matrimonial son: (i) por el origen y, (ii) por la legitimación. La filiación matrimonial por origen se presenta cuando los hijos son concebidos estando los padres casados, lo que da como resultado que la filiación se establece desde el nacimiento de los hijos.

Antes de la promulgación de la ley 1060 de 2006, si se lograba probar que durante el tiempo en que se presumía la concepción, el marido estuvo en imposibilidad física de tener acceso a la mujer, éste podía evitar reconocer a su hijo o hija como suyo (Código Civil (2010) artículo 92). En la actualidad existe el proceso de impugnación de la paternidad donde el cónyuge debe demostrar por cualquier medio que no es el padre de un hijo o hija que haya sido dado a luz por su esposa.

Ahora bien, la filiación matrimonial por la legitimación, implica darle el carácter de legítimo a un hijo o hija que por su naturaleza no lo es. Ésta se da para aquellos hijos que

son extramatrimoniales y son legitimados por el matrimonio posterior de sus padres, por lo que uno de los requisitos es el matrimonio posterior a la concepción del hijo.

El principal efecto es que los hijos legitimados adquieren los mismos derechos y deberes que los hijos legítimos (artículos 245 y 246 del Código Civil). Sin embargo, es relevante anotar que los derechos y deberes nacen a partir de la fecha del matrimonio y no se retrotraen a una fecha anterior^{xiii}. En este sentido, la legitimación constituye un beneficio que la ley otorga a los hijos en razón del matrimonio posterior de sus progenitores para que no se creen discriminaciones en razón del origen de la filiación.

Filiación extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial es aquella que se presenta cuando los padres no estaban casados al tiempo de la concepción. A diferencia de la filiación matrimonial, que se determina para ambos padres, la filiación extramatrimonial se determina únicamente para uno de ellos (Serna, 1985, p. 231-237). Este tipo de filiación se fundamenta en la maternidad extramatrimonial y en la paternidad extramatrimonial.

La maternidad extramatrimonial se compone de dos elementos, que tienen las mismas características que la filiación matrimonial, el hecho del parto y la identidad en el parto. Lo que marca la diferencia entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, es la falta de matrimonio al momento de la concepción del hijo.

Con respecto a lo anterior, la Ley 45 de 1936 señala que la maternidad natural (extramatrimonial) se presume por el sólo hecho del parto en los casos en que la madre

sea viuda o soltera^{xiv}. Por otra parte, la paternidad extramatrimonial surge del reconocimiento o de la investigación de la paternidad.

Los hijos extramatrimoniales se pueden clasificar en los siguientes grupos: (a) Hijos o hijas extramatrimoniales propiamente dichos: Son aquellos hijos de padres que no están casados entre sí y que no los liga ninguna unión de hecho^{xv}. (b) Hijos o hijas que por su origen son extramatrimoniales por proceder de padres vinculados por una unión marital de hecho.

Filiación por reproducción asistida.

La filiación por reproducción asistida es aquella que se origina entre un padre o una madre e hijos concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida en la que “el óvulo de una mujer receptora es fecundado con gametos masculinos procedentes bien de su pareja, ora de un tercero donador. En el primer caso se alude a una inseminación artificial *homóloga*, mientras que la segunda se denomina *heteróloga*” (Sentencia de 28 de febrero de 2013, Corte Suprema de Justicia, M.P. Arturo Solarte Rodríguez).

La Constitución, la Ley^{xvi} y los Tratados Internacionales aprobados por Colombia, contienen diversas disposiciones que hacen referencia al tema, donde se incluye la protección al que está por nacer, al embrión fuera del útero y a la madre, entre otros interesantes temas que no abordaremos porque no hacen parte del presente estudio.

En cuanto a la filiación propiamente dicha, la Constitución Política de Colombia reconoce en el artículo 42, la igualdad de todos los niños o niñas, e incluye la de los

“hijos procreados con asistencia científica”. En la filiación asistida, se determinan diferentes clases de madres, las cuales se pueden clasificar en madre biológica, madre gestante y madre jurídica^{xvii}.

En el caso de la paternidad, se pueden generar, a su vez, diversas situaciones. La paternidad biológica parcial y la paternidad biológica aparente. La primera es aquella que se origina cuando el esposo o compañero permanente aporta el semen pero no realiza la gestación por acto sexual. Por su parte, la paternidad biológica aparente se presenta cuando la esposa es inseminada por un tercero y el esposo acepta esta paternidad con respecto a este hijo que no es engendrado por él. En este tipo de filiación, nace un hijo de una pareja que se ha sometido a un tipo de tratamiento de fecundación, donde la identidad jurídica es diferente a la identidad biológica.

La filiación que se genera al usar técnicas de reproducción asistida, será matrimonial o extramatrimonial, dependiendo del estado civil en que se encontraban los padres en el momento en que se hizo el tratamiento. Cuando se aborda el tema de la filiación en la reproducción asistida, es necesario tener en cuenta los diferentes tipos de técnicas de reproducción asistida, donde se encuentran: la inseminación artificial^{xviii} y la fecundación “in vitro”^{xix}.

Como se señaló, las técnicas que hacen parte integral del proceso son homólogas y heterólogas. La primera se realiza con las células sexuales de ambos interesados y las segundas, se realizan con las células sexuales de un donante que ordinariamente es anónimo. En los últimos años, se han presentado en Colombia numerosos proyectos de ley sobre las técnicas de reproducción asistida, pero ninguno se ha convertido en Ley de

la República, lo que genera vacíos en los principales problemas que se presentan alrededor de este tema^{xx}.

En lo que respecta a la filiación, uno de los problemas que se plantean es determinar si el hijo que proviene de una fecundación asistida heteróloga, puede conocer la identidad del donante que aportó las células sexuales. En Colombia, este asunto no está regulado, y en la actualidad existen dos tendencias: por un lado, defender los derechos del niño de conocer su origen genético y evitar con esto que pueda darse un matrimonio entre personas ligadas consanguíneamente así como prevenir o tratar enfermedades de origen hereditario, si se llegaran a establecer relaciones entre personas vinculadas genéticamente pero que lo desconocen.

Por el otro lado, los reacios a que se conozca la identidad de los aportantes anónimos fundamentan su tesis en los problemas que surgirían si se permitiera que las personas así concebidas pudieran solicitar alimentos o derechos sucesorales del donante. En esta tesis, para aquellos que son donantes de células sexuales, por el simple hecho de la donación, se pierden todos los derechos y obligaciones en relación con el hijo.

En el derecho comparado, hay países que han establecido que ser informado sobre el donante que aportó las células constituye un “derecho”, que se adquiere cuando el menor cumple la mayoría de edad. Sin embargo, en muchos países la tesis se mantiene en que la donación debe ser anónima^{xxi}, salvo circunstancias de fuerza mayor en donde se debe revelar la identidad del donante^{xxii}.

Para concluir, en los casos del contrato de maternidad subrogada en todas sus modalidades^{xxiii}, el tema no ha sido regulado en nuestro ordenamiento. El contrato que se establecería no sería válido por tener objeto ilícito, pues las prestaciones a las que le daría origen al contrato son contrarias al orden público, las buenas costumbres y a la ley^{xxiv}.

Filiación adoptiva.

La filiación adoptiva, consagrada en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, “es una medida de protección, a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre las personas que no la tienen por naturaleza”. Para poder llevar a cabo una adopción en Colombia, es necesario llenar unos requisitos de forma y de fondo señalados por el legislador que aplican tanto para el adoptante como para el adoptado^{xxv}.

La adopción genera el parentesco civil, que es una ficción legal por medio de la cual el hijo adoptivo adquiere un vínculo con su padre y madre adoptante. Con la adopción se consolida el parentesco en todas las clases, líneas y grados con la familia adoptante, para que el fin de la ficción jurídica se consolide. El adoptivo deja de pertenecer a su familia biológica por lo que se extingue el parentesco de consanguinidad y se crea entonces un vínculo jurídico filial por la adopción con otra familia (Ley 1098 de 2006).

A manera de conclusión se puede sostener que a pesar de que existen diversas clases de filiación, la Constitución las protege a todas ellas por igual (artículo 13 y 42). Así lo manifiesta la Corte Constitucional en Sentencia C-892 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, cuando señala que “los distintos modos de filiación son titulares del mismo nivel de

protección constitucional, de manera tal que existe una expresa prohibición de raigambre superior que impide la concesión de un tratamiento distinto que se predique en razón de la filiación”.

Acciones de reclamación e impugnación de la filiación y del estado civil

Las acciones de reclamación o declaración de la filiación y del estado civil, son acciones con las cuales se pretende que se declare que una persona es hijo o hija de un padre o de una madre determinados. Estas acciones se dirigen a demostrar que una persona tiene un vínculo de consanguinidad con otra persona, y dan la posibilidad de demandar para obtener el reconocimiento de una filiación, lo cual lleva implícito un cambio en el estado civil (Serna, 1985, p. 279).

Por su parte, las acciones de investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, son aquellas con las cuales se pretende el desconocimiento de una determinada filiación, que hasta ese momento se tiene, porque no corresponde a la realidad, lo que implica a su vez, un cambio en el estado civil.

Las acciones de reclamación e impugnación de la filiación son medidas que tienen como propósito proteger el Estado Civil de las personas, y así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 5 de diciembre de 2008, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. La acción de reclamación busca obtener un Estado Civil que no se tiene y, la acción de impugnación intenta dejar sin efecto el Estado Civil que se posee en apariencia^{xxvi}.

La ley 75 de 1968, modificada por la Ley 721 de 2001, es la regla general en los procesos de investigación de la paternidad o maternidad en Colombia, y establecía dos trámites procedimentales mediante los cuales se podía ejercer la acción. El primero, era un procedimiento especial, en donde se establecía que debían tenerse como legítimos contradictores al padre e hijos cuando estuvieren vivos. Por su parte, el segundo procedimiento era viable cuando uno de ellos hubiera muerto.

En la actualidad, según se ha precisado, el procedimiento especial es el pertinente cuando el demandante de la filiación es menor de edad, y el segundo es el procedimiento ordinario, previsto para los demás casos (Sentencia de 5 de diciembre de 2008, Corte Suprema de Justicia M.P. Ruth Marina Díaz Rueda).

Ahora bien, la acción de impugnación presenta tres variantes. La primera se dirige a desvirtuar la presunción contemplada en el artículo 214 del Código Civil^{xxvii}; la segunda “cuando se pretende desconocer la manifestación voluntaria de quien acepta ser padre; y la última cuando se repele la maternidad por corresponder a un falso parto o suplantación del pretendido hijo al verdadero” (Sentencia de 1 de noviembre de 2011, Corte Suprema de Justicia, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez).

Según ya se ha señalado, la acción de impugnación debe ser sometida, al trámite ordinario y no al especial, “salvo el caso previsto en el artículo 3° de la ley 75 de 1968 cuando se den los supuestos allí establecidos, y el menor es quien la promueve estando vivo su presunto padre o madre” (Sentencia de 5 de diciembre de 2008, Corte Suprema de Justicia, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda).

Impugnación de la paternidad.

La acción de impugnación de la paternidad tiene su origen en el deber de fidelidad entre un hombre y una mujer unidos en matrimonio. La figura surge debido a que algunas mujeres incumplen este compromiso y tienen hijos dentro del matrimonio con personas distintas a sus esposos^{xxviii}. El fin de la acción es destruir la presunción legal de paternidad de los artículos 213 y 214 del Código Civil (modificados por los artículos 1° y 2° de la ley 1060 de 2006).

La ley 1060 de 2006, en los artículos 4°, 5°, 7° y 8° (que reforman los artículos 216, 217, 219 y 222 del Código Civil) señala las personas que son titulares de la acción^{xxix}. De las normas mencionadas, se concluye que los titulares de la acción son el hijo o hija nacido durante el matrimonio o unión marital de hecho, la madre, el cónyuge o compañero permanente, los herederos si el padre ha muerto, los ascendientes del padre y el padre biológico.

Con la derogatoria parcial que realiza el Código General del Proceso (artículo 626, numeral c.) de la expresión “En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera”, consagrada en el artículo 5° de la ley 1060 de 2006 que modifica el artículo 217 del Código Civil, se confirma que el presunto padre biológico podrá impugnar la paternidad en cualquier tiempo.

Respecto del interrogante que surgió en su momento sobre si el presunto padre biológico estaba o no legitimado para interponer la acción de impugnación de la paternidad, debe señalarse que antes de la entrada en vigencia de la ley 1060 de 2006, se establecía que si el hijo era concebido dentro del matrimonio, el padre o sus herederos

eran los únicos que estaban legitimados para impugnar la paternidad. Esta titularidad en la acción obedecía a la presunción legal de que el hijo es del marido por la obligación de cohabitación de los cónyuges, presunción que es necesaria debido a la falta de avances científicos de la época.

Sin embargo, el artículo 406 del Código Civil, señala que: “ni prescripción, ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quién se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”. De este precepto se entiende que si el hijo es producto de una relación en donde no existe el vínculo del matrimonio, el verdadero padre puede reclamar la paternidad de su hijo, ya que en este caso no es necesario desvirtuar la presunción de paternidad.

De las disposiciones contenidas en Constitución Política de 1991^{xxx} y en la ley 1060 de 2006^{xxxi}, se concluyó que, en aras de proteger los derechos de los menores, el presunto padre debe estar legitimado para actuar en los procesos de impugnación de la paternidad, independientemente de la relación donde haya sido concebido el hijo.

El término para interponer la acción varía según quién interponga la acción. Si es el hijo o hija, no tiene término para interponer la acción de impugnación. El cónyuge o compañero permanente tenía un término de 60 días que, gracias a la reforma de la ley 1060 de 2006, artículo 4, se amplió a 140 días siguientes a la fecha en la que tuvo conocimiento de no ser el padre biológico del hijo.

Por su parte, la madre tiene un término de 140 días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento que su marido o compañero permanente no es el padre biológico del hijo en cuestión. Los herederos del padre tienen 140 días para ejercer la acción desde que conocen del nacimiento del hijo, o desde que conocen de la muerte del padre^{xxxii}. Los ascendientes del padre, tienen un término de 140 días después del conocimiento de la muerte del padre para interponer la acción. Por último, como se mencionó, el padre biológico no tiene límite de tiempo para ejercer la acción^{xxxiii}.

Como se puede observar, los términos anteriores pueden llegar a desproteger a los hijos ya que en cualquier momento pueden ser objeto de la demanda de impugnación porque al estar sometido el vínculo jurídico únicamente a la parte biológica, se desconocen lazos afectivos creados por la convivencia y convicción de la filiación. Sin embargo, la modificación del término beneficia a los padres quienes pueden saber quién es realmente su descendiente.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, la acción de impugnación de la paternidad, debe ejercerse contra el hijo o hija; madre, padre, cónyuge o compañero permanente, o si los anteriores fallecen, contra sus herederos.

Antes de la expedición de la ley 1060 de 2006, el artículo 214 del Código Civil señalaba que solo se podía impugnar la paternidad del hijo que nacía dentro de los 180 días después de celebrado el matrimonio, cuando el marido se encontraba en imposibilidad física de tener acceso a la mujer: "...El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el art. 92

C.C., pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer”.

Con la expedición de la ley 1060 de 2006, artículo 2º, esta disposición se modifica señalando que el cónyuge o compañero permanente puede desvirtuar la presunción legal de paternidad por cualquier medio, disposición que genera un avance significativo en los procesos de filiación.

En la actualidad, la presunción legal de paternidad puede ser desvirtuada por un sinnúmero de causas, en contraposición a lo establecido antes de la aparición de la ley, que únicamente permitía la causal de “absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer”.

Consideramos que la ley 1060 de 2006 debía contener una disposición como la recién mencionada ya que debía ser congruente con la ley 721 de 2001, que señalaba en el artículo 3, que la presunción de paternidad se rompe con el resultado de la prueba genética de ADN^{xxxiv}. Lo anterior evidencia que en los procesos de filiación la prueba más importante será la de ADN, “mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades” (Ley 721 de 2001).

Ahora bien, el ordinal c) del artículo 626 del Código General del Proceso (C.G.P.) deroga lo que el artículo 2º de la Ley 1060 de 2006 había modificado en relación con el artículo 214 y 217 del Código Civil. El C.G.P., deroga las expresiones “mediante prueba científica”, “en atención a lo consagrado en la ley 721 de 2001” y “En el respectivo

proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera”.

En este orden de ideas el C.G.P., eliminó las referencias que establecía la ley 1060 de 2006, en relación a las pruebas científicas por lo que ahora se puede interpretar que el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta (180) días subsiguientes al matrimonio se reputa “concebido en el vínculo” a excepción de que en el proceso de impugnación de la paternidad se desvirtúe esta presunción. De la misma forma, la nueva redacción del artículo 217 producto de la derogación del C.G.P., permite concluir que el presunto padre o madre biológico podrán impugnar la paternidad o maternidad en cualquier tiempo.

Impugnación de la maternidad.

La acción de impugnación de la maternidad tiene como propósito despojar a quién figura como madre de un hijo o hija, de esa calidad respecto de una determinada persona. Mediante esta acción se sustrae el falso título de madre a la mujer que lo porta, para otorgárselo a quien no lo posee y es la verdadera madre.

Según lo establece el Código Civil en el artículo 335, los titulares para ejercer la acción de impugnación de la maternidad son el marido de la supuesta madre y la supuesta madre. En adición a esto, el artículo 4 de la ley 1060 de 2006, que modificó el artículo 216 del Código Civil^{xxxv}, establece que se debe iniciar la acción dentro de los 140 días siguientes a aquel en que se tuvo conocimiento de que la respectiva mujer no es la madre biológica.

Los verdaderos padres del hijo también son titulares para ejercer la acción, así lo establece el Código Civil, artículo 335. Como se señaló previamente, el artículo 406 establece que no hay un término extintivo para que los verdaderos padre o madre puedan ejercer la acción. En este sentido, la ley 1060 de 2006 ratifica el término mencionado para interponer la acción, señalando que la acción de impugnación de la maternidad y de la paternidad se le concede al padre o madre biológicos, sin límite de tiempo alguno para ejercerla^{xxxvi}.

De lo anterior se concluye que la acción de impugnación de la maternidad que se le concede al hijo para ser ejercida en cualquier tiempo es equiparable a la que se le concede a los padres, ya que estos también pueden ejercerla en cualquier momento.

El artículo 13 de la ley 1060 de 2006, que modifica el artículo 337 del Código Civil, señala que “se concederá también esta acción a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre”. El término para interponer la acción debe entenderse al tenor de lo dispuesto por el artículo 11 de la misma ley, es decir que la acción podrá ser interpuesta dentro de los 140 días en que se tuvo conocimiento.

Es importante tener en cuenta que para que la acción de impugnación de la maternidad prospere, es necesario que quién interpone la acción sea una persona legitimada por la ley para hacerlo, que se presente la demanda dentro del término legal y que se pruebe alguna de las causales consagradas en el artículo 335 del Código Civil: “...falso parto o suplantación del pretendido hijo al verdadero”^{xxxvii}.

El reconocimiento

Según la Corte Constitucional, en Sentencia C-145 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, el reconocimiento de un hijo es el acto libre y voluntario realizado por los padres, que “emana de la recta razón humana, por el hecho natural y biológico que supone la procreación”.

El acto de reconocimiento debe ser personal, expreso, voluntario, solemne, irrevocable^{xxxviii}, erga omnes y bilateral^{xxxix}. Puede hacerse: (i) mediante la firma del acta de nacimiento, (ii) por escritura pública, (iii) por testamento, (iv) por manifestación expresa y directa hecha ante juez y, (v) siendo posible también, “que el padre o la madre puedan reconocer al hijo, incluso, en la etapa de conciliación previa al proceso de filiación y dentro del mismo proceso” (Sentencia C -145 de 2010, Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Según el artículo 5 de la ley 75 de 1968, el reconocimiento sólo podrá ser impugnado por las causas indicadas en el artículo 248 del Código Civil, (modificado por el artículo 11 de la ley 1060 de 2006) que hace referencia a las causales especiales de impugnación. Es decir, el reconocimiento podrá impugnarse cuando el hijo no ha podido tener como padre o madre, a quién pasa por tal.

El estudio del reconocimiento es importante ya que cuando los padres se niegan a reconocer a un hijo, se justifica entonces la intervención del Estado, mediante los procesos de filiación, con el fin de forzar el establecimiento de la filiación. La razón es la protección de los derechos del menor, en especial los relacionados con la personalidad

jurídica, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, y el derecho a tener un estado civil. Es necesario poder establecer quién es el verdadero padre o madre de un menor ya que son ellos quienes deben cumplir las obligaciones y responsabilidades que se derivan de su condición de padres. Las acciones para forzar el reconocimiento por la vía judicial, son: la acción de investigación y la acción declaración de filiación.

