



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 2

Neiva, 29 de agosto de 2023

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El (Los) suscrito(s):

ANGELA PATRICIA CERQUERA VARGAS, con C.C. No. 1080295871,
_____, con C.C. No. _____,
_____, con C.C. No. _____,
_____, con C.C. No. _____,

Autor(es) de la tesis y/o trabajo de grado o ANGELA PATRICIA CERQUERA VARGAS

Titulado: **El Concepto de Familia: Algunas Anotaciones Clásicas y una Mirada Actual Hacia la Filiación Socioafectiva**

presentado y aprobado en el año _____ como requisito para optar al título de

_____;

Autorizo (amos) al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales "open access" y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

2 de 2

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores” , los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:


ANGELA PATRICIA CERQUERA VARGAS
C.C. 1080295871
T.P. 343993



TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: El Concepto de Familia: Algunas Anotaciones Clásicas y una Mirada Actual Hacia la Filiación Socioafectiva

AUTOR O AUTORES: ANGELA PATRICIA CERQUERA VARGAS

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
CERQUERA VARGAS	ANGELA PATRICIA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
ORTIZ TOVAR	DIANA MARCELA

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
SANCHEZ GUARNIZO	JORGE ENRIQUE

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGISTER EN DERECHO PRIVADO

FACULTAD: CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

PROGRAMA O POSGRADO: MAESTRIA EN DERECHO PRIVADO

CIUDAD: NEIVA-HUILA

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2023

NÚMERO DE PÁGINAS: 248

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas__ Fotografías__ Grabaciones en discos__ Ilustraciones en general__ Grabados__
Láminas__ Litografías__ Mapas__ Música impresa__ Planos__ Retratos__ Sin ilustraciones__ Tablas
o Cuadros__

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento:



MATERIAL ANEXO:

PREMIO O DISTINCIÓN (*En caso de ser LAUREADAS o Meritoria*):

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>	<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
1. Familia	Family	6. Dignidad Humana	Human Dignity
2. Filiación	Filiation	7. _____	_____
3. Hipercultura	Hyperculture	8. _____	_____
4. Derecho de Familia	Family Law	9. _____	_____
5. Hijos de Crianza	Foster Children	10. _____	_____

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

La investigación abordará la problemática actual de las familias de crianza, y su planteamiento como un novel Estado Civil. Lo anterior, teniendo en cuenta los conflictos interpretativos en la prevalencia del nexo biológico sobre el afecto, que han ocasionado diversas discusiones en el derecho de familia, las cuales no hacen más que acrecentarse con nuevos modelos familiares y avances científicos en el campo de la genética. En este sentido, se pretende establecer cómo ha sido la aplicación de las llamadas relaciones de facto o socioafectivas en el derecho nacional y foráneo, teniendo en cuenta las discusiones interpretativas desarrolladas por las decisiones de los altos tribunales de justicia, así como su desarrollo en los ámbitos generales de todo el derecho.

Palabras Clave: Familia; Filiación; Hipercultura; Derecho de Familia; Hijos de Crianza y Dignidad Humana.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

The research will address the current problems of foster families, and their approach as a new Civil Status. The above, taking into account the interpretative conflicts in the prevalence of the biological nexus over affection, which have caused several discussions in family law, which only increase with new family models and scientific advances in the field of genetics. In this sense, the purpose is to establish how the so-called de



facto or socio-affective relationships have been applied in national and foreign law, taking into account the interpretative discussions developed by the decisions of the high courts of justice, as well as their development in the general fields of the whole law.

Keywords: Family; Filiation; Hyperculture; Family Law; Foster Children and Human Dignity.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Jurado: CARLOS ALFONSO PADILLA SUAREZ

Firma:

Nombre Jurado: CARLOS ANDRES GARCIA

Firma:

**El Concepto de Familia: Algunas Anotaciones Clásicas y una Mirada Actual Hacia
la Filiación Socioafectiva¹.**

*The concept of Family: Some Classic Notes and a Current Look Towards Socio-
affective Affiliation*

ANGELA PATRICIA CERQUERA VARGAS
20202191074

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
NEIVA - HUILA.
2023

¹ Artículo de investigación como requisito de la Maestría en Derecho Privado.



El Concepto de Familia: Algunas Anotaciones Clásicas y una Mirada Actual Hacia la Filiación Socioafectiva².

*The concept of Family: Some Classic Notes and a Current Look Towards Socio-
affective Affiliation*

Trabajo de investigación presentado como requisito para la obtención del Título de
Magister en Derecho Privado

ANGELA PATRICIA CERQUERA VARGAS
20202191074

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
NEIVA - HUILA.
2023

² Artículo de investigación como requisito de la Maestría en Derecho Privado.

RESUMEN

La investigación abordará la problemática actual de las familias de crianza, y su planteamiento como un novel Estado Civil. Lo anterior, teniendo en cuenta los conflictos interpretativos en la prevalencia del nexo biológico sobre el afecto, que han ocasionado diversas discusiones en el derecho de familia, las cuales no hacen más que acrecentarse con nuevos modelos familiares y avances científicos en el campo de la genética. En este sentido, se pretende establecer cómo ha sido la aplicación de las llamadas relaciones de facto o socioafectivas en el derecho nacional y foráneo, teniendo en cuenta las discusiones interpretativas desarrolladas por las decisiones de los altos tribunales de justicia, así como su desarrollo en los ámbitos generales de todo el derecho.