Acción de investigación de paternidad o de maternidad

Debido la dificultad que existía para probar el hecho de la concepción, la ley estableció ciertas presunciones en relación con la paternidad^{xl}, pero con la incorporación de la prueba científica de ADN en los procesos, estas presunciones son meros indicios y el juez ordinariamente falla de acuerdo con la valoración de la prueba científica, junto con los otros medios de prueba aportados al proceso.

Antes de la expedición del C.G.P., para ejercer esta acción era necesario observar la edad del demandante, ya que ésta indicaba si se debía usar el procedimiento especial o el ordinario. Con la expedición del C.G.P., los procesos de investigación e impugnación de la paternidad y de la maternidad serán procesos declarativos (verbales) lo que elimina las posibles confusiones que se sobre el tema se generaban creando un único procedimiento para las dos acciones.

El procedimiento en las acciones de investigación de maternidad o de paternidad inicia con una demanda que debe reunir los requisitos consagrados en la ley. Si la demanda es admitida, se fija la fecha de la práctica de la prueba genética. Según el artículo 8 de la ley 721 de 2001^{xli}, el término que tiene el demandado es de 8 días para

contestar la demanda y una vez en firme el resultado de la prueba genética, el juez debe dictar Sentencia^{xlii}.

Acción de reclamación o declaración de la filiación y del estado civil

La acción de Reclamación o Declaración de la Filiación y del Estado Civil, está encaminada a que una persona mayor de edad demuestre que tiene un vínculo de consanguinidad con otra persona, quien puede ser su presunto padre o madre. El sujeto activo es el hijo mayor de edad, o los descendientes o ascendientes del mismo, si este falleció (Sentencia de 5 de diciembre de 2008, Corte Suprema de Justicia, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda).

En este proceso es aplicable el artículo 1° de la ley 721 de 2001, donde se ordena la práctica de la prueba genética. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se establece que el juez puede y debe practicar otras pruebas que sean necesarias para concluir si el demandado es el padre o madre del demandante (Sentencia C-746 de 2005 y C-808 de 2002. MP. Jaime Araujo Rentería).

A manera de conclusión, en la Sentencia es necesario que el juez declare (i) Si el demandado es el padre o madre del demandante, (ii) Se debe inscribir la Sentencia en registro civil de nacimiento del demandante, (iii) Condenar al demandado a pagar el costo de la prueba genética y (iv) Decretar o negar otras acciones acumuladas.

Aspectos probatorios

En un principio, el tema probatorio de los procesos de impugnación y de reclamación de la filiación era restringido y no se permitía un medio probatorio diferente al que consagraba la ley. La ley 75 de 1968 fue la primera en modificar esta situación, permitiendo que los jueces decretaran exámenes científicos^{xliii}, aunque estos debían ser apreciados como pruebas auxiliares que apoyaran las presunciones consagradas en la ley.

En 1995 se empieza a usar la técnica del ADN en Colombia en las pruebas para establecer la paternidad y se usan en los estrados judiciales por sus resultados precisos y confiables. Los avances científicos incidieron en el cambio de la jurisprudencia por lo que la Corte Suprema de Justicia manifestó que los jueces debían fallar en concordancia con la prueba científica con el objetivo de no ir en contravía de la ciencia (Sentencia del 10 de marzo de 2000. M.P. Jorge Santos Ballesteros).

Con la expedición de la ley 721 de 2001 se da un giro en el sistema de presunciones y se recoge la jurisprudencia que se había pronunciado sobre los exámenes biológicos. Se establece la obligación del juez de decretar la prueba científica, la necesidad de que los laboratorios se certifiquen de acuerdo con los estándares internacionales, los requisitos mínimos que debe contener el informe científico y se establece a la persona obligada a pagar por la prueba científica.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, en particular sobre si la prueba genética era la única a la que se debía sujetar el fallador para decidir el asunto, a manera de una tarifa legal, y señaló que el juez debe fallar teniendo en cuenta todas las pruebas

que se encuentren en el proceso como testimonios, documentos, interrogatorios de parte y demás medios de prueba consagrados en la ley (Sentencia C-476 del 10 de mayo de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra,).

Lo anterior crea una controversia en el evento en que la prueba del ADN contraría los otros medios de prueba, o no brinde el grado de probabilidad que exige la ley en el artículo primero de la ley 721 de 2001 (99.99%). Con respecto a estos casos, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la importancia de la prueba “no se desvanece, puesto que es posible que ella sirva para articular el contenido de los restantes elementos de juicio que reposan en el expediente, sobre todo cuando el valor probabilístico de las conclusiones del dictamen científico es altamente persuasivo” (Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Corte Suprema de Justicia, M.P. Edgardo Villamil Portilla).

En este orden de ideas, es necesario señalar que la prueba genética no siempre es la prueba concluyente en los procesos de investigación de la paternidad, y por consiguiente es necesario analizar otros medios probatorios. La Corte Suprema de Justicia, señaló que existen algunos casos^{xliv}, ciertamente excepcionales, en donde la prueba genética “no se convierte en la prueba determinante para la definición de la paternidad”, y que en esos supuestos se debe acudir a otros elementos de juicio que adquieren mucha importancia, como lo es la prueba testimonial, que permite esclarecer “situaciones fácticas de las que pueda inferirse el trato carnal entre la madre de la persona demandante y el presunto padre demandado en la época de la concepción del interesado” (Sentencia de 22 de septiembre de 2010, Corte Suprema de Justicia M.P. Arturo Solarte Rodríguez).

De lo anterior se concluye que en los procesos de filiación, la apreciación de la prueba genética, debe realizarse teniendo en cuenta el grado de probabilidad que exige la ley, pero si la probabilidad es inferior al índice exigido o se trata de un supuesto excepcional será necesario apreciar las demás pruebas que se encuentren en el proceso.

Código general del proceso: Ley 1564 de 2012

La ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, introduce algunos cambios a los procesos de investigación o impugnación de la paternidad y de la maternidad contenidos en la Ley 721 de 2001. El C.G.P., señala que los procesos de investigación e impugnación de la paternidad y de la maternidad serán procesos declarativos es decir, que con la entrada en vigencia de la ley, serán procesos verbales.

Ahora bien, el artículo 386 del C.G.P señala que en todos los procesos de investigación e impugnación de la paternidad y de la maternidad se aplicarán algunas reglas especiales, como la práctica de la prueba con marcadores genéticos de ADN. Esta prueba será decretada por el juez, aún de oficio, en el auto admisorio de la demanda y, se presumirá cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada cuando la parte demandada sea renuente a la práctica de la prueba^{xlv}.

La ley 721, señalaba que en casos de renuencia a la práctica de la prueba, el juez haría uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debía realizar la prueba. Si persistía la renuencia, se debía proceder a declarar la paternidad o maternidad. Como se observa, el C.G.P elimina la utilización por parte del juez de los mecanismos legales para hacer comparecer a las

personas a la práctica de la prueba y procede a presumir como cierta la paternidad o maternidad cuando la parte demandada se niegue a la práctica de la prueba.

Otro aspecto importante que introduce el C.G.P es que no será necesaria la práctica de la prueba científica si el demandado no se opone a las pretensiones de la demanda, caso en el cual se dictará sentencia de plano. Esto difiere de lo consagrado en la ley 721 de 2001, ya que en esta ley se establecía que sólo se decretaría la paternidad o maternidad si la prueba genética la demostraba. En caso de que la prueba no demostrara la paternidad o maternidad, se podría absolver al demandado. Lo anterior evidencia un importante cambio en el proceso, ya que se introduce la posibilidad de evitar la práctica de la prueba genética si el demandado no se opone a las pretensiones, aun sabiendo que no es el verdadero progenitor del demandante.

Finalmente, en el C.G.P se establece que se pueden decretar o suspender los alimentos provisionales en el proceso, desde la admisión de la demanda, siempre que el juez encuentre un fundamento razonable para hacerlo. Este asunto difiere de lo establecido en la normatividad anterior, en donde el juez decretaba alimentos desde la admisión de la demanda, así existieran o no fundamentos razonables para incluir o excluir la paternidad.

A manera de conclusión el C.G.P contiene una serie de disposiciones que tienden a hacer más rápida y efectiva la declaración de la presunción de la maternidad y de la paternidad. El C.G.P introduce el requisito de realizar una solicitud debidamente motivada para poder contradecir la prueba; elimina los mecanismos contemplados en la ley para hacer comparecer a las personas a quienes se les debe realizar la prueba, presumiendo cierta la paternidad o maternidad cuando la parte demandada sea renuente a

la práctica de la prueba; concede la opción de decretar la paternidad sin realizar la prueba científica; y finalmente señala que la práctica de la prueba se puede decretar “de oficio” por el juez, ratificando lo establecido en el artículo primero de la ley 721.

Efectos de la filiación

De la relación filial materna y paterna se derivan dos clases de derechos principalmente: los de carácter personal y los de carácter patrimonial^{xlvi}. El primero trata los derechos y obligaciones derivados del trato personal entre los padres y los hijos y el segundo regula lo concerniente a la patria potestad.

Derechos y obligaciones entre padres e hijos, patria potestad y derechos sucesorales.

Los derechos y obligaciones entre padres e hijos o hijas, se aplican a todas las clases de hijos, bien sean matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos y a los provenientes de la fecundación asistida^{xlvi}. Los derechos y obligaciones personales tienen origen en la potestad del *pater familias* romano, y esta concepción ha evolucionado hasta lo que se encuentra plasmado hoy en la ley 1098 de 2006, donde el legislador armoniza los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con lo establecido en la “Convención sobre los Derechos del niño o niña”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 y otros Tratados Internacionales adoptados por Colombia.

Las obligaciones de los padres con respecto a los hijos o hijas, empiezan con el cuidado personal y su crianza. En este aspecto, el “Código de la Infancia y Adolescencia”

amplía el concepto de cuidado personal, adicionando el acompañamiento y la orientación que deben tener los padres frente a los hijos.

De la misma forma, el artículo 23 del Código en mención desarrolla el concepto de custodia, adicionando elementos como la solidaridad permanente que deben asumir los padres en la custodia del menor, la forma directa y oportuna en que los padres deben ejercer la custodia y la extensión de la obligación de cuidar a los niños o niñas a las personas que viven con ellos. También se establece la obligación de educar a los hijos o hijas durante el proceso moral e intelectual y el deber de vigilancia, corrección y sanción del padre frente al hijo^{xlviii}. Finalmente, se establecen el derecho que los niños tienen de recibir alimentos por parte de sus progenitores.

Este cúmulo de deberes supone una obligación compartida entre los padres por lo que es necesario establecer a qué patrimonio se le imputan los gastos del cuidado de los hijos^{xlix}, lo que ratifica la importancia de establecer la filiación para un menor.

Finalmente, la asignación de los derechos sucesorales es el último de los efectos de la filiación y pueden ser adquiridos del hijo o hija frente al padre o madre. Sin distinción de su origen, los hijos o hijas forman parte del primer orden sucesoral en la sucesión intestada y por consiguiente excluyen a todos los demás herederos en los demás ordenes sucesorales.

Establecer o declarar la filiación en cualquiera de sus modalidades es esencial para el surgimiento de obligaciones que se derivan de los padres hacia los hijos. En el evento en que estos deberes se incumplan y se genere un daño, es posible que el derecho interfiera

en la relación paterno-filial para así proteger al sujeto que encuentre vulnerados sus derechos.

De lo anterior se concluye que la filiación es aquel nexo o vínculo que une a un progenitor con un hijo o hija, que puede configurarse de diferentes maneras. Todas las personas tienen derecho a que se les reconozca su filiación, a conocer su origen genético y a tener un nombre. Mediante las acciones de reclamación e impugnación de la filiación y del Estado Civil, el Estado brinda una herramienta para poder hacer efectivos estos derechos protegidos por Tratados Internacionales, la Constitución y la ley.

Realizar comportamientos que estén dirigidos a negar o impedir que se establezca la verdadera filiación de una persona, involucra el desconocimiento de las obligaciones, derechos y deberes que se encuentran consagrados en el Ordenamiento Jurídico Colombiano y puede conducir a que se ocasionen daños las partes, e incluso a terceros que no hacen parte de la relación paterno-filial, y que necesariamente deben ser reparados.

La responsabilidad civil y el derecho de familia

La “Responsabilidad Civil” surge por los daños que se causan como consecuencia de la violación de un deber jurídico, genérico o específico, de no causar daño a otra persona. Consiste, en el deber de soportar las consecuencias indemnizatorias o reparatorias, impuestas por la autoridad competente, por haber transgredido el ordenamiento jurídico y haber causado un daño injusto a otro. La vulneración del ordenamiento, cuando el agente obra antijurídicamente y causa un daño a otra persona que no tiene el deber de soportarlo, tiene una consecuencia jurídica que, en principio, es la obligación de reparar el daño así inferido (López Mesa, 2009).

Ahora bien, el concepto de Responsabilidad Civil se nutre de diferentes elementos, pues, por ejemplo, Planiol señala que ser civilmente responsable significa “estar obligado a reparar por medio de una indemnización, un perjuicio sufrido por otras personas”; por su parte, los Mazeaud sostienen que “una persona es civilmente responsable cuando está obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde del mismo” (Citado por López, 2009, p.21).

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas, sostiene que “La Responsabilidad Civil, concebida *lato sensu* como la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente, encuentra venero en la eterna búsqueda de la justicia, equidad y solidaridad para

restablecer el equilibrio alterado con la conculcación de la esfera jurídica protegida por la norma”. En este orden de ideas, las normas que regulan la Responsabilidad Civil tienen, principalmente, una función reparadora o reparatoria, pues buscan “poner al perjudicado en la posición más parecida posible a la que tendría si no hubiese sufrido el daño” (Castro, 2010). Lo anterior no significa que se excluyan otras funciones complementarias, cada vez más importantes, como la función preventiva, pues, obviamente, es mejor, desde el punto de vista individual y colectivo, que los daños no se produzcan a que, una vez causados, se proceda a indemnizarlos.

En esencia, la Responsabilidad Civil se fundamenta en la libertad de las personas para actuar respetando las normas y los derechos e intereses legítimos de los demás, de tal manera que el ejercicio de la libertad no debe excederse vulnerando el círculo jurídico ajeno. Para proteger tales prerrogativas e intereses, el ordenamiento debe imponer deberes jurídicos para prevenir y evitar daños. Al transgredirse estos deberes y con ello generar un daño a una persona, surge para quien así ha actuado el deber de reparar los perjuicios mediante una indemnización que tiene como objetivo restablecer el equilibrio alterado y poner a la víctima en la situación más cercana a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado.

El punto que nos proponemos dilucidar consiste en establecer si a las relaciones conflictivas que se presenten entre familiares se aplican las mismas reglas que se emplean para los daños que se ocasionan entre extraños. Lo que se acostumbra en la práctica, por convencionalismos sociales o criterios morales, es evitar reclamaciones entre parientes, aunque en la ley civil no existan excepciones para aplicar la regulación sobre Responsabilidad Civil a los daños causados entre integrantes del grupo familiar.

En el presente capítulo se hará un recuento histórico sobre las posturas alrededor de admitir o no la aplicación de las reglas de la Responsabilidad Civil en el derecho de familia; se analizarán los requisitos para atribuir la Responsabilidad Civil a una persona que ha causado un daño, aplicados en el ámbito del Derecho de Familia, y se examinarán los diferentes casos que se presentan alrededor de esta problemática.

Responsabilidad civil y derecho de familia.

El tema de la aplicación de las reglas de la Responsabilidad Civil en las relaciones de familia ha sido poco tratado en la doctrina clásica del derecho privado y la tendencia que ha existido entre los autores es la de excluir el Derecho de Familia de las reglas de la Responsabilidad Civil (Roca, 2003, p. 533). La razón de esta exclusión se entiende al estudiar la evolución histórica que ha tenido la atribución de responsabilidad entre los miembros de la familia, particularmente en el sistema jurídico anglosajón, exclusión que paulatinamente se ha transformado y diluido.

Antecedentes históricos.

La evolución de los sistemas de atribución de Responsabilidad Civil en las relaciones familiares, se ha visto influenciada por las corrientes religiosas. En principio, fueron los juristas anglosajones quienes argumentaron que no era posible realizar reclamaciones por daños cuando estos se causaban entre miembros de una familia, y, específicamente, cuando el conflicto se presentaba entre los cónyuges. La razón de lo anterior se fundamentaba en el Génesis, de donde se extrae la noción de que el principal efecto del matrimonio era la “fusión de las personalidades del hombre y la mujer, con la pérdida de

ésta de su propia personalidad” (Roca, 2003, p. 534). Según William Blackstone^l, el matrimonio tiene como consecuencia que la personalidad de la mujer se suspende, por lo que se consolida e incorpora en la del marido. Este efecto que producía el matrimonio era conocido como “*consortium*”, que corresponde a un principio del que dependían casi todos los derechos legales, deberes e incompatibilidades, que el hombre y la mujer podían tener durante el matrimonio.

Cualquier acción judicial que se pretendiera interponer entre esposos se encontraba limitada por este principio de identidad de la pareja^{li}. Es decir, ningún cónyuge podía interponer una acción contra el otro, lo que limitó la protección de la mujer, incluso en áreas como el derecho penal (Roca, 2003, p. 535 citando a Prosenner, 1971).

En Inglaterra, la promulgación de leyes como la “Married Women’s Act”^{liii}(1882) y la “Law Reform Act” (1962) admitieron la acción entre cónyuges por los daños ocasionados intencionalmente o por culpa, y se reconoció la legitimación de cada uno de los esposos para interponer acciones contra el otro como si no hubieren estado casados.

En España, los delitos cometidos entre cónyuges, ascendientes y descendientes, estuvieron cobijados por la inmunidad de la responsabilidad criminal, pero se ha reconocido la Responsabilidad Civil por “hurtos, defraudaciones o daños que se causaren recíprocamente los cónyuges, ascendientes y descendientes” (Roca, 2003, p. 536). Las razones de la inmunidad se encontraban en que la persecución criminal en estos casos llevaría al descubrimiento de secretos domésticos y rompería el vínculo que une a los individuos que componen el grupo familiar, creando rencores y desacuerdos.

Ahora bien, en cuanto a las relaciones paterno-filiales la concepción de la responsabilidad por daños ha sido diferente, ya que la personalidad independiente del hijo siempre se ha admitido. El hijo ha estado legitimado para ser titular de los beneficios patrimoniales derivados de los bienes que le pertenecen, y en consecuencia podía realizar reclamaciones por los daños causados por sus padres (Roca, 2003, p. 536).

En las relaciones paterno-filiales, tradicionalmente han existido sanciones específicas consagradas en la ley civil para el caso del incumplimiento de los deberes recíprocos entre padres e hijos, como son la pérdida de la patria potestad, y la desheredación, que implican la pérdida de derechos, pero no se relacionan directamente con el resarcimiento de los daños que se hayan causado. Son “castigos” por el incumplimiento de obligaciones, más no buscan reparar directamente el daño que el hijo ha sufrido.

Tesis sobre la aplicación del derecho de daños en las instituciones de familia, privilegios e inmunidades en las relaciones familiares

Históricamente ha existido una tesis negativa que propugna por la no aplicación de las normas sobre Responsabilidad Civil en las relaciones familiares, basándose en diferentes posturas. La primera de ellas es la postura ética o moral, que considera censurable que alguien pretenda lucrarse de una afectación a la dignidad o al honor^{liii}. Esta postura sostiene que la acción por la cual una persona pretende lucrarse con la deshonra, es contraria a las buenas costumbres. Así, se indica que no es adecuado “degradar con pretensiones resarcitorias la nobleza de los sentimientos que de los cónyuges recíprocamente se han tenido” (Novellino, 2000, p. 40).

La postura contractualista, por su parte, señala que no es factible asimilar las reglas de la responsabilidad contractual a las relaciones de familia, pues los deberes que emanan de ella no son obligaciones en sentido técnico. La especialidad del derecho de familia no permite la aplicación de normas que son del ámbito comercial o, incluso, relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos.

La tesis positivista y basada en el carácter especial de las normas del Derecho de Familia, considera que las disposiciones de la Responsabilidad Civil no son aplicables a las relaciones de familia, simplemente porque el Ordenamiento Jurídico no ha hecho una remisión expresa sobre el resarcimiento del daño moral o patrimonial que puedan presentarse en estas relaciones. Señalan que se debe descartar la procedencia de la reparación integral de un daño generado en las relaciones de familia, porque no existe norma expresa que lo autorice, así como tampoco existe remisión al sistema reparatorio de la Responsabilidad Contractual o Extracontractual.

Finalmente, la postura sociológica sostiene que admitir la Responsabilidad Civil en las relaciones familiares conduciría a buscar soluciones para estos conflictos mediante sanciones con consecuencias patrimoniales, en lugar de buscar soluciones no conflictivas para este tipo de situaciones. Si se da la reparación del daño moral en la esfera familiar, influiría en que descendería la tasa de matrimonios; así como también se argumenta que hay ciertos daños que, por su naturaleza, deben quedar sin reparación (Novellino, 2000, p. 45).

Según estos planteamientos doctrinales, el legislador no estableció expresamente la aplicación del régimen de Responsabilidad Civil a las relaciones familiares, por lo que

puede concluirse que hay un vacío jurídico, un silencio con respecto a este tema. En este orden de ideas, las normas en mención no se deben aplicar porque el Derecho de Familia es autónomo, tiene sus propias disposiciones que contienen sanciones propias y específicas para cada caso en particular, además de lo cual se trata de un sistema normativo en el que muchas de sus normas son de carácter imperativo dado el interés de la sociedad en la protección de la familia como célula básica de la sociedad.

Por otra parte, hay teorías que admiten la aplicación de las reglas del Derecho de Daños en el ámbito familiar. La tesis de la equidad, por ejemplo, señala que se debe admitir la responsabilidad por daños aplicando un factor objetivo de imputación, ya que en casos como el divorcio se ven frustradas expectativas morales y económicas para el cónyuge inocente del divorcio.

Igualmente, los partidarios de esta teoría señalan que las relaciones entre padres e hijos menores son relaciones entre partes desiguales en donde los segundos dependen de los primeros y solamente en casos extremos en los que exista incumplimiento grave, alto riesgo o abuso de los deberes parentales, el Estado ordinariamente interviene a favor del menor, lo que justificaría la admisión de la tesis o teoría de la equidad.

La corriente favorable a la indemnización^{liv} tiene como fundamento el carácter general y no excluyente del precepto básico de la Responsabilidad Civil (el artículo 1382 del Código Civil francés y las normas similares que existen en las diferentes codificaciones^{lv}) y, por tanto, da una base suficiente al resarcimiento de perjuicios en la materia. Esta corriente, conocida como “admisoria”, señala que en las relaciones familiares se pueden producir perjuicios patrimoniales y morales que se generan por la

violación de un deber legal. Lo anterior, supone la existencia de un autor consciente y responsable, que al realizar un acto ilícito que tiene como resultado un daño o perjuicio, debe conducir a que se activen los mecanismos consagrados en la ley para la protección e indemnización en favor de las víctimas. En este orden de ideas, no existe razón plausible por la cual no deba aplicarse a esa situación la norma básica de la Responsabilidad Civil.

De igual forma, aceptar el resarcimiento de los daños derivados de las relaciones familiares, contribuye a mejorar la situación de los parientes afectados por el daño moral y económico sufrido, que debe entonces indemnizarse, como se hace con todos los hechos ilícitos. Novellino (2000, p. 52) señala que, “una vez inferida la lesión y acreditado el perjuicio, no se advierte en forma alguna por qué ha de negarse al agraviado la compensación correspondiente, abriendo una puerta más, mediante la impunidad, a la mala fe y la traición conyugal”.

Privilegios e inmunidades en las relaciones familiares.

El sistema de privilegios e inmunidades que ha existido respecto de los daños causados en las relaciones familiares, es la diferencia más importante, en esta materia, entre el sistema jurídico del Common Law y el Derecho Europeo Continental. En el Common Law, tradicionalmente se han establecido reglas de inmunidad a favor de ciertos miembros de la familia en razón al vínculo que se tiene respecto de quien sufrió el daño. Estas excepciones se conocen como “Domestic Relations” o excepciones de “Relaciones Familiares”, de origen jurisprudencial y basadas en el sistema denominado “torts immunities”.

Los eventos en los cuales se planteó la aplicación de las excepciones o inmunidades familiares se referían a los casos en donde se producían daños entre cónyuges y en los eventos de daños causados por los progenitores a sus hijos. En el primer caso, la inmunidad se fundamentaba en la doctrina del “Marital Unity”, donde, como ya hemos indicado, el matrimonio terminaba con la identidad de la mujer constituyendo los cónyuges una sola persona.

Como se ha señalado, a medida que las leyes evolucionaron, la mujer casada adquirió capacidad para administrar sus bienes y para ejercer acciones indemnizatorias por los daños patrimoniales que se le causaban. Sin embargo, la inmunidad se mantuvo en la órbita de los daños personales, con fundamento en el respeto a la privacidad y la armonía familiar. Gradualmente esta inmunidad fue decayendo gracias a la falta de fuerza en los argumentos que la sostenían, y a un importante factor: la generalización del seguro de Responsabilidad Civil en los daños causados en accidentes de tráfico.

El segundo caso de inmunidad familiar, respecto de los daños causados por la madre o el padre a los hijos, se fundamentó en la jurisprudencia norteamericana en tres Sentencias hito llamadas las “Great Trilogy”^{lvi}. Las Sentencias acogieron los fundamentos de las teorías negativas, en cuanto a la no aplicación de las normas de Responsabilidad Civil en las relaciones familiares.

En esencia las razones para mantener la inmunidad y considerar improcedente la reclamación por daños en este escenario, fueron: (i) Los padres tienen amplia discrecionalidad para disciplinar a sus hijos, (ii) El derecho de familia y el derecho penal contienen remedios suficientes en relación con los abusos cometidos por la parte

demandada; (iii) Se debe mantener la paz social y familiar, (iv) Los hermanos de la víctima sufrirían un perjuicio por la disminución del patrimonio paterno y, (v) Existiría la posibilidad de que el padre recuperara lo pagado a su hijo en la sucesión en caso de muerte previa del descendiente.

Con el paso del tiempo, estos argumentos cayeron en desuso y la jurisprudencia lentamente llegó a la conclusión de que la inmunidad parental debía abolirse. El caso “Goller vs. White” de 1963, concluye que la inmunidad paterna por daños causados a los hijos debe ser abolida, salvo dos casos: (i) Los actos relativos al ejercicio de la discrecionalidad paterna respecto a la provisión de alimentos y otras necesidades y, (ii) Los actos que impliquen el ejercicio de la patria potestad, donde se debe valorar la razonabilidad de los actos de acuerdo con las características del rol de padre^{lvii}. Finalmente el “Restatement of Torts” de 1977, rechaza la inmunidad parental, en los mismos términos como lo realizó con la inmunidad entre cónyuges.

En el Common Law las exenciones se han aplicado con base en el status familiar de quién ocasiona y de quien sufre el daño, es decir, la simple condición de ascendiente o descendiente configura la inmunidad. Se dejaban de observar circunstancias adversas como la naturaleza de la actividad que producía el daño y la intencionalidad de la conducta dañosa (desde la perspectiva de la inmunidad absoluta).

Ahora bien, existe también la inmunidad basada en las relaciones de convivencia entre dañante y víctima como factor de atenuación de responsabilidad, y se fundamenta en el llamado “privilegio doméstico” y en el “principio de solidaridad”. El primero señala que en las relaciones domésticas las personas se comportan tal como son, es decir se

desarrolla la libertad personal sin restricciones. El deber que conlleva esta libertad, es el de aceptar a los convivientes como son, con sus defectos y cualidades lo que genera la aplicación de un estándar de diligencia y precaución subjetivo, en contraposición al de la vida social en la que los estándares de precaución son objetivos.

El principio de solidaridad hace referencia a la comunidad de destino, económica y de responsabilidad que debe existir entre los miembros de la familia. Es decir, esta comunidad genera un deber de tolerancia para el perjudicado. Sin embargo, las conductas gravemente culposas y dolosas no se encuentran cobijadas por este privilegio, ya que no se puede llegar al punto en el que la libertad de actuar libremente en la intimidad conlleve a comportamientos imprudentes en detrimento de los demás, por lo que las víctimas no deben solidarizarse con estos comportamientos (Ferrer, 2001).

Finalmente existe la inmunidad basada en el ejercicio de una función familiar. En este contexto, las infracciones y sus consecuencias se encuentran establecidas en las normas del Derecho de Familia en donde se señalan sanciones específicas que en algunas ocasiones hacen referencia al deber de indemnizar daños causados^{lviii}. Es decir, la inmunidad se configura porque únicamente se sanciona por actos específicos señalados en el Derecho de Familia. Aquellas situaciones que no están allí contenidas gozan de inmunidad.

En nuestro concepto, la consagración de este tipo de inmunidades genera un aumento de las conductas antijurídicas, el entorpecimiento de la función preventiva del Derecho de Daños, sin mencionar que de esta forma no se garantiza la paz al interior de las familias. Un sistema basado en la inmunidad absoluta tiene menos sentido en casos en donde se

producen daños con dolo o daños que tienen como resultado la muerte de la víctima, donde no hay justificación alguna para mantener dicho sistema .

Ahora bien, en el Derecho Civil codificado de Europa no se establecen excepciones explícitas a la aplicación de las normas generales de Responsabilidad Civil en los casos donde se deba indemnizar un daño que se presente en el ámbito de las relaciones familiares. En este sistema, igualmente, en algunas ocasiones se encuentran normas que determinan consecuencias indemnizatorias cuando se vulneran deberes particulares y específicos entre los miembros del grupo familiar.

Presupuestos de la responsabilidad civil aplicados en la esfera del derecho de familia.

La obligación indemnizatoria se manifiesta en el Ordenamiento Jurídico Colombiano de diferentes formas debido a que existe una concepción “dualista” de la Responsabilidad Civil. Sin que se desconozca la pertinencia de algunos de los argumentos que sustentan las tendencias unificadoras, la realidad normativa de nuestro país conduce a que los dos tipos de responsabilidades (contractual y extracontractual) se regulen en Colombia de manera autónoma e independiente, por lo que el tratamiento que se les otorga a una y otra es diferente, debido a sus orígenes, causas y prescripciones en materia de reparación (Sentencia C-1008 de 2010, Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

En el derecho de familia, Eduardo A. Sambrizzi sostiene que las normas de responsabilidad aplicables son las relativas a la Responsabilidad Civil Extracontractual, ya que por lo general tienen su causa en la violación de un deber que resulta de

disposiciones legales, y no en el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. En este mismo sentido se manifiesta Castro (2010), al señalar que en la Responsabilidad Civil Extracontractual se produce un daño “por la acción u omisión dolosa o culposa de una persona que no ha contraído previamente obligaciones en el marco de una [relación] comercial”.

Existe una tesis contraria, que se fundamenta en que la Responsabilidad Civil Contractual, mejor denominada como responsabilidad civil “concreta”, se presenta cuando se incumplen obligaciones o deberes jurídicos singulares, existentes previamente entre sujetos determinados. En esa orientación, lo que habría que investigar para determinar el régimen aplicable no sería la preexistencia de un contrato, sino de una relación jurídica específica. No obstante, si bien en las relaciones familiares existen deberes jurídicos singulares y concretos, lo cierto es que ellos, por lo general, no tienen contenido económico y su incumplimiento no genera ejecución coactiva ni indemnización de perjuicios de carácter compensatorio o moratorio. Estas circunstancias, aconsejan, en consecuencia, aplicar a estos eventos las reglas de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

En este orden de ideas, es necesario estudiar los presupuestos que dan origen a la Responsabilidad Civil Extracontractual, para así establecer la aplicación de los mismos a las controversias por daños suscitadas en las relaciones familiares.

No es fácil encontrar unanimidad en la doctrina sobre los presupuestos de la Responsabilidad Civil Extracontractual, por lo que para el presente trabajo analizaremos los presupuestos que la Corte Suprema de Justicia señaló en Sentencia de 16 de

septiembre de 2011, M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Son presupuestos de la Responsabilidad Civil Extracontractual “...una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva”.

El daño.

El Diccionario Jurídico define el daño como “el deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provocan en la persona, cosas, valores morales o sociales de alguien”. Javier Tamayo Jaramillo (1986), señala que el “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial... causado por alguien diferente a la víctima”.

Jorge Cubides Camacho (2005, p. 297) sostiene que “El daño es el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos. Es por ello la medida de la responsabilidad. Establecida ésta, el orden jurídico busca asegurar la eficaz reparación del perjuicio causado como consecuencia del dolo, de la culpa o de actividades peligrosas”.

La Corte Suprema de Justicia, en la mencionada Sentencia de 11 de septiembre de 2011 ha señalado que el daño es un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva.

De las mencionadas definiciones, se puede concluir que el daño es aquella alteración negativa que sufre una persona y que le impide o le restringe el disfrute de los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales. Ahora bien, el estudio del daño es de suma importancia ya que sin la acreditación del mismo no es posible pretender el resarcimiento de los perjuicios derivados de la acción u omisión lesiva. Así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 9 de septiembre de 2010, M.P. William Namén, en la que se señala que el daño “es uno de los presupuestos imprescindibles de la responsabilidad sin cuya existencia y plena probanza en el proceso, es evanescente e ilusoria, a punto de resultar innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos, desde luego que, ante su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria”.

En ese orden de ideas, el daño es considerado como el presupuesto central de la Responsabilidad Civil, ya que sólo cuando se acredita en el proceso, el juez podrá indagar si el mismo fue provocado infringiéndose un deber jurídico y culpablemente (López, 2009, p.59).

Para que el daño sea resarcible, o indemnizable, el daño debe ser cierto, directo y tener carácter personal. Para que el daño sea cierto, es necesario que por la acción u omisión del responsable se haya desatado “una cadena de mutaciones en el mundo exterior, cuyo efecto final va a ser la lesión de un bien” de contenido patrimonial o extrapatrimonial (Tamayo, 1986).

En relación a la certeza del daño, la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado señalando que ésta se refiere a “la verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión” (Sentencia del 16 de mayo de 2014, M.P., Ruth Marina Díaz Rueda). Es un requisito constante e ineludible de toda pretensión de reparación y atañe a “la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética” (Sentencia de 9 de septiembre de 2010, M.P. William Namén).

En segundo lugar, se indica que el daño debe ser directo, en el sentido de que el perjuicio debe ser consecuencia de la acción u omisión del agente. Este requisito se explica señalando que sólo son resarcibles los daños que estén en relación de causalidad adecuada con el hecho ilícito.

Adicionalmente, para que haya lugar a la indemnización, el perjuicio debe ser personal, es decir, sólo la persona afectada por el daño tiene derecho a demandar para que éste le sea reparado, en la tanto son sus bienes o intereses los que han sido lesionados. Debe tratarse de un daño que es propio de la persona que lo reclama, por lo que no se puede pretender la reparación de un daño sufrido por otra persona. Así lo sostiene Juan Carlos Henao (2004, pág. 45) al indicar que “... el daño es personal cuando quien demanda la reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho de obtener la indemnización del daño es ilegal”.

El profesor Tamayo señala, como última característica; que el daño debe haber afectado un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima. Para algunos doctrinantes^{lix}, esta característica se refiere a la afectación de un interés jurídicamente protegido, un atentado a un derecho adquirido o una lesión cierta a un interés legítimo^{lx}.

A manera de conclusión, si una persona sufre un menoscabo o deterioro que afecta su patrimonio o su persona, sufre un daño. Este debe ser cierto, directo, personal y antijurídico. Si el daño se produce en el seno de las relaciones familiares, y cumple con los requisitos en mención, entonces se considera un daño susceptible de reparación en el ámbito de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

Ahora bien, tratándose de la tipología del daño, tradicionalmente se ha establecido una clasificación básica, que distingue entre daño “patrimonial” y daño “extrapatrimonial”. Dentro del ámbito del daño patrimonial se encuentran ciertos rubros indemnizables como lo son el daño emergente^{lxi}, lucro cesante^{lxii} y la pérdida de oportunidad^{lxiii}.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en este sentido, señalando que la indemnización cobija las compensaciones económicas por “pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (daño emergente), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían

de no ocurrir los hechos dañosos (lucro cesante), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro” (Sentencia de 9 de septiembre de 2010, M.P. William Namén).

Ahora bien, en las relaciones de familia existen dos escenarios en donde se podrían originar daños de carácter patrimonial. El primero, son los daños que se puedan causar entre los cónyuges, y el segundo, son los daños que se generan entre padres e hijos. En los dos escenarios, se pueden encontrar casos en donde se presente una afectación al patrimonio de una persona, tanto por disminución de activos, incremento de pasivos, o privación de ganancias o utilidades, que debe ser reparada^{lxiv}.

El daño extrapatrimonial corresponde al menoscabo o detrimento que sufre una persona en intereses vinculados con los que se denominan bienes o derechos de la personalidad o con la esfera afectiva del individuo. Al respecto ha señalado la doctrina que en ellos se presenta “la trasgresión de aquellos bienes que si bien no se encuentran en la esfera patrimonial de una persona y por ende su tasación en dinero no es posible, su indemnización es necesaria” (Castro, 2010). Por su parte, Félix Trigo Represas (2000, p. 1062) se refiere al perjuicio extrapatrimonial destacando “el intento denodado y persistente que el derecho ha hecho de plasmar en una cuantificación dineraria un intangible: la afectación de sentimientos, el menoscabo espiritual”.

Como es conocido, en el ámbito de los daños extrapatrimoniales, se encuentran estructurados por la jurisprudencia y la doctrina, el perjuicio moral y el perjuicio a la vida en relación –anteriormente denominado como perjuicio fisiológico-, que brevemente se estudiarán a continuación.

En Colombia, la jurisprudencia ha sido la encargada de darle significado al perjuicio moral, debido a que no se encuentra tipificado en el Código Civil^{lxv}. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 28 de febrero de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, reproduce lo expresado por la misma Corporación en variadas Sentencias sobre el perjuicio moral, señalando que “incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece”^{lxvi}.

De lo anterior se concluye que la indemnización por daño moral, a diferencia del patrimonial, no es exactamente apreciable en dinero y, por tanto, su finalidad no es reparatoria, sino que procura satisfacer o mitigar el daño que sufrió el afectado sin discriminar su fuente, es decir, que puede haberse producido por un extraño o por un miembro de la familia. En ese sentido, el perjuicio moral tiene una repercusión personalísima por lo que el juez debe medir el grado de la lesión, de las secuelas que quedan, el dolor o el pesar padecido, la humillación y la vergüenza sufrida, posición social del ofendido y la repercusión del hecho dañoso en sus actividades, que lógicamente varían de persona a persona^{lxvii}.

De la misma manera, el perjuicio a la vida de relación no se encuentra tipificado en el Código Civil, por lo que tiene origen jurisprudencial. La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 13 de mayo de 2008, M.P. César Julio Valencia Copete, aceptó expresamente este tipo de perjuicio como un daño resarcible en la jurisdicción civil y allí se sintetiza lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado aportó sobre el tema,

denominándolo originalmente como perjuicio fisiológico, así como lo que la doctrina, particularmente extranjera, ha precisado sobre el particular, señalando las características y los elementos de este tipo de daño como a continuación se describe.

El daño a la vida de relación se refiere a “la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”. Se reconoce en casos de lesiones físicas y perturbaciones funcionales e, incluso, en eventos de lesión a otros bienes o derechos de la personalidad, como la honra, el buen nombre o la libertad.

Mediante la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 19 de julio de 2000, M.P. Aliér Eduardo Hernández Enríquez^{lxviii}, el concepto se amplió y se señaló que “... no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”^{lxix}.

En este orden de ideas, el daño a la vida en relación puede ser padecido por quien sufrió el daño directo o por otras personas cercanas, como el cónyuge, los parientes o amigos^{lxx}. La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia señala las características^{lxxi} que tiene el daño a la vida de relación y destaca el reconocimiento que el Ordenamiento Jurídico debe darle a este tipo de daños para que puedan ser reparados o compensados mediante las normas de la Responsabilidad Civil.

Los daños extrapatrimoniales son los más comunes en el ámbito familiar. Podrían surgir de casos en donde uno de los cónyuges sufra un grave padecimiento afectivo a

causa de la traición, el maltrato o el abandono del otro cónyuge. También se pueden predicar de situaciones de violencia entre esposos, que tengan como consecuencia la generación de traumas, dolores o aflicciones que trasciendan la lesión misma.

Otro caso en donde se podría configurar daño moral se presentaría en aquellos eventos en donde debido a la falta de reconocimiento de un hijo o por abandono del mismo, se genere una profunda afectación a los sentimientos de la persona. Incluso, en los casos en donde se impugne exitosamente la paternidad de un progenitor respecto a su hijo, se podría generar un daño moral por existir una lesión a los sentimientos, al descubrir que quién se creía hijo propio, ya no lo es.

Sin embargo, en relación con los daños que se puedan causar entre cónyuges, un sector de la doctrina manifiesta que es necesario distinguir el momento en que los daños se originan. La doctrina señala que el régimen personal y patrimonial de los cónyuges durante la convivencia se encuentra protegido por un sistema especial, particular y concreto de normas que se “adscriben al principio del favor matrimonii”. Es decir, si un matrimonio se encuentra en dificultades, sólo sus integrantes pueden decidir la forma de solucionar los conflictos (Borgonovo, 2003).

Ahora bien, cuando se trata de daños por hechos generadores de causales de divorcio y de daños que sean consecuencia de la separación o del divorcio, si bien se trata de un tema ampliamente discutido –y que no es el objeto central de este estudio-, consideramos que la indemnización será procedente en cuanto tales hechos constituyan ilícitos que deban ser reparados, y sólo serán indemnizables aquellos daños que cumplan con los presupuestos establecidos en la ley y que se encuentren debidamente probados.

Ciertamente, en presencia de daños ciertos, personales, directos y antijurídicos causados en los mencionados supuestos, no parece suficiente que se le suministren alimentos al cónyuge inocente por parte del culpable, pues es claro que ésta prestación no tiene carácter reparatorio y, además, dependerá de que se cumplan los requisitos establecidos en la ley para el efecto (capacidad económica del alimentante, incapacidad económica del alimentario y supuesto establecido en la ley).

En cuanto a la indemnización de los daños que se ocasionan sin que esté presente una causal o una acción de separación o de divorcio, en la doctrina la cuestión no es clara y parece tener una respuesta ambigua, ya que no sería razonable que se inicie una acción autónoma de reparación por daños cuando los cónyuges continúan conviviendo (caso en el que ellos mismos deberían buscar una solución a sus conflictos), lo que sería diferente a si ellos están separados de hecho (caso en el que sí aplicaría la indemnización de perjuicios por daños).

En atención a la calidad de los bienes jurídicos lesionados en la esfera del derecho de familia, prevalece con mayor frecuencia el daño moral, por cuanto el hecho ilícito suele lesionar los más íntimos sentimientos de la persona afectada. Lo anterior no obsta para que se indemnicen los daños patrimoniales que se también se causen y se encuentren debidamente probados.

Conducta humana, por regla general antijurídica.

La teoría general de las obligaciones señala que el negocio jurídico, el hecho ilícito y la ley son fuentes de las obligaciones. El hecho ilícito es “toda conducta humana que causa un perjuicio injustificado a otro, sea que el deterioro se manifieste en la persona

misma o en su patrimonio” (Castro, 2010, citando Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 19 de abril de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta).

Del hecho ilícito surge entonces una relación jurídica entre el causante del daño y el afectado, en virtud de la cual el primero debe reparar al segundo. En este orden de ideas, una vez acreditada la existencia de los presupuestos de la responsabilidad, el perjudicado incorpora en su patrimonio un derecho personal o crediticio y el autor del daño tendrá una deuda cuyo objeto será la reparación o indemnización del perjuicio ocasionado.

El profesor argentino Jorge Mosset Iturraspe señala que “El primer elemento o presupuesto de la Responsabilidad Civil es la acción u obrar humano, conducta o comportamiento que, dados los restantes elementos, engendra la obligación de reparar. Esta conducta debe ser contraria a derecho o mejor aún antijurídica”.

Esta postura coincide con la posición de la Corte Suprema de Justicia Colombiana cuando señala en todas sus más recientes Sentencias^{lxxxii} que el primer elemento necesario para que se configure la Responsabilidad Civil extracontractual, “es la conducta humana, bien sea positiva o negativa, que por regla general es antijurídica”.

Como se observa, la Corte considera que “la conducta humana, por regla general antijurídica” es un presupuesto básico, autónomo e independiente de los tres restantes; que se fundamenta en la antijuridicidad de la conducta humana, es decir que el comportamiento sea contrario al Ordenamiento Jurídico. Ahora bien, la antijuridicidad es entendida como “el juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano

y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del Ordenamiento Jurídico”^{lxiii}.

En palabras de profesor Rubén Stiglitz “el orden jurídico está integrado... no sólo por la ley, sino además por otras fuentes jurígenas, como lo son la buena fé, la moral y las buenas costumbres, etcétera, de tal suerte que habrá antijuridicidad material cuando la conducta examinada infrinja cualquiera de las categorías enunciadas”.

De lo mencionado se concluye que para que el daño sea reparado, debe haber sido producido por una conducta humana antijurídica (que no esté amparada por una de las causales de justificación). Este presupuesto es independiente y básico para que se configure la Responsabilidad Civil en cualquier ámbito, y de él no se excluyen las controversias familiares generadoras de daños. Este comportamiento, según se ha señalado, abarca mucho más que la ilegalidad de una conducta, pues es un concepto que comprende leyes, deberes, costumbres, principios y valores que se encuentren en el sistema jurídico.

En este orden de ideas, si una persona incumple deberes, principios o valores que hacen parte del Derecho de Familia, (como por ejemplo: los deberes que surgen a partir del contrato matrimonial, o de las relaciones filiales) y con ello genera un daño (cierto, directo, personal y antijurídico), tendrá el deber de reparar el daño sufrido por la víctima, siempre que se acrediten los elementos restantes que a continuación se estudiarán.

Relación de causalidad entre el daño y el comportamiento de aquel a quien se le imputa su producción.

La relación de causalidad es el tercer presupuesto para que se configure la Responsabilidad Civil en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. Para que el perjuicio pueda ser reparado es necesario que el daño pueda ser objetivamente atribuido a la acción u omisión de una persona, de sus dependientes, o que se derive de las cosas animadas o inanimadas de las que sea guardián.

El profesor Jorge Bustamante Alsina (1983, p. 267) señala que la relación de causalidad es “la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o de la cosa”. Por su parte, Jerome Fisher, aludiendo a las dificultades que puede tener plena certeza sobre este aspecto de la responsabilidad civil indica que “la causalidad no es, en Derecho, más que una probabilidad aceptable” (López, 2010, citando a Fisher p. 337).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en Sentencia de 24 de septiembre de 2009, M.P, César Julio Valencia Copete, precisó que la relación de causalidad “hace referencia al enlace que debe existir entre un hecho antecedente y un resultado consecuente, de donde la determinación del primero puede dar lugar a establecer la autoría material del daño; por su conducto se pretende entonces hallar una relación de causa a efecto entre el perjuicio y el hecho del sujeto de derecho o de la cosa a quien se atribuye su producción”. Lo que señala la Corte es que con este presupuesto se intenta establecer si la lesión o el menoscabo es consecuencia de un hecho anterior atribuible al demandado.

La relación de causalidad es un requisito imprescindible y es importante establecerla porque no se puede atribuir responsabilidad sin que de “manera antelada se haya acreditado a plenitud la autoría del perjuicio”, porque el daño debe estar vinculado directamente con el hecho que la persona realizó (Sentencia de 23 de junio de 2005, Corte Suprema de Justicia, M.P. Edgardo Villamil Portilla).

En la misma Sentencia la Corte Suprema de Justicia indica, citando al profesor Jorge Bustamante Alsina^{lxxiv}, que el nexo causal es “un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa”. El nexo causal pretende responder dos tipos de problemas, “el primero es encontrar alguna razón por la cual el daño puede ligarse con una determinada persona, de manera que se pongan a cargo de ésta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias...; en segundo lugar, se trata de relacionar ... el daño con la persona, pues... se indemniza el daño causado” (Sentencia de 24 de septiembre de 2009, M.P. César Julio Valencia Copete citando a Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pag.331).

Según la doctrina, en el Derecho de Familia la relación de causalidad no presenta inconvenientes importantes en las áreas clásicas de la materia como lo son los daños por la falta de reconocimiento de un hijo o los daños derivados del divorcio. Lo importante es que se acredite que el daño fue resultado directo y adecuado de la conducta que se señala como causa, y que no se ha visto interferida por la existencia de caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo de un tercero.

Sin embargo, como bien señala Jorge Berbere (2010), existen supuestos en los que se puede llegar a presentar dificultad en cuanto a este aspecto, como lo son la

responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos o la responsabilidad por nacimiento con graves deficiencias físicas.

Factor de atribución de la responsabilidad.

Según la profesora argentina Matilde Zavala de González (1999, p.355), el factor de atribución “son las razones que justifican que el daño que ha sufrido una persona sea reparado por alguien, es decir, se traslade económicamente a otro”.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en similar sentido sosteniendo que cuando una persona causa injustamente un daño a otro y “existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado -o a aquél que por éste deba responder-, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado” (Sentencia de 16 de septiembre de 2011, M.P. Arturo Solarte Rodríguez).

El Ordenamiento Jurídico Colombiano^{lxxv} consagra un sistema de Responsabilidad Civil basado en la culpa, sin perjuicio de que se admita la consagración del riesgo, como factor de atribución de la responsabilidad en supuestos excepcionales^{lxxvi}. Así lo señala la Corte Constitucional, en Sentencia T-464 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva donde sostiene que “La teoría general de la Responsabilidad Civil en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, tanto de la contractual como de la extracontractual, es de tradición culpabilista”^{lxxvii}.

Es decir, como señala la Corte Suprema de Justicia, el factor de atribución es subjetivo cuando “se deriva, exclusivamente, de los actos dolosos o culposos...es decir, que el factor de atribución de la responsabilidad es de naturaleza subjetiva” (Sentencia de 8 de agosto de 2013, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda).

Analizando los diversos supuestos en los que se consagra la Responsabilidad Civil en materia de relaciones familiares en el derecho colombiano, se observa que en la generalidad de los casos el factor de atribución es de carácter subjetivo. En estos casos se está en presencia de acontecimientos que no implican un riesgo, potencial peligro o beneficios para los autores del daño. Por lo tanto, en este ámbito nuestro Ordenamiento no admite la responsabilidad objetiva^{lxxviii} (Santos, 2008 p. 391).

Ahora bien, es necesario recordar que en materia de Responsabilidad Civil Extracontractual la culpa no tiene grados, es una sola y sin ella no hay lugar a reparación de daños, por lo que los criterios de imputación son la culpa y dolo.

Respecto del concepto de la culpa en la jurisprudencia civil, debe tenerse en cuenta que en Sentencia del 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, la Corte Suprema de Justicia señaló que el comportamiento de quién causa un daño es culpable cuando “no se haya ajustado a los estándares de conducta exigibles para la vida en sociedad, particularmente en cuanto a la omisión de los deberes de prevención y de evitación de daños que a cada uno corresponde según el rol que desempeñe”.

Ahora bien, según el artículo 63 del Código Civil, el dolo “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, cuya carga probatoria esta en cabeza de la víctima. En ese sentido, según el artículo 1516 del Código Civil, “el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás casos debe probarse”.

En relación con los daños causados en las relaciones de familia se debe aplicar el régimen general de la culpa en materia extracontractual: el sistema de Responsabilidad Civil por el hecho propio^{lxxix}. Así mismo, como lo señala el artículo 2343 del Código Civil, el autor del daño es obligado a indemnizar al igual que sus herederos^{lxxx}.

En este orden de ideas, se concluye que para atribuir la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, es necesario que se acredite la culpa en el demandado, concepto éste que corresponde a un comportamiento no ajustado a los estándares de conducta exigibles en la sociedad. La responsabilidad objetiva no es de gran acogida en esta materia debido a que en el ámbito de las relaciones familiares el factor de atribución es la culpa o el dolo y el riesgo, por ejemplo, no es concebible en este ámbito ya que el derecho de familia se basa en actos personalísimos.

Fundamento constitucional y legal en el derecho colombiano para aplicar los presupuestos de la responsabilidad civil en el derecho de familia

En los distintos supuestos de Responsabilidad Civil que se presentan en el ámbito del Derecho de Familia, no existe una norma que impida o excluya a los miembros de la familia la posibilidad de que se los obligue a reparar de manera integral los daños que

entre estos se causen. Incluso existen normas en el Código Civil que establecen la posibilidad de indemnizar los perjuicios causados, por ejemplo, en materia de nulidad del matrimonio^{lxxxix}, de la impugnación de la paternidad o maternidad^{lxxxii} y por la incertidumbre en la paternidad.^{lxxxiii}

En este orden de ideas existen comportamientos antijurídicos expresamente contemplados en la ley como: (i) La responsabilidad de los padres por la mala administración de los bienes del hijo, (ii) La responsabilidad de los padres por la administración fraudulenta de los bienes del hijo y, (iii) Los perjuicios por la ilegitimidad del hijo (Santos, 2008, p. 396-407). Ahora bien, los eventos de la reparación de perjuicios no contemplados específicamente en la ley son: (i) El incumplimiento de la obligación alimentaria; (ii) El incumplimiento de deberes de crianza, educación y establecimiento de los hijos; (iii) abandono del hijo por el padre o la madre y, (iv) la filiación extramatrimonial no reconocida voluntariamente (Santos, 2008, p. 407-413).

Como se observa, en algunos casos se señala expresamente la posibilidad de demandar la indemnización de los perjuicios que se ocasionen. En el caso de la nulidad del matrimonio, si existe mala fé de uno de los cónyuges, y en los casos de la ilegitimidad e incertidumbre en la paternidad, se presume la culpa. Sin embargo, no se deben interpretar estas normas como que sólo en esos supuestos es factible solicitar la reparación de los daños, ya que esto generaría una desprotección por parte del Ordenamiento respecto de muchos otros casos que se presentan y a los cuales se pueden aplicar las normas en mención, por analogía.

Ahora bien, la Constitución Política y la ley 446 de 1998, también contienen disposiciones que sirven de sustento jurídico para concluir que la Responsabilidad Civil puede tener aplicación en las relaciones familiares.

Desde la órbita constitucional el Ordenamiento persigue finalidades específicas consagradas en los artículos 5 y 42 de la Constitución Política^{lxxxiv}, lo que da origen a relaciones que se basan en “la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”(Santos, 2008, p. 375). Los derechos inalienables de los miembros de la familia deben ser protegidos por el Estado, que debe velar por su integridad, supervivencia, conservación y bienestar (Sentencia C-577 de 2011, Corte Constitucional).

La ley 446 de 1998, Ley de Descongestión de la Justicia, señala que “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”^{lxxxv}.

El principio de reparación integral es aquel que “impone como consecuencia necesaria en contra del autor de un acto lesivo la obligación de indemnizar a la víctima, tal como se infiere de la interpretación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil”. Es decir, “deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño” (Sentencia de 18 de diciembre de 2012, Corte Suprema de Justicia M.P. Ariel Salazar Ramírez).

El artículo 16 de la ley 446 de 1998, otorga la categoría “legal” al principio de reparación integral, anteriormente desarrollado por la jurisprudencia. Es una norma que se incorpora al Derecho Civil, en todas sus ramas, donde se incluye, obviamente, el Derecho de Familia. En este orden de ideas, se concluye que si el principio de reparación integral desarrollado por la jurisprudencia, se incorpora al ordenamiento civil por la ley 446 de 1998, entonces el principio de reparación integral se debe aplicar al Derecho de Familia y a las controversias que se susciten por daños que ameriten ser reparados.

A manera de conclusión, la indemnización por daños en el derecho de familia depende del tipo de tesis que se acoja en relación con la aplicación de la Responsabilidad Civil en las relaciones familiares. Actualmente, se ha consolidado una postura en favor de la indemnización de los daños derivados de las relaciones familiares en casi todo el mundo, ya que las antiguas inmunidades se consideran desuetas y anacrónicas, y las normas que rigen el Derecho de Familia no constituyen un régimen suficiente para que las víctimas de los daños obtengan la reparación de los perjuicios sufridos.

Si se cumplen los presupuestos establecidos por la ley y la jurisprudencia^{lxxxvi}, se procederá a indemnizar los daños, si no, se limitará únicamente a las sanciones previstas en las normas que regulan las relaciones familiares. Adicionalmente, no se debe dejar de lado la aplicación de las normas de carácter especial que hacen referencia al tema de reparación de perjuicios en el Derecho de Familia, con fundamento en el principio de aplicación de la norma especial o particular sobre la norma general.

En Colombia no existe un sistema de inmunidades establecido a favor de los miembros que componen el grupo familiar. Aceptar esta tesis sería ir en contravía de la

Constitución y de los Tratados Internacionales aprobados por el país. No corresponde, entonces, descartar la aplicación de la Responsabilidad Civil en las relaciones familiares, únicamente por el silencio o la falta de consagración expresa que hace el legislador. Adoptar las teorías que niegan la aplicación de la Responsabilidad Civil frente al tema, sería un retroceso en la concepción de familia que se tiene en Colombia hoy en día, y además implicaría un desconocimiento de los principios y valores que inspiran el ordenamiento, tales como el respeto de la dignidad humana y de la solidaridad.

La Responsabilidad Civil Derivada de las Controversias Suscitadas Alrededor de la Filiación

Como se ha venido señalando a lo largo del presente trabajo, la aplicación de la Responsabilidad Civil a las controversias derivadas de los daños que se causen en las relaciones familiares, es un tema que no tiene soluciones unánimes en la jurisprudencia ni en la doctrina. Cada caso en particular tiene una solución propia que depende de las características singulares que se presenten.

Ahora bien, dentro de las relaciones familiares, se encuentran las relaciones que surgen entre padres e hijos, es decir las relaciones paterno-filiales. En ocasiones entre padres e hijos se producen daños a una de las partes involucradas en tal relación, o incluso frente a terceros, lo que conlleva a que se contemple la posibilidad de interponer acciones de Responsabilidad Civil para la obtener la correspondiente indemnización de perjuicios.

Actualmente, la ley colombiana contiene diferentes hipótesis que regulan las situaciones que dan origen a la Responsabilidad Civil en las relaciones paterno-filiales. En ese sentido, según ya lo reseñaremos, existen sanciones civiles expresamente señaladas en la ley por la realización de comportamientos antijurídicos que dan origen a la Responsabilidad Civil; y en algunas otras “responden a este esquema al subsumirse los supuestos de hecho en las correspondientes normas que mandan no causar daño a otro” (Santos, 2008, p. 395) y que obligan a la indemnización.

Los comportamientos antijurídicos expresamente contemplados en nuestro Código Civil que hacen referencia a la reparación de los daños causados en las relaciones paterno-filiales son: la responsabilidad de los padres por la mala administración de los bienes del hijo; la responsabilidad de los padres por la administración fraudulenta, los perjuicios por la declaración de la ilegitimidad del hijo y el incumplimiento de la obligación alimentaria^{lxxxvii}.

Ahora bien, los eventos antijurídicos en los que podría configurarse, en nuestra opinión, la Responsabilidad Civil y que no están contemplados específicamente en la ley son: el incumplimiento de los deberes de crianza, educación y establecimiento de los hijos; y la filiación extramatrimonial no reconocida voluntariamente.

El propósito del presente capítulo es concretar nuestro estudio al análisis de algunos casos específicos en los que en las relaciones paterno-filiales se pueden generar daños, y por ende, dar origen a las acciones indemnizatorias, para lo cual se analizarán los presupuestos de la Responsabilidad Civil estudiados en el capítulo segundo, así como las referencias de la doctrina que se ha ocupado de estos temas. Estos casos son los siguientes: (i) Daños derivados de la ilegitimidad del hijo, (ii) Daños derivados de la filiación extramatrimonial no reconocida, y (iii) Daños por el Incumplimiento de la Obligación Alimentaria, de los Deberes de Crianza, Educación y Establecimiento de los Hijos.

Daños derivados de la ilegitimidad del hijo.

Los perjuicios derivados de la ilegitimidad del hijo derivan de la hipótesis en la que el marido solicita una indemnización de perjuicios a quien ha sido su esposa, que incumpliendo su deber de fidelidad matrimonial ha concebido un hijo con una persona diferente a su esposo. En este caso, se pueden causar daños patrimoniales y morales al esposo afectado por tal situación, así como también al hijo, quien cree, en muchas ocasiones por varios años, que el marido de su madre era su verdadero padre.

En el Ordenamiento Jurídico Colombiano se contempla expresamente este supuesto de hecho. El artículo 224 del Código Civil, señala que por efecto de la declaración de ilegitimidad del hijo, “tendrá derecho el marido, y cualquier otro reclamante a que la madre le indemnice de todo perjuicio que la pretendida ilegitimidad le haya irrogado”.

Como lo señala la fórmula de atribución de la Responsabilidad Civil, para que se haga efectiva la reparación, es necesario que se cumplan los requisitos señalados por la jurisprudencia, a saber: (i) conducta humana, por regla general antijurídica, (ii) daño, (iii) relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de quien se imputa su producción y, (iv) el factor o criterio de atribución de la responsabilidad.

El primer requisito, conducta humana antijurídica, hace referencia a la acción o comportamiento que contraría el Ordenamiento Jurídico. En el caso objeto de estudio, se pueden observar dos conductas que podrían considerarse antijurídicas. La primera, es la acción de concebir a un hijo fuera del matrimonio, con una persona diferente al cónyuge, lo que necesariamente conduce a concluir que hubo incumplimiento del deber de fidelidad derivado del matrimonio (art. 176 del C.C.).

La segunda, es la acción de faltar a la verdad o engañar al cónyuge y al hijo, haciéndoles creer que tienen una relación consanguínea. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio es una de las causales de divorcio que se establecen en el artículo 154 del Código Civil (ordinal 1º), además de lo cual se trata de un comportamiento que atenta contra la unidad y la estabilidad de la familia.

Por otra parte, mantener una apariencia falsa sobre la verdadera procedencia de un hijo es una conducta que atenta contra los derechos de los niños a conocer su identidad, su nombre y su procedencia, además de que se vulneran la buena fe, la moral y las buenas costumbres que integran el Ordenamiento Jurídico.

En este orden de ideas, concebir a un hijo por fuera de la relación matrimonial y hacerle creer al cónyuge y al hijo que tienen un vínculo de filiación entre ellos es una conducta humana antijurídica, por lo que se entiende cumplido el primer requisito de la Responsabilidad Civil.

Ahora bien, el segundo requisito alude, como ya lo hemos profundizado, al “daño” resarcible. El daño es la alteración negativa que se presenta en el círculo jurídico de una persona y que le afecta el disfrute de bienes patrimoniales o extrapatrimoniales. Para que el daño exista y sea susceptible de reparación debe ser cierto, directo, personal y antijurídico. En este caso, tanto el esposo, como el hijo, pueden sufrir daños morales y patrimoniales, los que podrán ser resarcidos en el respectivo proceso toda vez que, como

lo establece el artículo 224 del Código Civil, de la declaración de ilegitimidad surge el derecho a obtener la reparación “de todo perjuicio”.

El hijo, por ejemplo, puede llegar a sufrir daños de naturaleza extrapatrimonial ya que a partir del descubrimiento de la verdad puede ser dejado de lado por quien consideraba su padre y entonces sufrir un daño moral, dado el dolor o el sufrimiento que esa situación puede generarle. Por su parte, el padre podrá haber sufrido daños patrimoniales, relacionados con los gastos de alimentos y de educación en los que incurrió para el sostenimiento de quien creía era su hijo, y daños morales ya que conocer esa dolorosa verdad le generará, obviamente, una grave afectación sentimental.

En este orden de ideas, los daños se podrán generar tanto a los hijos como a los padres. Aunque no conocemos casos en el derecho comparado ni en el derecho nacional en donde un hijo instaure una demanda contra su madre por los daños que se le ocasionen por la ocultación de la paternidad, si se cumplen todos los presupuestos, una demanda de este tipo podría tener prosperidad ya que los daños morales en el hijo se generan porque descubre de manera repentina que quién consideraba su padre ya no lo es, y esto lleva a que se presente para él una experiencia traumática. Claro está que todo dependerá de cada caso en particular, el evaluar las circunstancias, pues en algunas ocasiones la preservación de la relación con la madre impedirá que el hijo presente la reclamación, y en otros, más allá de la inexistencia del vínculo biológico, la relación entre el pretendido padre y quien pasaba por su hijo podría no verse afectada dados los lazos contruidos por años de relación afectiva.

Los daños generados al hijo por el comportamiento antijurídico de la madre se podrían presentar como resultado de la pérdida total de contacto entre el hijo y quién hasta ese momento era su padre, lo que causará sufrimiento y lesionará el derecho que tiene el hijo de conocer su origen biológico y su identidad, el derecho a la integridad moral, al nombre y a la personalidad, derechos que como madre tiene el deber de garantizar.

Los derechos anteriormente mencionados no sólo se encuentran establecidos en nuestra legislación, sino que además son derechos que se encuentran consagrados en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, ratificada por Colombia y que, en virtud del artículo 94 de nuestra Constitución, tienen jerarquía constitucional.

Por su parte, los daños al cónyuge o ex marido derivados de la ocultación de la paternidad, también pueden ser de tipo patrimonial o moral. Sin embargo, es necesario resaltar que sin la plena prueba de la existencia del daño en el proceso no surge ninguna obligación indemnizatoria. Por lo tanto, es necesario acreditar en el proceso que la persona afectada por el daño es efectivamente el demandante y que el daño es producto de la violación real o verídica del derecho, así como también que el hecho afectó un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima.

El tercer presupuesto de la Responsabilidad Civil es la relación de causalidad. A lo largo del presente trabajo se ha indicado que éste requisito hace referencia al necesario nexo o enlace que debe existir entre un hecho antecedente –la conducta antijurídica- y el resultado dañoso que sufre la víctima. Es decir, la determinación del primer hecho da lugar a establecer la autoría material del daño. En el caso que estamos analizando, el

hecho de que la madre conciba a un hijo por fuera del matrimonio y lo haga pasar por hijo del marido es el hecho antecedente que genera el daño, o el hecho que da lugar a establecer la autoría material del daño. Si la relación entre el hecho y el resultado se prueba debidamente en el juicio se entiende cumplido el tercer requisito de la fórmula.

En relación con el factor de atribución de la responsabilidad, se ha mencionado que, en este tipo de supuestos, éste es de carácter subjetivo porque se deriva, exclusivamente, de los actos dolosos o culposos en los que haya incurrido el autor del daño. En este orden de ideas, cuando existe ocultación de la paternidad es necesario que ésta se impugne con el fin de que se establezca si el supuesto padre es o no el verdadero progenitor del hijo. Es por esto que, según el profesor Santos Ballesteros, de conformidad con el artículo 224 del Código Civil, la sola declaración de ilegitimidad en la Sentencia que decide el proceso de impugnación sirve de prueba de la culpa de la madre y, por consiguiente, ella puede ser obligada a indemnizar todos los perjuicios que sean consecuencia de esa declaración, por lo que se podría señalar como cumplido el cuarto requisito.

En la jurisprudencia Colombiana no hemos encontrado casos en donde el cónyuge demande a la esposa por la ocultación de la paternidad, pero en la jurisprudencia argentina, se hace alusión a dos casos^{lxxxviii} en los que los demandantes reclamaban a sus ex esposas indemnizaciones por los daños patrimoniales y morales que habían padecido por la infidelidad de sus esposas que habían concebido hijos en dicha situación y cuya paternidad les había sido atribuida (Ferrer, 2001, p. 15). Después de que prosperara la impugnación de la paternidad, se solicitó la correspondiente indemnización por los daños patrimoniales y morales.

Después del estudio de los casos, los jueces se inclinaron por la teoría negativa sobre la indemnización de perjuicios generados en el núcleo familiar y negaron cualquier tipo de indemnización aduciendo la falta de prueba del dolo en la ocultación de la paternidad biológica por parte de la mujer, señalando que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es la causa de separación matrimonial (Ferrer, 2001, p. 15).

A manera de conclusión, al presentarse una controversia relacionada con la reclamación por los daños generados como consecuencia de la concepción de un hijo por fuera del matrimonio y por hacerlo pasar como hijo del marido, se podría llegar a interponer la acción de Responsabilidad Civil para que se reparen los perjuicios morales y patrimoniales que se ocasionen tanto al hijo como al ex marido de la mujer que incurrió en el mencionado comportamiento. Lo anterior, no sólo daría cumplimiento a los artículos 224 y 2341 del Código Civil, sino también a normas de carácter constitucional y a los tratados internacionales que vinculan a Colombia.

Daños derivados de la filiación extramatrimonial no reconocida voluntariamente.

Este supuesto no se encuentra específicamente contemplado en la ley. Consiste en la negativa de los progenitores, padre o madre, a reconocer voluntariamente al hijo proveniente de la filiación extramatrimonial, por lo que se cuestiona si el hijo puede reclamar una indemnización de daños y perjuicios a sus padres.

De esta hipótesis se desprenden dos posibles supuestos: (i) El análisis de la Responsabilidad Civil del progenitor por la falta de reconocimiento voluntario del hijo y, (ii) El análisis de la Responsabilidad Civil de la madre, cuando es el padre quién no reconoce de forma voluntaria al hijo extramatrimonial. Los dos supuestos se explicarán mejor a continuación.

Análisis de la responsabilidad civil del progenitor por la falta de reconocimiento voluntario del hijo.

Este supuesto, según ya lo hemos indicado, se presenta en el evento en que el padre o la madre omiten el reconocimiento voluntario de la filiación y ésta se determina mediante otros mecanismos, por lo que se cuestiona si el hijo puede ejercitar una acción de reclamación de daños frente a aquel progenitor que no lo reconoció oportunamente.

Como se ha sostenido a lo largo de esta investigación, en el derecho comparado la tesis negativa respecto de supuestos como el planteado anteriormente sostiene que en el Derecho de Familia ya existen unas sanciones previstas en la ley que se refieren a la exclusión de la patria potestad cuando no se cumplen deberes como el de reconocer a un hijo. Sin embargo, en Colombia el Código Civil^{lxxxix} no hace referencia a la suspensión y/o terminación de la patria potestad como sanción por la falta de reconocimiento voluntario del hijo, por lo que se procederá a evaluar si podría proceder la acción indemnizatoria por Responsabilidad Civil en este caso.

En relación con la conducta humana antijurídica, que en este caso sería la falta de reconocimiento de un hijo, el derecho colombiano determina que este comportamiento es de carácter “voluntario”. Así lo sostiene la Corte Constitucional al señalar que “El

reconocimiento del hijo extramatrimonial es un acto jurídico unilateral; una manifestación de voluntad tendiente a producir efectos jurídicos, que debe ser expresada de forma libre, sin que medie error, fuerza o dolo” (Sentencia T-1229 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Podría concluirse, en una primera aproximación, que como la acción de reconocer a un hijo debe ser voluntaria, esto significa que no reconocerlo no sería un comportamiento contrario a derecho. Sin embargo, consideramos que la voluntariedad a la que se refiere el legislador en relación con el reconocimiento no significa que ella tenga un carácter discrecional, es decir, que dependa del criterio de la persona (en este caso de alguno de los padres), sino que, por el contrario, a lo que se refiere es a que esa manifestación se haga sin presiones y sin vicios de la voluntad. En este orden de ideas, se observa cómo en este caso se contraponen los derechos del hijo (como lo son el derecho al nombre y a conocer su origen biológico) frente a los del padre, disyuntiva ésta en la que deben prevalecer los derechos de los niños.

Lo anterior tiene sustento en la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que los niños tienen un derecho de carácter constitucional y supranacional a ser reconocidos por quienes los han gestado y a conocer su identidad biológica^{xc}. Colombia ratificó la Convención, mediante la ley 12 de 1991, por lo que se puede llegar a la conclusión sobre el carácter supranacional de los derechos que tienen los niños en nuestro país y la prevalencia de sus derechos sobre cualquier otro sujeto de derechos.

Corolario de lo anterior es que el hecho de no reconocer a un hijo extramatrimonial de manera voluntaria es un acto contrario a las leyes, nacionales y supranacionales que hacen

parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, con lo que se lesionan los derechos de los niños, lo que conduce a considerar que se trata de una conducta humana antijurídica. Por lo tanto, se debe entender cumplido el primer presupuesto de la fórmula para que se configure la Responsabilidad Civil.

En cuanto al daño producido, en este caso se pueden generar daños patrimoniales y daños morales, que cumplan con las características señaladas en la jurisprudencia y que se prueben debidamente en el proceso. En la doctrina se ha manifestado que el hijo no puede pretender la indemnización del daño moral consistente en “la reparación del desamor, de la carencia afectiva o de la falta de apoyo espiritual por parte del progenitor que no lo ha reconocido” (Rodríguez, 2009, p. 184), ya que un padre no tiene el deber legal de dar cariño a su hijo. Sin embargo, si como consecuencia del comportamiento antijurídico del padre se genera dolor, pesar o sufrimiento, no por la falta de amor o cariño, sino porque el niño no ha tenido un padre, un modelo, un ejemplo a seguir, etc., y por ello ha sido objeto de exclusiones o tratamientos discriminatorios en el medio en el que actúa, el juez podría valorar esas circunstancias para determinar si con ellas se configura un daño moral.

Ahora bien, el criterio más importante que se señala en la fijación de la cuantía de la indemnización es el periodo de tiempo que dure la negativa injustificada del reconocimiento de los padres, que se relaciona directamente con la edad del hijo. A menor edad, menor tardanza en el reconocimiento y menos sufrimiento, por lo que la indemnización será más baja. De todas formas, se debe estudiar el caso en concreto para determinar la cuantificación del daño moral.

En lo que se refiere a la culpabilidad del agente, el factor de atribución es el dolo o la culpa por tratarse de responsabilidad subjetiva, como se ha señalado repetidas veces a lo largo de este trabajo. En este sentido, consideramos que no puede existir culpa cuando la falta de reconocimiento se funda en la ignorancia de la existencia del hijo o, en la falta de certeza en relación con la paternidad. Sin embargo, una vez iniciado el proceso de filiación, el padre no se exonera de responsabilidad en el supuesto en que no contribuya a despejar las dudas o no contribuya a la realización de las pruebas genéticas ya que esto se constituye como un indicio en contra del padre y, desde el punto de vista de la Responsabilidad Civil, constituiría un comportamiento reprochable.

Esta negativa a contribuir en un proceso de paternidad con la realización de las pruebas genéticas y a despejar las dudas en cuanto a la paternidad, se encuentra debidamente tipificada en nuestra legislación, y así se resaltó en el primer capítulo del presente trabajo.

Otro supuesto en el cual el padre se exoneraría de la atribución de culpa o de dolo, es el caso en el cual existe la imposibilidad de reconocimiento de la paternidad porque el hijo en cuestión deviene de la concepción entre una mujer casada y un tercero, caso en donde la ley presume que el padre es el cónyuge de la mujer. Para los casos restantes en donde un padre omite el reconocimiento voluntario de un hijo, este requisito se entiende cumplido.

Finalmente, la relación de causalidad, se evidencia en el simple hecho de la omisión del acto de “reconocer” al hijo en la forma como lo establece la ley, porque éste requisito consiste en que la fuente o el origen del daño, sea efectivamente la falta de

reconocimiento por parte del progenitor, evaluación que el juzgador deberá realizar en cada caso en particular analizando el material probatorio incorporado al proceso.

De lo anterior se concluye que no se puede negar que los hijos tienen un derecho subjetivo a ser reconocidos por quienes lo gestaron, y la negativa infundada de los padres a hacerlo puede ocasionarle daños al hijo. En este orden de ideas, si se acoge la teoría positiva de la reparación por daños derivados de la Responsabilidad Civil en las relaciones de filiación, se puede evidenciar que en este caso son pocas las excepciones para que no se cumplan los requisitos de la Responsabilidad Civil, por lo que los daños patrimoniales y morales ocasionados al hijo que nunca fue reconocido por alguno de sus padres deberían ser indemnizados.

Análisis de la responsabilidad civil de la madre cuando el padre no reconoce de forma voluntaria al hijo extramatrimonial.

En esta hipótesis se desprenden dos escenarios: el primero se presenta por la posibilidad de que el hijo esté legitimado para solicitar una indemnización de daños y perjuicios a su madre por no haber ejercido la acción de reclamación de la paternidad. El segundo, es aquel en donde la madre ejercita la acción de reclamación de la filiación de manera tardía, situación que genera daños en el hijo. Se procede entonces a analizar si los presupuestos de la Responsabilidad Civil tienen aplicación en los mencionados casos.

El primer supuesto cuestiona si el hecho de que la madre no ejerza la acción de reclamación de la paternidad representando al menor, es una conducta que deba responsabilizarla por los daños generados al hijo. Como el caso anterior, con la negativa de la madre se vulnerarían los derechos del hijo de “acceder a su propia identidad, a su

derecho al nombre y a integrarse en el seno de su verdadera familia” (Rodríguez 2009, p. 186).

Sin embargo, el derecho a la “intimidad” de la madre se contrapone frente al derecho a la “identidad” del hijo. Como se ha señalado, ésta problemática usualmente se resuelve a favor del hijo porque los derechos de los niños tienen carácter prevalente. No obstante, existen dos excepciones: los casos de violación y los casos de incesto, en donde el derecho a la intimidad de la madre prevalece sobre el derecho a la identidad del hijo.

Ahora bien, en relación con la conducta humana antijurídica es necesario analizar si el hecho de no ejercer la acción de reclamación de la paternidad por parte de la madre en representación del hijo es una conducta contraria al Ordenamiento Jurídico, teniendo en cuenta que éste se compone no sólo por la ley, sino además por otras fuentes jurídicas como lo son la buena fe, la moral, los principios y las buenas costumbres que se encuentren en el Ordenamiento Jurídico.

En principio, la conducta no sería antijurídica porque no hay una norma expresa en el Ordenamiento Jurídico que señale que esta actuación deba ser ejecutada por la madre. Sin embargo queda al arbitrio del juzgador determinar si la conducta contraría la buena fe, la moral y las buenas costumbres de nuestro Ordenamiento Jurídico. En nuestra opinión, en algunos casos específicos (como por ejemplo en donde exista una enfermedad hereditaria grave o, en aquellos casos donde la madre no tenga medios económicos para sostener a su hijo) se debe otorgar primacía a los derechos fundamentales del menor y se podría configurar una conducta antijurídica por parte de la madre.

Ahora bien, en cuanto al daño ocasionado al hijo en este escenario, no es claro cómo se podrían determinar los correspondientes daños patrimoniales y morales. Los daños patrimoniales harían referencia a aquellos gastos en los que el menor hubiera tenido que incurrir por la falta de apoyo económico proveniente de no poder hacer efectivo su derecho a los alimentos que el padre le hubiera podido suministrar, en el evento en que la madre hubiera ejercido la acción de filiación oportunamente y se hubiera declarado exitosa la respectiva reclamación.

Sin embargo, es importante resaltar que para que el daño sea debidamente indemnizado, éste debe ser cierto, directo, personal y antijurídico, y en este caso no es claro cómo el daño se puede haber generado en una situación que no se encuentra efectivamente consolidada. Es decir, cuando una persona no goza desde un principio de beneficios ciertos o de derechos adquiridos, no se entiende cómo se puede ver afectado un interés legítimo que previamente disfrutaba ya que no se está impidiendo, por parte de la madre, el disfrute de algún derecho del hijo porque éste nunca lo ha tenido.

Ahora bien, en este caso es más clara la afectación que sufre el hijo en sus sentimientos y el menoscabo espiritual, por lo que el daño moral se configuraría. Pero no es evidente que éste haya sido producido por la omisión en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por la madre en representación del hijo. Es decir, la afectación en los sentimientos del hijo en este caso en particular puede provenir de la falta de reconocimiento del padre, del hecho de sentirse despreciado por el mismo, o de la tristeza o afectación en los sentimientos por la falta del ejercicio en la acción por parte de la madre.

Es importante que el juez determine exactamente de dónde se deriva el daño moral ya que si proviene de la falta de reconocimiento del padre, nos encontramos en el escenario del caso anteriormente analizado y, si proviene de la falta del ejercicio de la acción por parte de la madre, consideramos que el daño que se presentaría habría que cuantificarlo teniendo en cuenta el tiempo en el que la madre le pudo haber evitado el dolor que finalmente padeció.

En cuanto a la relación de causalidad entre el daño y la conducta de quien se le imputa su producción, se puede señalar que este requisito se configuraría únicamente en el supuesto de que el daño sufrido por el hijo tenga un enlace directo con la omisión de la madre por no haber ejercido la acción, es decir que sea un efecto directamente relacionado con la conducta de la madre.

Finalmente, en relación al factor de atribución de la responsabilidad, se ha dicho en repetidas ocasiones que en las relaciones de familia el factor de atribución es de naturaleza subjetiva, por lo que se deriva de los actos dolosos o culposos que realiza una persona (en este caso la madre). Para que se atribuya la culpa, es necesario que el comportamiento no sea ajustado a los estándares de conducta exigibles en la sociedad, particularmente en cuanto a la omisión de los deberes de prevención y de evitación de daños que a cada uno corresponde según el rol que desempeñe.

Consideramos que en el caso objeto de estudio es necesario apreciar las razones por las que la madre no ejerció la acción oportunamente y así poder establecer si efectivamente se cumple el requisito o no. Si se puede llegar a demostrar que mediante el

ejercicio de la acción, la madre efectivamente pudo haber evitado daños sufridos por su hijo, se entendería que el requisito en mención se cumpliría.

Daños por el incumplimiento de los deberes de crianza, educación y establecimiento de los hijos y de la obligación alimentaria

De conformidad con los artículos 253, 262 y 264^{xci} del Código Civil, le corresponde a los padres “el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos”, además de lo cual tienen la facultad de “vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente” y dirigir “la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento”.

La integración de las normas que se han transcrito contiene un conjunto de deberes y de facultades, en virtud de los cuales los padres tienen la potestad de tomar las determinaciones que corresponda para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta de los hijos. “Educar” a los descendientes se ha entendido como “la formación e instrucción básica que se debe a los hijos” y el “establecimiento” es “el hecho de procurar el aprendizaje de un arte o profesión y de los instrumentos o elementos para ejercerla, entendido también, en la medida de las condiciones económicas”^{xcii}.

Los deberes de los padres hacia los hijos, fueron concebidos en un principio como “conductas sanas recomendadas por el legislador, que de ser desatendidas reiteradamente y de manera grave daban lugar a ciertas medidas sancionatorias” pero, gracias a las

directrices jurídicas que se han desarrollado, se han convertido en “verdaderas obligaciones exigibles coercitivamente” (Medina, 2010 p.535).

Estos deberes se han definido como “complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos” (Medina, 2010 p.539)

Los padres deben proporcionar a sus hijos lo necesario para que puedan desarrollarse de manera integral, es decir proveer lo necesario para su desarrollo físico, vital, moral, intelectual, psicológico y sociológico del medio social en donde se encuentran. Deben enseñarle los elementos primarios del conocimiento “correspondientes a las formas de comunicación idiomática y gestual y esa cantidad de usos sociales propios de la comunidad en la que se desenvuelven” (Medina, 2010 p.540). De la misma forma, es necesario que los padres aporten para el desarrollo social de sus hijos guiando su comportamiento para que aprendan a aceptar las restricciones propias de la vida en sociedad, a compartir, a ser solidario y a reconocer y a aceptar la autoridad.

La interpretación de estas disposiciones se ha venido actualizando y ellas se han adecuado a las nuevas realidades, proceso éste que tuvo su máxima expresión con la Constitución Política de Colombia de 1991, en el artículo 44 donde se señaló que, “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre

expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

En este sentido, la Corte Constitucional (Sentencia C-145/10. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se ha pronunciado, reafirmando la consagración de los deberes parentales hacia los hijos y señalando que “la familia es destinataria de acciones especiales provenientes de la sociedad y del Estado dirigidas a su protección, fortalecimiento y prevalencia como actor social; a su vez esa perspectiva de amparo debe reflejarse en los miembros menores de la misma, convirtiéndose el núcleo familiar, en cabeza de los padres, en el principal responsable del bienestar, educación y cuidado de los niños, con la solidaridad y asistencia de la sociedad, para su formación y protección”.

Lo anterior evidencia que el Ordenamiento Jurídico Colombiano, desde la expedición del Código Civil se ha preocupado por regular y definir los deberes y facultades de los padres en relación con sus hijos menores. En este sentido, la Patria Potestad se consagra como mecanismo para incentivar el cumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley impone a los padres, de donde se distinguen dos ámbitos: el personal y el patrimonial.

La Corte Constitucional ha señalado (Sentencia C-145/10. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que el ámbito personal se refiere a los deberes materia de estudio en el presente trabajo: “La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley atribuye al padre y a la madre sobre la persona y bienes de los hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su condición les impone, es decir,

para garantizar respecto de los hijos su protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

Con respecto al incumplimiento de los deberes que se generan en las relaciones de filiación y que ocasiona daño a sus integrantes, se podrían plantear hipótesis o supuestos en donde la Responsabilidad Civil sería aplicable. Estos supuestos se refieren específicamente a: (a) El incumplimiento del deber relacionado con el cuidado personal del menor, (b) El incumplimiento del deber de educar al menor y, (c) El incumplimiento de la obligación alimentaria.

Incumplimiento del deber relacionado con el cuidado personal del menor.

El deber de cuidado personal del menor hace alusión al compromiso de los padres de velar por la salud del hijo y de procurar su seguridad personal (Rodríguez, 2009, p. 192). En este sentido, cuando un padre incumple alguno de estos dos deberes se podría configurar una Responsabilidad Civil, por lo que se estudiará cada uno de ellos, analizando si se cumplen los requisitos de la para que surja la obligación indemnizatoria.

En lo que respecta al incumplimiento del deber de velar por la salud del hijo, la hipótesis se refiere a los perjuicios que los padres pueden provocar a los hijos cuando toman decisiones sobre actos relativos a la integridad personal de sus descendientes y que, finalmente, afectan gravemente su salud. En este escenario, se configura el supuesto donde el paciente menor de edad no es capaz de comprender el alcance de la intervención o tratamiento médico y, en consecuencia, el consentimiento debe ser otorgado por sus progenitores.

Particular interés tienen aquellos supuestos en los que la conducta consiste en que los padres se niegan a consentir con el tratamiento médico que requiere el hijo. Se trata en nuestro concepto, de una conducta que contraría al Ordenamiento Jurídico porque la Constitución Política (artículo 44) señala que la vida, la integridad física y la salud son derechos fundamentales de los niños que no pueden ser vulnerados por ninguna persona, por lo que no adoptar decisiones que propendan por la recuperación de la salud del hijo configura, obviamente, una conducta humana antijurídica.

Ahora bien, en relación con el daño que en estas situaciones se puede generar, es evidente que si debido a la falta de consentimiento de los padres el hijo no puede recuperar su estado de salud o su enfermedad se agrava, se concreta de esa manera un daño (de carácter patrimonial o moral) y si cumple con los requisitos de certeza, carácter personal y antijuridicidad, éste debe ser reparado. En el caso en mención los daños patrimoniales no son tan evidentes como los morales, debido a que los gastos de un menor ordinariamente son sufragados por los padres, es decir, el patrimonio que se afectaría sería el de los progenitores, quienes son los mismos demandados, por lo que no se cumpliría el requisito atinente al carácter personal del daño.

El daño moral, por su parte, es más evidente y verificable ya que abarca la afectación en los sentimientos del menor al verse afectado en su salud por la omisión en consentimiento del tratamiento por parte de los padres. El mismo análisis podría realizarse respecto del daño a la vida de relación

En cuanto al tercer requisito de la fórmula, la relación de causalidad, este se cumplirá si efectivamente se constata que la negativa al tratamiento ocasiona el daño sufrido en la salud del menor. Finalmente, en cuanto al factor de atribución, en este caso es de carácter subjetivo porque no proporcionar la autorización para un tratamiento a un menor para salvar su vida, es un comportamiento que no se ajusta a los estándares de conducta exigidos en relación con el rol que un padre de familia desempeña en la vida social, lo que hace se atribuya el carácter culposo a la conducta y por lo tanto se entienda cumplido el cuarto requisito.

Ahora bien, si el padre niega el tratamiento médico de su hijo por motivos religiosos, nos encontramos en un escenario en el que se ejercerían abusivamente los derechos derivados de la patria potestad y se incumpliría el deber de velar por la salud del menor como parte que es del cuidado personal del mismo. Ante el conflicto que puede presentarse entre el derecho de la libertad religiosa de los padres y la salud del hijo, debe prevalecer el derecho de éste último, como lo ha afirmado la Corte Constitucional a través de Sentencia, T-411/94. MP, Vladimiro Naranjo Mesa.

Señaló la Corte lo siguiente: “Es inconcebible que en aras de la libertad religiosa, una persona pase sobre el derecho de otra. No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que éstas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona -en el caso sub examine una menor- como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica, la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre

desarrollo de la personalidad. Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección”.

En Colombia la ley quiso evitar situaciones como las señaladas, en las que la negativa de los padres a un tratamiento médico para sus hijos puede generar un daño a los menores. Es por esto que el artículo 46 del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), numeral 6, garantiza “la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida; carezca de representante legal o este se encuentre en situación que le impida dar su consentimiento de manera oportuna o no se autorice por razones personales, culturales, de credo o sea negligente; en atención al interés superior del niño, niña o adolescente o a la prevalencia de sus derechos”.

La disposición antes transcrita cumple una doble función: (i) Proteger a los menores en el evento en que el derecho a la salud se encuentre en conflicto con el derecho a la libertad de culto de sus padres y, (ii) Prevenir demandas en contra de los padres o de las instituciones de salud por los daños generados como consecuencia de la negativa a los tratamientos.

En cuanto al deber de velar por la seguridad personal del hijo debemos señalar que se trata de un deber que tiene como objetivo evitar que los hijos se encuentren en situación

de riesgo de sufrir daños personales y que le ocasionen daños a terceros. Dentro del objeto de estudio del presente trabajo, se analizará únicamente la primera cuestión.

El incumplimiento del deber de velar por la seguridad de los hijos desafortunadamente es cada vez más frecuente en nuestra sociedad, por lo que es necesario analizar cuáles son las soluciones que ofrece el Código Civil al respecto, particularmente cuando del mismo se derivan consecuencias dañosas para el menor. En principio, el artículo 315 del Código Civil no consagra la privación de la patria potestad como consecuencia del incumplimiento del deber de cuidado, pues hace referencia al maltrato del hijo o al abandono, entre otros supuestos, que ciertamente no corresponden a la situación de simple incumplimiento del deber de cuidado. Dada esa situación, se debe indagar sobre la procedencia de la acción de Responsabilidad Civil por parte del hijo cuando sus padres han incumplido el deber de cuidado hacia él.

Como primera cuestión se analizará si procede la demanda de un hijo contra su progenitor por los daños causados por la falta de cuidado en su vigilancia. Los casos en donde se presenta esta situación son incontables, por ejemplo, puede existir casos en donde por la falta de vigilancia sobre el menor, éste se sufra lesiones físicas permanentes a causa de accidentes domésticos, o por la falta de cuidado de sus padres el menor sea víctima de abusos por parte de terceros.

En los casos en donde un padre no atiende el deber de vigilancia de un hijo, nada impide que éstos puedan interponer una acción solicitando la indemnización por los daños causados por sus progenitores ya que los requisitos de la responsabilidad se podrían configurar así: la conducta humana antijurídica estaría en desatender a un hijo menor, no

vigilarlo, exponiéndolo a inseguridades o a posibles riesgos, conducta que, en consecuencia sería contraria a preceptos constitucionales y legales de nuestro ordenamiento.

Como consecuencia de esto, se generarían daños en la salud o en los sentimientos del hijo, esto es, perjuicios de naturaleza moral, que variarán dependiendo del caso. El nexo causal deberá ser verificable pero, si existe la conexión o enlace entre el descuido o la falta de vigilancia de los progenitores y el daño sufrido por el hijo, el requisito se entenderá cumplido.

Finalmente, se deberá estudiar si la conducta humana es dolosa o culposa para poder constatar efectivamente el requisito del factor de atribución, y, por tanto, la acción procederá si se evidencia que el daño en el menor se produce como consecuencia de comportamientos intencionales, o de actos descuidados o negligentes de los padres.

No obstante lo anterior, establecer la responsabilidad de los padres por el incumplimiento negligente del deber de cuidado resulta de gran dificultad, por lo que es necesario tener presentes ciertos criterios doctrinales que hacen alusión a las circunstancias personales del menor, de los progenitores y a las circunstancias objetivas del caso en concreto (Rodríguez, 2009, p. 236).

Incluso, la responsabilidad en esta clase de situaciones no es asumida de manera individual por cada uno de ellos ya que si los padres conviven, la responsabilidad por el daño que sufra el hijo, es conjunta. Por el contrario, si los padres son divorciados, o se encuentran separados, el obligado a responder por los daños es el progenitor con el que el

hijo conviva, con dos excepciones: (i) que el menor sufra el daño mientras dura el derecho-deber de visita y, (ii) que el daño que sufre el hijo estando en ese momento bajo la custodia de uno de los progenitores haya sido propiciado por la negligencia del otro progenitor.

Como se observa, en principio la aplicación de las tesis positivas o a favor de la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento del deber de vigilancia de los hijos son aplicables a los supuestos analizados; sin embargo socialmente parece existir un privilegio de hecho, por consideraciones de diferente orden (culturales, conformismo, etc.). La responsabilidad se limita en la práctica a la actuación de los progenitores con dolo o culpa grave y a los comportamientos que se encuentren tipificados en el Código Penal.

Incumplimiento del deber de educar al menor.

En lo que respecta a esta cuestión, se estudiará qué consecuencias jurídicas tiene la hipótesis de la omisión del deber de educar a los hijos o, el cumplimiento defectuoso de ese deber. Previamente es necesario señalar que el deber de educar no es una cuestión que atañe únicamente a los padres, sino que es un deber que se comparte con el colegio o el Estado, y se concreta en un derecho de raigambre constitucional.

“El deber de educación no es sólo la escolarización de los hijos, está compuesto por preceptos constitucionales y legales que hacen alusión a una educación integral que preparare a un hijo para que tenga una vida sana, adquiera instrucción intelectual, orientación profesional, cívica y de educación física” (Sentencia T-138 de 2013, Corte Constitucional, MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

Teniendo claro el marco constitucional y legal del deber de educación es necesario analizar las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento. Como en los supuestos anteriores, el Código Civil no establece la privación de la patria potestad para el padre que no inculque educación a su hijo, por lo que es necesario analizar otro tipo de consecuencias.

En lo que respecta a la reclamación indemnizatoria por la omisión o cumplimiento defectuoso del deber de educar, debemos señalar que es un supuesto en el que es necesario analizar el caso en concreto para comprobar que se cumplan los requisitos de la Responsabilidad Civil.

Los escenarios en donde un hijo podría llegar a demandar a sus padres por la omisión al deber de educar son infinitos. A nuestro juicio, sólo podría configurarse en casos extremos en donde el padre o la madre, teniendo todos los medios para proporcionarle educación a su hijo (inscribirlo en un colegio), caprichosamente no lo hicieran. Para el resto de los casos, considero que la educación es un proceso complejo, que está plasmado de multitud de matices culturales, que deviene además de la convivencia con el menor, situaciones que escapan de los márgenes de la exigibilidad jurídica.

Incumplimiento de la obligación alimentaria.

Se trata de otro supuesto en el que la ley no establece en forma expresa que se genere Responsabilidad Civil. En Colombia, el incumplimiento doloso de la obligación de suministrar alimentos está elevado a la categoría de delito en la codificación penal^{xciii}. Es

por esto que dentro del proceso penal se abre la posibilidad de que se indemnicen los perjuicios patrimoniales o morales que sean consecuencia de la conducta punible.

Para la Corte Constitucional, “el derecho de alimentos encuentra fundamento, por lo general, en el deber de solidaridad que se debe a los miembros del núcleo familiar, ya sea por razones de parentesco, matrimonio unión marital de hecho, y de manera excepcional, por razones de equidad, en el evento en que el donante puede exigirlos al donatario, cuando se ha desprendido de suma cuantiosa de sus bienes a favor de éste último. Igualmente, la jurisprudencia ha explicado que la obligación alimentaria encuentra fundamentos más firmes a la luz de la Constitución Política, especialmente en cuanto respecta a los niños (art. 44 C.P.)”. (Sentencia T -1906/08. M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

El derecho de alimentos implica la facultad que tiene una persona de exigir los “emolumentos necesarios para su subsistencia, cuando no se encuentre en las condiciones para procurárselos por sí misma, a quien esté legalmente en la obligación de suministrarlos” (Sentencia T -1906/08. M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Este deber lo consagra la ley en el artículo 411 del Código Civil, por lo que incumplirlo configura una conducta humana antijurídica que puede concluir en un daño de naturaleza patrimonial o moral, según sea el caso.

Otro requisito importante es que se cumplan las exigencias necesarias para poder reclamar alimentos. En este orden de ideas, la ley ha señalado que para poder reclamar alimentos se requiere que: (i) Que el peticionario carezca de bienes y, por consiguiente, necesite los alimentos que demanda; (ii) Que la persona a quien se le pidan alimentos

tenga los recursos económicos para proporcionarlos^{xciv}. En este orden de ideas, la finalidad social y de interés público de los alimentos, establece una obligación impuesta por la ley a ciertas personas que se encuentran en circunstancias que se estiman dignas de protección.

Para la Corte Constitucional “La obligación alimentaria no difiere de las demás obligaciones civiles. Ella presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho. Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios”(Sentencia C-237/97. M.P., Carlos Gaviria Díaz).

En aquellos eventos en donde un padre incumple con la obligación alimentaria, incurre en una conducta contraria a la ley, no sólo en el ámbito del derecho Civil sino también en la esfera del Derecho Penal. Es un comportamiento humano que es contrario a las exigencias de nuestro Ordenamiento Jurídico (artículo 411 Código Civil y artículo 233 del Código Penal).

Es pertinente señalar que, en muchas ocasiones los daños patrimoniales son generados al padre o a la madre a quien se le ve disminuido su patrimonio por el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del otro progenitor por lo que debe entonces asumir gastos que no le corresponden. De la misma forma, un hijo puede ser víctima de daños en su patrimonio en aquellos casos en donde tiene que trabajar para así cubrir sus

necesidades básicas por el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte de alguno de sus padres.

En relación con el daño moral, una persona puede sentirse abandonada, impotente y frustrada al no tener el apoyo monetario que hace parte de la obligación alimentaria ya que consideramos que esta obligación puede interpretarse más allá de una suma determinada de dinero. La obligación alimentaria tiene un trasfondo emocional, es decir cumplir la obligación alimentaria demuestra el interés, esfuerzo, cariño y preocupación que tiene un padre por su hijo lo que genera sentimientos de afecto, gratitud y amor.

Como se ha señalado a lo largo de este estudio, si en un caso determinado se llega a comprobar que la omisión al deber de otorgar alimentos tiene como consecuencia la generación de un daño en el hijo, se entiende que la relación de causalidad se cumple. Y, si la omisión de este deber se deriva de actos dolosos o culposos se entenderá que se cumple el factor de atribución de responsabilidad.

Es así como la falta de alimentos, que se atribuya por obligación legal a un sujeto determinado, constituye un ataque a los derechos de la personalidad y a derechos del ámbito familiar donde se desarrolla toda persona (Santos, 2004, p. 409).

No obstante lo anterior, este deber tiene una protección especial de la ley que le otorga facultades para proteger los derechos como la vida, la integridad física y psíquica del alimentario, en especial de los niños o niñas menores. Estas facultades se otorgan a los jueces para que fijen alimentos provisionales, decreten medidas cautelares e intereses sobre las cuotas alimentarias atrasadas. Estos intereses se generan en virtud de que aquel

progenitor que no estaba obligado a pagar por el sustento del menor, ve disminuido su patrimonio por el incumplimiento del cónyuge obligado, por lo que se deberá aplicar la tasa permitida por el artículo 1617 del Código Civil.

De lo anterior se concluye que el incumplimiento de estos deberes no se agota en las sanciones indicadas en la ley, ya que es evidente que se presentan casos donde un comportamiento antijurídico de los padres, fuente de perjuicios materiales y morales, pueden afectar la vida de relación del hijo en su entorno social y familiar. Por ello, deben ser reconocidos por el Ordenamiento Jurídico que además de contener un carácter sancionatorio, contiene uno de carácter reparador.

De todo lo dicho, se puede establecer que efectivamente en los casos en donde se generan daños por controversias suscitadas alrededor de la filiación, se puede instaurar una demanda de Responsabilidad Civil para obtener la reparación de los daños que se hayan ocasionado, siempre que se verifique cada uno de los requisitos de la obligación indemnizatoria. Son pocos los casos en donde los requisitos de la Responsabilidad Civil no se configuran.

Sin embargo, es evidente que la falta de litigios en la materia se debe a que socialmente aún subsisten privilegios e inmunidades de hecho para aquellos miembros de la familia que ocasionan daños a sus descendientes. En los pocos eventos en donde se presentan las demandas, los jueces se limitan a imponer las sanciones que establece el Derecho de Familia o las sanciones de la ley penal.

Conclusiones

La filiación, es una institución jurídica que se encuentra regulada desde las primeras codificaciones que existieron en Colombia. Gracias a la Constitución de 1991, la familia como núcleo fundamental de la sociedad se ha nutrido de diferentes características que le otorgan a sus miembros, derechos de carácter fundamental. Naturalmente, elevar a rango constitucional la protección del individuo que hace parte de la familia, altera de manera sustancial las relaciones que se crean entre los miembros de las familias lo que incluye las relaciones paterno-filiales.

De los diversos tipos de filiación que existen en la ley (matrimonial, extramatrimonial, por adopción y por reproducción asistida) se desprende una característica común, consistente en el surgimiento de obligaciones de los padres frente a los hijos. Para poder hacer exigibles estas obligaciones en los casos de controversia, existen las acciones de reclamación o declaración de la filiación y del estado civil. A pesar de que históricamente cada una de ellas tiene naturaleza y características propias, el Código General del Proceso ha estandarizado el proceso para que se rijan por las mismas reglas especiales.

Ahora bien, cuando en un proceso se establece una relación paterno-filial entre dos personas, surgen derechos y obligaciones de carácter personal y de carácter patrimonial establecido en nuestro Ordenamiento Jurídico. La Constitución y la ley señalan las obligaciones y deberes que surgen de la relación paterno-filial para los padres y para los hijos, y muchas veces consagran sanciones aplicables a quien incumpla estos preceptos. Sin embargo, existen casos en donde se generan daños entre quienes hacen parte de la

relación paterno-filial, que no contienen sanciones incorporadas en la ley. En estos eventos, nada obsta para que se pueda aplicar el sistema general de Responsabilidad Civil, para así reparar los daños sufridos por el individuo víctima del daño.

La aplicación de la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia, depende del fundamento ideológico que tenga un sistema jurídico determinado. En el Common Law, hay una tradición de inmunidad familiar, cimentada en la idea de que el matrimonio fusiona las personalidades del hombre y la mujer, creando una sólo persona. Por su parte, el sistema Europeo Continental ha hecho una distinción entre las normas penales y las normas civiles, y entre los daños personales y los daños patrimoniales, que caracterizan al sistema por ser más respetuoso de la personalidad del individuo.

A medida en que se reducen las inmunidades, las similitudes entre el Common Law y el Civil Law son más notorias. Las inmunidades se han sustituido gradualmente por privilegios provenientes del derecho sustantivo, donde la responsabilidad depende de los deberes, potestades familiares, estándares de cuidado y criterios de imputación que se crean para cada situación en particular.

En este orden de ideas, hay dos tesis que acogen los tratadistas para aplicar o no, las reglas de la Responsabilidad Civil a las relaciones familiares. La tesis negativa que sostiene que no se deben aplicar las normas por razones éticas, morales, sociológicas y de carácter positivista. Es decir, el ordenamiento jurídico no ha hecho una remisión expresa sobre el resarcimiento del daño moral o patrimonial derivado de estas relaciones y tampoco existe remisión al sistema reparatorio de la responsabilidad contractual o extracontractual. Por su parte, las teorías positivas contienen planteamientos que hacen

alusión a la equidad, y señalan que siempre que se configure una conducta ilícita que cause un daño y exista un factor de imputación, surgirá la obligación de indemnizar.

Ahora bien, el Ordenamiento Jurídico colombiano no contiene un sistema de exenciones familiares; sin embargo contempla supuestos en donde existe Responsabilidad Civil originada de las relaciones familiares y en donde se señala que todo aquel que ha inferido un daño a otro está en la obligación de indemnizarlo.

Las normas de responsabilidad aplicables a estos supuestos son las relativas a la Responsabilidad Civil Extracontractual porque tienen su causa en la violación de un deber que deviene de disposiciones legales. Por lo anterior, al estudiar la existencia de la responsabilidad en un caso en particular, es necesario analizar: (i) la conducta humana antijurídica, (ii) el daño, (iii) la relación de causalidad y, (iv) el factor o criterio de atribución de responsabilidad.

Cada uno de los mencionados requisitos ha sido desarrollado por la jurisprudencia y por la doctrina, que han determinado criterios especiales para que cada uno de los presupuestos efectivamente se cumpla en determinado caso. Es así como se ha señalado que el daño debe ser personal, cierto, directo y afectar un interés jurídicamente protegido para que se configure. Por su parte, la conducta humana antijurídica es aquella conducta contraria al Ordenamiento Jurídico que está integrado por la ley, la moral y las buenas costumbres.

Por su parte, la relación de causalidad es el vínculo o enlace que existe entre un hecho antecedente y un resultado consecuente, en donde el primero da lugar a establecer la

autoría material del daño. Finalmente, el factor de atribución de responsabilidad se deriva de los actos dolosos o culposos es decir, en nuestro ordenamiento el factor de atribución es de naturaleza subjetiva.

Concretamente en las relaciones paterno-filiales existen comportamientos antijurídicos expresamente contemplados en la ley, y eventos de reparación de perjuicios no contemplados específicamente en la ley, como los que fueron objeto el presente estudio, (i) Daños derivados de la ilegitimidad del hijo, (ii) Daños derivados de la filiación extramatrimonial no reconocida, y (iii) Daños por el incumplimiento de la obligación alimentaria, de los deberes de crianza, educación y establecimiento de los hijos.

En el caso de los daños derivados de la ilegitimidad del hijo, se realizó un análisis de cada uno de los requisitos de la Responsabilidad Civil, en donde se llegó a la conclusión de que todos ellos se cumplen por lo que los daños patrimoniales o morales causados al hijo o al ex marido derivados de la ilegitimidad del hijo, pueden ser indemnizados por la madre.

Por su parte, de los daños derivados de la filiación extramatrimonial no reconocida voluntariamente, se desprenden dos posibles supuestos: (i) La Responsabilidad Civil del progenitor por la falta de reconocimiento voluntario del hijo y, (ii) La Responsabilidad Civil de la madre cuando es el padre quién no reconoce de forma voluntaria al hijo extramatrimonial.

En cuanto al primer supuesto se encuentra un posible eximente de responsabilidad, ya que la ley señala que el reconocimiento es “voluntario”, lo que puede llevar a la conclusión de que no es de carácter obligatorio. Sin embargo, cuando se hace alusión a la Convención sobre los Derechos del Niño, el conflicto se soluciona ya que el hijo tiene un derecho de carácter constitucional y supranacional a ser reconocido por quién lo ha engendrado y a conocer su identidad biológica. De lo anterior se concluye que es perfectamente posible atribuir la Responsabilidad Civil en estos casos, y pedir por supuesto, la indemnización de los daños patrimoniales y morales correspondientes.

En cuanto a la segunda hipótesis (la Responsabilidad Civil de la madre cuando es el padre quién no reconoce de forma voluntaria al hijo extramatrimonial), la doctrina ha resaltado que existen dos escenarios para analizar. El primero se refiere a la posibilidad de que el hijo esté legitimado para solicitar una indemnización de daños y perjuicios a su madre por no haber ejercido la acción de reclamación de la paternidad y, el segundo es aquel en donde la madre ejercita la acción de reclamación de la filiación de manera tardía, situación que genera daños en el hijo.

Del análisis realizado concluimos que en el primer escenario, no existe conducta humana antijurídica porque no ejercer la acción de reclamación de la paternidad por parte de la madre en representación del hijo no es una conducta contraria al Ordenamiento Jurídico. De la misma manera sostenemos que el hijo no sufre daños de carácter patrimonial porque no se afecta en él un interés legítimo que previamente disfrutaba ya que la madre no impidió el disfrute de un derecho que estuviera consolidado en cabeza de su hijo. En este sentido, consideramos que el daño moral tampoco es provocado por la madre, ya que es un daño que proviene directamente del desconocimiento e indiferencia

del padre hacia su hijo, razón por la cual este evento no sería susceptible de reparación en el ámbito de la Responsabilidad Civil.

Para la segunda hipótesis, consideramos pertinente analizar cada caso en particular porque de esta manera se determinará si el daño deviene directamente de falta de reconocimiento del padre, o si proviene del ejercicio tardío de la acción por parte de la madre. En este caso, es necesario que el juez analice la situación ya que si el daño proviene por el ejercicio tardío de la acción, éste se cuantificará en relación con el tiempo en el que la madre le pudo haber evitado el dolor al hijo interponiendo la acción de manera oportuna.

Finalmente, cuando se estudian los daños que se generan al hijo por el incumplimiento de la obligación alimentaria, de los deberes de crianza, educación y establecimiento de los hijos, se analizan varias cuestiones. Por un lado, si bien este cúmulo de obligaciones y deberes se encuentran establecidos desde la expedición del Código Civil, se han venido desarrollando con el transcurrir del tiempo y actualmente se componen de múltiples deberes jurídicos de los padres en relación con sus hijos menores.

Con respecto al incumplimiento de algunos de esos deberes, en la esfera personal se podrían generar hipótesis donde tendría aplicación la Responsabilidad Civil. Estos supuestos se refieren al deber del cuidado personal del menor y al deber de educar al menor. Dentro del primero, se hace referencia al incumplimiento del deber de velar por la salud del hijo y el incumplimiento del deber de velar por su seguridad personal. Velar por la salud de un hijo parece lógico y natural, sin embargo hay casos donde no se cumple y en consecuencia, se generan daños. La hipótesis se refiere específicamente a los

perjuicios que los padres pueden provocar a los hijos ante la negativa al tratamiento necesario en beneficio de la salud del menor, alegando creencias religiosas.

Este proceder puede constituir un ejercicio abusivo de los derechos y potestades que tienen los padres, ya que esas prerrogativas no incluyen, por ejemplo, la imposición al niño de prácticas religiosas que constituyan una amenaza a la seguridad y salud del menor. En otras palabras, ante la confrontación del derecho de la libertad religiosa de los padres y la salud del hijo, prevalecerá el derecho de éste último, razón por la cual se concluye que si se generan daños en este supuesto, procede la reparación integral de los daños causados.

En cuanto al incumplimiento de velar por la seguridad personal del hijo, se debe entender que el objetivo del mismo es evitar que los hijos sufran daños ocasionados por ellos mismos o en accidentes domésticos. En este sentido, se puede concluir que en el derecho colombiano no existe un privilegio respecto a la Responsabilidad Civil por los daños causados por los padres a sus hijos con ocasión a sus deberes paterno-filiales, o con ocasión del contacto personal y familiar que es frecuente inherente a la relación entre padres e hijos.

Por lo anterior, nada obsta para que en principio los hijos pudieran interponer una acción solicitando la indemnización por los daños causados por sus progenitores, en especial si el hijo sufre lesiones físicas permanentes por la falta de vigilancia de sus padres, pero socialmente parece existir un privilegio de hecho, debido a la falta de litigios en la materia.

En cuanto al incumplimiento del deber de educar al menor, interponer una acción para la reclamación indemnizatoria por la omisión o cumplimiento defectuoso del deber de educar, no sería viable. La razón se fundamenta en que la educación es un proceso complejo que supera los márgenes de la exigibilidad jurídica, de manera que el proceso educativo abarca más que la simple escolaridad. Es un proceso que deviene de la convivencia con el menor, las enseñanzas diarias que su progenitor le imparta, por lo que no es exigible de modo coactivo al padre que lo incumpla.

El incumplimiento de la obligación alimentaria es otro evento que ocasiona daños a los miembros de las relaciones paterno-filiales. La obligación alimentaria presupone la existencia de una norma jurídica capaz de generar consecuencias en derecho. Esta obligación aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios. Por esto, en Colombia incumplir la obligación alimentaria se encuentra elevada a la categoría de delito en la codificación penal, por lo que incumplir esta obligación vulnera derechos como el de la personalidad, vida y del ámbito familiar de la persona.

Todos estos casos evidencian que en las relaciones paterno-filiales, el concepto de “deber” tiene varios alcances y se ha transformado a medida que la sociedad evoluciona. Previamente se concebía como una conducta recomendada por el legislador, más que como una carga de carácter obligacional con sanciones civiles establecidas en el Derecho de Familia. Con el devenir del tiempo, estos deberes se han convertido en verdaderas obligaciones exigibles coercitivamente, y de las cuales es completamente válido (según se

estudió en la mayoría de los casos) pedir una reparación integral de perjuicios cuando se ocasionen daños generados en el seno de las relaciones paterno-filiales.

Bibliografía

ABELIUK, Manasevich René. (2003). La filiación y sus efectos. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

BELLUSCIO, Augusto Cesar. (1975). Derecho de Familia. Buenos Aires Editorial De Palma.

BERBERE DELGADO, Jorge Carlos. (2010). Otros supuestos de responsabilidad. Disponible en: www.afamse.org.ar.

BORGONOVO, Oscar. (2003). Derecho de Daños. Buenos Aires, Ediciones La Rocca.

CAÑÓN, Pedro Alejo. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (1982). Sentencia de 12 de enero de 1976. En “Derecho Civil, Personas y Familia”. Bogotá, Editorial ABC.

CASTRO, Marcela. (2010). Derecho de las Obligaciones. Bogotá, Universidad de los Andes.

COLOMBIA. (1991). Constitución Política. Bogotá.

COLOMBIA. (2010). Código Civil. Bogotá.

COLOMBIA. ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. (2007).
Filiación en el Derecho de Familia. Colombia, Grafiti-Impacto Ltda.

DUQUE GÓMEZ, José N. (2003). Del Daño. Bogotá, Editorial Jurídica
Bolivariana.

FERRER RIBA, Josep. (2001). Relaciones familiares del derecho de daños.
Barcelona, InDret.

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. (1992). Derecho de Familia. Bogotá, Editorial
Temis.

GROSMAN, Cecilia. (2000). Familias ensambladas: nuevas uniones después del
divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales. Buenos Aires, Editorial
Universidad.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa. (2010). El nuevo derecho de
Familia: visión doctrinal y jurisprudencial. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa. (2006). Nuevos perfiles del
derecho de familia. Buenos Aires, Editorial Rubilzal-Culzoni.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa. (2007). Responsabilidad Civil.
Buenos Aires, Editorial Rubilzal-Culzoni.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2009). Elementos de la Responsabilidad Civil. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

MEDINA PABÓN, Juan Enrique. (2010). Derecho Civil. Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. (2001). Derecho de Familia y Menores. Bogotá, Editorial Librería Ediciones El Profesional.

MORALES ACACIO, Alcides. (2011). Lecciones de Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Leyer.

NARANJO OCHOA, Fabio. 1999. Derecho Civil Personas y Familia. Medellín, Editorial Librería Jurídica Sánchez R.

NOVELLINO, Norberto J. (2000). Derecho de Daños. Buenos Aires, Ediciones La Rocca.

NÚÑEZ CANTILLO, Adolfo. (1978). Derecho de Familia. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.

ROCA, Encarna. (2003). El daño. Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana

RODRÍGUEZ GUITÁN, Alma María. (2009). Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia: Especial Referencia al Ámbito de las relaciones Perno-Filiales. Pamplona, Editorial Arazadi S. A.

SAMBRIZZI, Eduardo A. (2001). Daños en el derecho de familia. Buenos Aires, Editorial La Ley.

SAMBRIZZI, Eduardo A. (2005). Derecho de Daños en el derecho de Familia. Buenos Aires, Editorial La Ley.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. (2008). Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo II. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

SERNA MEROÑO, Encarnación. (1985). La reforma de la filiación. Madrid, Editorial Montecorvo.

SUAREZ, Franco Roberto. (2006). Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Temis.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. (1986). De la Responsabilidad Civil. Bogotá, Editorial Temis.

TRIGO REPRESAS, Félix A. (2011). Tratado de la Responsabilidad Civil. Argentina, Editorial La Ley.

TRIGO REPRESAS, Félix. (2005). Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo IV. Argentina, Editorial La Ley.

TRIGO REPRESAS, Félix. (2000). Derecho de Daños. Ediciones Buenos Aires, La Rocca.

JURISPRUDENCIA

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. (1999) Sección Tercera. Sentencia agosto 19 de 1999. Magistrado Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez y Roberto Suárez Franco.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. (2000) Sentencia Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 19 de julio de 2000. Magistrado Ponente, Aliér Eduardo Hernández Enríquez
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (1994) Sentencias C-047, C-105 de 1994. Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (1994) Sentencia No. T-411/94. Magistrado Ponente, Vladimiro Naranjo Mesa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (1996) Sentencia C-595 de 1996. Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (1997) Sentencia C-237 de 1997. Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (1998) Sentencia C-004 de 1998. Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2001) Sentencia del 27 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente, Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2002) Sentencia C-808 de 2002. Magistrado Ponente, Mauricio González Cuervo
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2004) Sentencia T-609 de 2004. Magistrado Ponente, Clara Inés Vargas Hernández.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2005) Sentencia C-746 de 2005. Magistrado Ponente, Jaime Araujo Rentería.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2005) Sentencia C-476 del 10 de mayo de 2005. Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2008) Sentencia del 13 de febrero de 2008. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2008) Sentencia de 5 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente, Ruth Marina Díaz Rueda.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2010) Sentencia C-145/10. Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2010) Sentencia C-1008 de 2010. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2010) Sentencia del 21 de mayo de 2010. Magistrado Ponente, Pedro Octavio Munar Cadena.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2011) Sentencia T-464 de 2011. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2012) Sentencia C-892 de 2012. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2012) Sentencia T-260 de 2012. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2013) Sentencia T- 160 de 2013. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- COLOMBIA. (1987) Sala Civil. Sentencia de 10 de marzo de 1987. G.J. N. 2427.
- COLOMBIA. (1987) Sala Civil. Sentencia de 30 de marzo de 1987. G.J. N. 2427.

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1912) Sala de Casación Civil. 31 de mayo de 1912 G.J. N. XXIX.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1997). Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 21 de 1997. Expediente 4910. Magistrado Ponente, Nicolás Bechara Simacas.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1997). Expediente 6188. Sentencia del 10 de marzo de 2000. Magistrado Ponente, Jorge Santos Ballesteros.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2000) Sentencia del 10 de marzo de 2000. Magistrado Ponente, Jorge Santos Ballesteros.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2008) Sentencia, del 13 de mayo de 2008. Magistrado Ponente, César Julio Valencia Copete.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2008) Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Magistrado Ponente, Edgardo Villamil Portilla.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2008) Sentencia de 5 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente, Ruth Marina Díaz Rueda.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2008) Sentencia del 13 de mayo de 2008. Magistrado Ponente, César Julio Valencia Copete.

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2009) Sentencia T-968 de 2009. Magistrado Ponente, María Victoria Calle Correa.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2009) Sentencia de 24 de agosto de 2009. Magistrado Ponente, William Namén Vargas.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2009) Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Magistrado Ponente, César Julio Valencia Copete.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2010) Sentencia de 9 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente, William Namén.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2010) Sentencia de 22 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente, Arturo Solarte Rodríguez.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2011) Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente ,William Namén Vargas.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2011) Sentencia de 16 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente, Arturo Solarte Rodríguez.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2011) Sentencia de 1 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente, Fernando Giraldo Gutiérrez.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2011) Sentencia del 9 de diciembre de 2011. Magistrado Ponente, William Namén Vargas.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2012) Sentencia del 24 de abril de 2012. Magistrado Ponente, Fernando Giraldo Gutiérrez.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2012) Sentencia del 16 de agosto de 2012. Magistrado Ponente, Fernando Giraldo Gutiérrez.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2012) Sentencia de 18 de diciembre de 2012. Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez.

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2013) Sentencia de 28 de febrero de 2013. Magistrado Ponente, Arturo Solarte Rodríguez.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2013) Sentencia de 8 de agosto de 2013. Magistrado Ponente, Ruth Marina Díaz.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2013) Sentencia de 1 de noviembre de 2013. Magistrado Ponente, Arturo Solarte R.

NORMATIVIDAD:

- Código Civil (Ley 57 de 1887)
- Ley 23 de 1981
- Ley 153 de 1887
- Ley 45 de 1936
- Ley 75 de 1968
- Ley 29 de 1982
- Ley 919 de 2004
- Decreto 2820 de 1974
- Decreto 772 de 1975
- Decreto 2737 de 1982
- Decreto 2493 de 2004
- Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989)
- Código del Menor (Decreto 2737 de 1989)
- Ley 721 de 2001
- Decreto 1562 de 2002
- Ley 1060 de 2006
- Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

- Resolución 8430 del 4 de octubre 1999
- Resolución 1628 del 28 de abril de 1994.

ⁱEl Derecho contemporáneo de Daños tiene un propósito o función eminentemente reparatoria, aunque también preventiva, pues busca el establecimiento de instrumentos que permitan no sólo resarcir los perjuicios, sino también evitar la causación de daños.

ⁱⁱArtículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil, respectivamente

ⁱⁱⁱEstos requisitos son: (i) Hecho ilícito, (ii) Daño, (iii) Nexo causal, (iv) Factor de atribución. En síntesis, el primero de estos elementos se entiende como el quebrantamiento de un deber jurídico, el nexo causal o la relación de causalidad es el nexo razonable, previsible y adecuado entre el “obrar” de una persona y el resultado dañoso que se genere por el mencionado “obrar”. Finalmente, el factor de atribución en las relaciones familiares se refiere concretamente al dolo y a la culpa grave.

^{iv}Sentencia de la sala de casación civil de 15 de octubre de 2010, Exp. 1994-04370-01.

^vSentencia T-609 de 2004, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

^{vi}El Código de 1873 tenía las siguientes definiciones: Los hijos naturales eran aquellos hijos habidos fuera del matrimonio de padres que se podían casar al momento de la concepción. Los de dañado y punible ayuntamiento se refería a los hijos adulterinos o incestuosos, y los simples ilegítimos, se refería a aquellos que no eran concebidos durante el matrimonio ni legitimados por el mismo, posterior a la concepción.

^{vii}Por ejemplo, el derecho que tenían los hijos a que el supuesto padre sea citado personalmente ante el Juez a declarar bajo juramento si cree serlo; así también si se hubiere citado al supuesto padre dos veces y no comparece, se mirará como reconocida la paternidad y, finalmente que los alimentos suministrados por el padre se causarán desde la primera demanda.

^{viii}Algunos de los artículos de la ley modificaron el Código Civil, y aún hoy siguen vigentes: art. 1 (art. 52 C.C), art. 23 (art. 1242 C.C) y art. 24 (art. 1253 C.C). Otros artículos siguen vigentes y hacen parte de la legislación obligada en cuanto a filiación (art. 5, 6, 9, 10, 11, 12, 26 y 29) y el resto del articulado fue derogado por las disposiciones posteriores.

^{ix}Código de Andrés Bello, Código de la Unión de 1873, Decreto 2820 de 1974, la ley 29 de 1982, la ley 1060 de 2006

^x Título X del Libro Primero de las Personas: “De los hijos legítimos concebidos en el matrimonio”.

^{xi}Esta última introdujo modificaciones en cuanto a los hijos o hijas concebidos en la unión marital, pero éstos seguían siendo extramatrimoniales, lo que continuó con la connotación peyorativa de los hijos

ilegítimos. La ley fue calificada por la crítica como anti técnica y tímida al no atreverse a modificar la clasificación en “matrimonial” y “no matrimonial”.

^{xii}En relación con la presunción del citado artículo, la Corte Constitucional en Sentencia C-04 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía, ha dicho que esta presunción no es de derecho, es tan sólo una presunción legal. Se presume que el hijo o hija fue concebido, no menos de 180 días antes del nacimiento y no después de los 300 días contados a partir de éste, presunción que admite prueba en contrario. El avance de la medicina en el campo de la neonatología, permite que un niño de menos de seis meses viva, razón por la cual la Corte reevaluó el criterio que antes se tenía de que se trataba de una presunción de derecho, que no era posible desvirtuar.

^{xiii}Por ejemplo si un hijo es reconocido por su padre en 2006, y otro hijo (del mismo padre) muere en 2001, el primero no puede entrar a heredar en la sucesión del segundo como hermano legítimo, así la sucesión se abra en 2006.

^{xiv}Al respecto, el Consejo de Estado; Sección Tercera, en Sentencia de agosto 19 de 1999, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y Roberto Suárez Franco, se pronunció indicando que si un hijo o hija extramatrimonial no es reconocido por el padre, o no se da la declaración judicial de esa paternidad, el hijo o hija debe ser registrado con los dos apellidos de la madre.

^{xv}En este grupo se encuentran los hijos de padres solteros, los hijos de padre desconocido, o los hijos de aquellos padres que tienen impedimento de contraer matrimonio (casos donde existe vínculo anterior o parentesco).

^{xvi}Algunas de las fuentes tomadas para sustentar estas ideas han sido: Código Civil, Código de infancia y adolescencia, Código Penal, ley médica: ley 23 de 1981, Resolución 8430 del 4 de Octubre de 1999, Resolución 1628 de 28 de abril de 1994, Decreto 2493 de 2004, Ley 919 de 2004.

^{xvii}La madre biológica plena es aquella de la cual se extrae el óvulo y se aporta el vientre. Si la mujer aporta el óvulo y lo transfiere a otro vientre (alquiler de vientre) se dará la maternidad biológica parcial. La madre gestante es aquella que porta el bebé en su vientre y también va a darlo a luz en el parto. La madre jurídica es quién registra al hijo o hija como madre. En nuestra legislación debe ser la misma madre gestante, pero en el caso de alquiler de vientre no lo es y al respecto la regulación es escasa.

^{xviii}Consistente en trasladar el semen del esposo o donante recogido con anterioridad, al interior de una mujer sin que haya relaciones sexuales entre ellos.

^{xxix}Es aquella que se consigue en el laboratorio, que consiste en unir el semen del hombre con el óvulo de una mujer en un tubo de ensayo, para luego trasladar el óvulo al interior del útero de la mujer.

^{xxx}Estos comprenden interrogantes como: las técnicas de reproducción asistida pueden ser usadas en personas solteras, casadas o con unión marital de hecho? Cuál es el límite de óvulos para implantar en un ciclo? Es lícita la donación de espermatozoides y óvulos? Es lícita la congelación de óvulos?

^{xxxi} La Sentencia de 28 de febrero de 2013 de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Arturo Solarte Rodríguez realiza un análisis importante sobre la primacía de la confidencialidad del donante sobre el principio de la verdad biológica. La sentencia estudia el tema en países como España, Reino Unido, Noruega, Costa Rica y Suecia y concluye que en el derecho comparado “prima el anonimato del donante en materia de inseminación artificial heteróloga, y se establece como principio rector la imposibilidad de establecer relaciones de filiación entre aquél y los hijos nacidos como fruto del respectivo tratamiento de fertilización”.

^{xxxii}Para los casos de fecundación artificial “post mortem”, es decir para los casos de aquellos hijos fecundados in vitro después de la muerte de su padre, el hijo debe nacer dentro de los 300 días siguientes a la muerte del marido, de lo contrario se declarará la ilegitimidad del mismo, en concordancia con el artículo 92 y 220 del Código Civil.

^{xxxiii}Que la madre gestante haya aportado el óvulo y sea fecundada con el semen del marido de la madre que hizo el encargo; que sea fecundada con el óvulo y espermatozoide de las personas que encargaron la maternidad y, que tanto el óvulo como el espermatozoide sean de terceros.

^{xxxiv} La sentencia T-968 de 2009, M.P., María Victoria Calle Correa señala que en el ordenamiento jurídico colombiano “no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional”, el cual señala que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”

^{xxxv}Los efectos de la adopción se encuentran en la misma ley (artículo 64), donde se dice que se adquieren los derechos y obligaciones entre padres e hijos, desde la presentación de la demanda de adopción.

^{xxvi}El estudio de los procedimientos relativos a la investigación e impugnación de la filiación es muy complejo porque existen muchas normas que regulan el tema. Como se ha mencionado, se encuentra la ley 75 de 1968, la ley 721 de 2001, la ley 1060 de 2006 y el actual Código General del Proceso.

^{xxvii}En virtud del cual los nacidos durante la vigencia de un vínculo de pareja debidamente constituido se presumen como hijos de la misma.

^{xxviii}Con la expedición de la ley 1060 de 2006, se amplía el rango de aplicación a los compañeros permanentes, por lo que se puede hacer impugnación de la paternidad legítima y extramatrimonial.

^{xxix}Los artículos mencionados señalan: “Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre”. “El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo...”. “Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta...”. “Los ascendientes del padre o la madre tendrán derecho para impugnar la paternidad o la maternidad...”

^{xxx}Donde se consagra la protección de la familia, los derechos fundamentales de los niños de conocer su verdadera identidad, de tener una familia, de tener un nombre, entre otros.

^{xxxi}La cual busca establecer la verdadera relación filial entre las personas a través de la prueba científica.

^{xxxii}Cabe resaltar que este derecho termina cuando el padre o la madre han reconocido expresamente al hijo por testamento u otro instrumento público, debido a que el reconocimiento de un hijo tiene un carácter de irrevocabilidad (artículo 1 ley 75 de 1968).

^{xxxiii}En cuanto las disposiciones que consagra la ley 1060, la Corte Constitucional en Sentencia T- 160 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, adiciona que “ ... a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006, el término de impugnación de la paternidad se amplió a ciento cuarenta (140) días. No obstante, en la citada ley se previó un plazo adicional de ciento ochenta (180) días, para que aquellas personas que hubiesen impetrado la acción y ésta hubiese sido declarada caduca, pudiesen nuevamente demandar”.

^{xxxiv}El artículo dispone: “Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente”.

^{xxxv}ARTÍCULO 4o. El artículo 216 del Código Civil quedará así: “Artículo 216. Podrán impugnar la

paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico.”

^{xxxvi}ARTÍCULO 5o. El artículo 217 del Código Civil quedará así: “Artículo 217. El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico.”

^{xxxvii}El falso parto se refiere a que el parto fue simulado, mientras que la suplantación se refiere a que la madre efectivamente tuvo un hijo pero éste no es el mismo que se hace pasar por el suyo.

^{xxxviii}Artículo 1 de la ley 75 de 1968.

^{xxxix}Concepto 18 de 2012, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF, de febrero 22 de 2012.

^{xl}Estas presunciones están enumeradas en el artículo 6 de la ley 75 de 1968 y son: el rapto o violación en la época de la concepción; la seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad y promesa de matrimonio; carta o escrito del pretendido padre que contenga confesión inequívoca de la paternidad; el trato personal y social entre el presunto padre y la madre durante la época de la concepción; el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y el parto; y la acreditación de la posición notoria del estado de hijo o hija.

^{xli}**Artículo 8º.** “El artículo 14 de la Ley 75 de 1968, quedará así: Presentada la demanda por la persona que tenga derecho a hacerlo se le notificará personalmente al demandado o demandada quien dispone de ocho (8) días hábiles para contestarla. Debe advertirse en la notificación sobre los efectos de la renuencia a comparecer a la práctica de esta prueba. Con el auto admisorio de la demanda el juez del conocimiento ordenará la práctica de la prueba y con el resultado en firme se procede a dictar Sentencia. **Parágrafo 1º.** En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante Sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa. **Parágrafo 2º.** En firme el resultado, si la prueba demuestra la paternidad o maternidad el juez procederá a decretarla, en caso contrario se absolverá al demandado o demandada”.

^{xlii}En la Sentencia el juez se debe referir a los siguientes asuntos: si el demandado o demandada es padre o madre del demandante; la inscripción de la Sentencia en el registro civil de nacimiento, si la

filiación se probó; se fijarán los alimentos con los cuales debe contribuir el demandado; se privará del ejercicio de la patria potestad al demandado; dispondrá la guarda del menor y finalmente condenará al demandado al pagar el costo de la prueba genética realizado (artículo 16, ley 75 de 1968).

^{xliii}Las pruebas científicas eran las antropo – heredero – biológica, con análisis de los grupos, factores sanguíneos, caracteres morfológicos, patológicos, intelectuales y fisiológicos transmisibles para poder demostrar la paternidad.

^{xliv}Este caso en particular, se refería a una prueba genética que había arrojado como resultado un índice de paternidad del 99.99%, respecto del demandado y de su hermano gemelo (gemelos monocigóticos) quién era un tercero en el proceso.

^{xlv}Esta disposición cambia lo establecido por en el artículo 8 de la ley 721 de 2001, en cuanto a la renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, así como también lo relativo a ordenar de oficio la práctica de la prueba.

^{xlvi}Regulados en el título XII y XIV del Código Civil.

^{xlvii}Algunas de las disposiciones que abordan el tema son: artículo 21 ley 75 de 1968. Artículo 50 Decreto 2820 de 1974. Artículo 1 de ley 29 de 1982 y artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

^{xlviii}La vigilancia implica el cuidar bien de una persona y velar por ella, corregir se entiende como amonestar o reprender, y sancionar se entiende como castigar o infligir.

^{xlix}Si los hijos son matrimoniales, los gastos deben ser sufragados por la sociedad conyugal; si la sociedad conyugal esta liquidada cada padre deberá asumir los gastos en proporción de sus posibilidades; si los padres no tienen bienes para asumir los gastos, éstos serán asumidos por los abuelos y si falta uno de los padres, los gastos serán asumidos por el otro padre.

^lJurista inglés del siglo XVIII.

^{li}Según Roca, esta posición está basada en la doctrina medieval de la posición cardinal del padre en la familia romana; y el concepto de familia de la época, donde ésta era considerada como una unidad de gobierno que tiene como cabeza visible a la persona más fuerte.

^{lii}“Married Women’s Act”, fue una ley que creó el Parlamento de Inglaterra que, le otorgó derechos a las mujeres casadas para ejercer dominio sobre los bienes que eran de su propiedad.

^{liii}En la doctrina negativa se encuentran autores como: Borda, Llambías, Molinario y Díaz de Guíjarro.

^{liv}Los autores que representan esta corriente son: Rébora, Salas, Acuña Anzorena, A. Colombo

^{lv}“Todo caso cualquiera del hombre que causa al prójimo un daño obliga a aquel por cuya falta acaeció a repararlo”.

^{lvi}Estas Sentencias son: Hewellette v. George (1891); McKelvey v. McKelvy (1903) y Roller v. Roller (1905).

^{lvii}La valoración de razonabilidad de los actos, se añade en 1971, con el caso de Gibson v. Gibson.

^{lviii}Como por ejemplo, el divorcio, separación, pérdida de la patria potestad y custodia de un hijo menor, entre otros.

^{lix}Hago alusión a Ihering, los hermanos Mazeaud y a Josserand.

^{lx} Es decir, cualquier atentado contra un bien que la víctima disfrutaba por no estar prohibido por la ley, constituye un daño a un beneficio lícito o a un interés legítimo. En ese orden de ideas, el interés legítimo esta protegido por la ley, ya que en ella se impone a todas las personas, la obligación de permitir el disfrute. Si no se respeta esa facultad, entonces el daño es indemnizable.

^{lxi} El daño emergente, señala el artículo 1614 del Código Civil, es “el perjuicio de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento”. Por su parte, la doctrina señala que es una pérdida o disminución de valores económicos existentes, consiste en todo bien o activo que se sale o saldrá del patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho ilícito. Se entiende como un reintegro de gastos, que tiene como objetivo fundamental “el reponer las cosas a su estado anterior, sin convertirse en fuente de lucro para el damnificado” (Trigo, 2000, p. 1027).

^{lxii} Por su parte, el lucro cesante es definido por el artículo 1614 del Código Civil como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”. La Corte Suprema de Justicia, señala de manera más acertada el concepto del lucro cesante. Es “el quebranto de un interés lucrativo por su naturaleza intrínseca o por disposición legal o negocial, generador de una utilidad que se percibe o percibiría y deja de percibirse a consecuencia del daño, es decir, obedece a una situación real, susceptible de constatación física, material u objetiva, y excluye la eventualidad de hipotéticas ganancias, cuya probabilidad es simplemente utópica o remota” (Sentencia de 9 de septiembre de 2010, M.P. William Namén).

^{lxiii} Finalmente la pérdida de la oportunidad, según la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 1 de noviembre de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, “atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le

sobrevenga un perjuicio”. En otras palabras, la pérdida de la oportunidad es el evento en que la persona afectada, se encontraba en una situación ideal para obtener un beneficio, y a causa del hecho ilícito de otra persona, se le impide el aprovechamiento de esa situación favorable. Es decir, se impide la oportunidad de obtener una ganancia, provecho, beneficio o, evitar una pérdida.

^{lxiv} Se trata, por lo general, de casos productos de violencia intrafamiliar en donde uno de los cónyuges destruye bienes que son del otro, caso donde se evidencia una pérdida material de un bien. Otro evento, son los casos en donde se afecta al cónyuge o al hijo físicamente, y es necesario incurrir en gastos médicos, quirúrgicos o farmacéuticos, que deben ser reintegrados al patrimonio. Los casos en donde se ve afectado el lucro cesante, se derivan a su vez de actos violentos entre la familiares y son aquellos eventos, en donde uno de los cónyuges causa un daño al otro y por consiguiente el afectado deja de percibir una utilidad, como consecuencia del daño. Con relación a la pérdida de oportunidad Félix Borgonovo, sostiene que en las relaciones familiares sólo se debe reparar los daños ciertos y se debe dejar de lado los “incierto o meramente eventuales” ya que las uniones familiares dejarían de prolongarse en el tiempo por temor a tener que responder económicamente.

^{lxv} El Código de Comercio, hace una sutil referencia a éste en el artículo 1006, refiriéndose a las acciones de los herederos del pasajero fallecido.

^{lxvi} La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 8 de agosto de 2013, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda que el perjuicio moral alude a el menoscabo de la esfera sentimental y afectiva de una persona, “corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos”.

^{lxvii} Ahora bien, para la cuantificación del perjuicio moral, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es necesario que se determine teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto, las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, la situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador (Cas. Civ., Sentencia del 18 de septiembre de 2009, expediente No. 20001-3103-005-2005-00406-01).

^{lxviii} Expediente: 11842

^{lxi}Lo anterior señala que la afectación puede tener origen en una “lesión física o corporal, como también, por ejemplo, en una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o una pérdida económica”.

^{lxx} Esta clase de daño, hace referencia no sólo a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino que también “puede predicarse de actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, requieren de un esfuerzo excesivo, o suponen determinadas incomodidades o dificultades” (Sentencia, Corte Suprema de Justicia, del 13 de mayo de 2008, M.P. César Julio Valencia Copete).

^{lxxi}Las características que se indican son: Naturaleza extrapatrimonial; El reflejo sobre la esfera externa del individuo en las “situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico”; No tiene únicamente origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad; Puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados; Su reconocimiento tiene como fin disminuir los efectos negativos que de él se derivan; Es un daño autónomo que afecta la actividad social de la persona.

^{lxxii}Sentencia de 21 de enero de 2013, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez; Sentencia de 18 de diciembre de 2012, M.P. Ariel Salazar Ramírez; Sentencia de 8 de agosto de 2013, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda; y Sentencia de 1 de noviembre de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

^{lxxiii} El ordenamiento jurídico debe entenderse de forma integral, con sentido unitario, “o lo que es lo mismo, como un todo coherente” (López, 2010, citando a Santos Briz, 1993).

^{lxxiv} Bustamante Alsina, JORGE. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 9ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pag. 267

^{lxxv} Artículo 2341 y siguientes del Código Civil.

^{lxxvi} Por ejemplo en casos de actividades peligrosas y responsabilidad por el hecho de otro.

^{lxxvii} Esta orientación se encuentra plasmada fundamentalmente, en lo que atañe a la primera especie, en los artículos 63, 1604 del Código Civil, y en lo que concierne a la segunda, en los artículos 2341 y 2356 del mismo estatuto. De esta manera, el sistema normativo nacional le confiere al elemento subjetivo notable

relevancia al momento de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, y el alcance de la indemnización”.

^{lxxviii} La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 24 de agosto de 2009. M.P. Willian NaménVargas define la responsabilidad “objetiva” como la que “describe hipótesis de imputabilidad sin culpa, donde la culpabilidad carece de relevancia para estructurarla remitiéndose a factores objetivos como el riesgo o el peligro, la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión, fundándose en la situación del sujeto respecto de las cosas, su posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa permitida por su utilidad social, verbi gratia, la custodia de una cosa, la propiedad sobre ésta, el uso de un animal o el riesgo”.

^{lxxix} Consagrado en el artículo 2341 del Código Civil.

^{lxxx} Es necesario recordar que, como señala el artículo 2344, del Código Civil, que quien concurre a generar daño, será solidariamente obligado a indemnizar el daño causado a la víctima.

^{lxxxi} Artículo 148 del Código Civil: “EFECTOS DE LA NULIDAD. Anulado un matrimonio, cesan desde el mismo día entre los consortes separados todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato del matrimonio; pero si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá esta obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento”.

^{lxxxii} Artículo 224 Código Civil. “INDEMNIZACION POR DECLARACION DE ILEGITIMIDAD: Durante el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad se presumirá la paternidad del hijo, pero cuando exista Sentencia en firme el actor tendrá derecho a que se le indemnice por los todos los perjuicios causados”.

^{lxxxiii} Artículo 235 Código Civil. “INDEMNIZACION. Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias y su nuevo marido”.

^{lxxxiv} El artículo 5 de la Constitución Política señala que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. Por su parte, el artículo 42 señala a la familia “como el núcleo fundamental de la sociedad”.

^{lxxxv} Artículo 16.

^{lxxxvi} Lo anterior supone ciertas condiciones necesarias para reclamar por el daño, como lo son la ilicitud del acto que se sanciona, la violación de un deber jurídico por parte del autor del hecho, y que el daño haya sido ocasionado en virtud de un acto que le sea imputable (Novellino, 2000, p. 36-40).

^{lxxxvii} Artículos 298, 621, 224, 411 y siguientes del Código Civil.

^{lxxxviii} Casos resueltos por las SSTs, 1ª, 22.7.1999 y 30.7.1999.

^{lxxxix} Artículos 310, 311 y 315 del Código Civil Colombiano, que hacen alusión a la institución de la Patria Potestad.

^{xc} El artículo 7.1 señala que: “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”.

^{xcj} Modificado por el art. 4º, Decreto 772 de 1975.

^{xcii} Este concepto se menciona en la Sentencia de Corte Suprema de Justicia, sala civil, del 30 de marzo de 1987. G.J. N. 2427. Pág. 234.

^{xciii} El artículo 233, del Código Penal señala que: “El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

^{xciv} Sobre estos aspectos, la Sentencia C-237 de 1997, dispuso: “El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia.”