Palabras Clave: Familia; Filiación; Hipercultura; Derecho de Familia; Hijos de Crianza y Dignidad Humana.

ABSTRACT

The research will address the current problems of foster families, and their approach as a new Civil Status. The above, taking into account the interpretative conflicts in the prevalence of the biological nexus over affection, which have caused several discussions in family law, which only increase with new family models and scientific advances in the field of genetics. In this sense, the purpose is to establish how the so-called de facto or socio-affective relationships have been applied in national and foreign law, taking into account the interpretative discussions developed by the decisions of the high courts of justice, as well as their development in the general fields of the whole law.

Keywords: Family; Filiation; Hyperculture; Family Law; Foster Children and Human Dignity.



TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	9
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	12
2.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	12
2.2. ENUNCIACIÓN DEL PROBLEMA	13
3. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN.....	13
3.1. REGIONALES	13
3.2. NACIONALES	14
3.3. JUSTIFICACIÓN	15
4. FUNDAMENTOS TEÓRICOS	16
4.1. LA FILIACIÓN SOCIOAFECTIVA	16
4.2. BASES CONCEPTUALES	17
5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	20
5.1. OBJETIVO GENERAL	20
5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	20
6. METODOLOGÍA	20
6.1. TIPO Y ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
7. ORIGEN Y FUNCIONES DE LA FAMILIA.....	23
7.1. DESARROLLO ANTROPOLÓGICO.....	24
7.2. 7.2. ALGUNOS MODELOS FAMILIARES DE LA ANTIGÜEDAD.....	28
7.2.1. <i>La familia Chibcha</i>	29
7.2.2. <i>La familia Inca</i>	32
7.2.3. <i>La familia Azteca</i>	34
7.2.4. <i>La familia Maya</i>	35



7.2.5.	<i>La familia egipcia</i>	37
7.2.6.	<i>La familia griega</i>	37
7.2.7.	<i>La familia árabe</i>	38
7.2.8.	<i>La familia china</i>	39
7.2.9.	<i>La familia Romana</i>	40
8.	PREMISAS SOBRE LAS QUE SE ASIENTA LA EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA	43
8.1.	REPENSANDO EL MATRIMONIO.....	45
8.2.	TOLERANCIA A LA DIVERSIDAD	62
8.3.	AVANCES CIENTÍFICOS	66
8.4.	CONCEPTUALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA FAMILIA.	71
9.	UNA MIRADA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA FAMILIA	76
9.1.	CONCEPTOS CLÁSICOS DE FAMILIA	76
9.2.	EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA	77
9.3.	CONCEPTO DE FAMILIA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL	79
9.4.	CONCEPTO DE FAMILIA DESDE LA ÓPTICA DE ESTA AUTORA.....	83
10.	NUEVAS DIMENSIONES FAMILIARES EN DONDE SE PRIVILEGIA EL AFECTO	88
10.1.	DISCRIMINACIÓN Y DESIGUALDAD FAMILIAR. APROXIMACIÓN A UN CAMBIO	88
10.2.	FAMILIA SOCIOAFECTIVA	98
10.3.	FAMILIA ADOPTIVA POR INTEGRACIÓN	104
10.4.	FAMILIA ADOPTIVA POR SOLIDARIDAD.....	106
10.5.	PACTO CIVIL DE SOLIDARIDAD (PACS)	108
10.6.	FAMILIAS POLIAMOROSAS.....	114
10.7.	FAMILIAS SURGIDAS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, SUBROGADAS, IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES Y MULTIPARENTALIDAD.....	118
10.7.1.	<i>Familia por reproducción asistida</i>	118

10.7.2.	<i>Familias surgidas por maternidad subrogada</i>	126
11.	EL RENACIMIENTO DE LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.	132
11.1.	LA POSESIÓN DEL ESTADO CIVIL Y SUS FUNDAMENTOS.....	132
11.2.	PRUEBA DE LA POSESIÓN NOTORIA.....	136
11.3.	POSESIÓN NOTORIA E INSUFICIENCIA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE CRIANZA ...	137
11.4.	NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO FILIAL. DEL IMPERIO DEL PATRIMONIO BIOLÓGICO AL RECONOCIMIENTO DEL AMOR COMO FUENTE DE LA FILIACIÓN.	153
12.	ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PRECEDENTES PROFERIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CASACIÓN CIVIL.	166
12.1.	LA SENTENCIA STC16969-2017. “LOS NIÑOS NO SON MERCANCÍA”	166
12.1.1.	<i>Vulneración del principio de la autonomía judicial</i>	173
12.1.2.	<i>El requisito de subsidiariedad en los procesos de filiación</i>	174
12.1.3.	<i>Importancia de la caducidad</i>	179
12.1.4.	<i>La ponderación del interés superior del menor</i>	180
12.2.	LA SENTENCIA SC1947-2022. “PATERNIDAD BIOLÓGICA VS. PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA” ...	191
12.2.1.	<i>El problema jurídico. Las presunciones jurídicas y la paternidad biológica.</i>	196
12.2.2.	<i>Perfiles críticos a la destrucción de las presunciones jurídicas</i>	203
13.	CONCLUSIONES	215
14.	BIBLIOGRAFÍA	219
14.1.	LISTA DE AUTORES	219
14.2.	LISTA DE NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL.....	230
14.3.	LISTA DE JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL	231
15.	ANEXOS	236



Lista de Ilustraciones

ILUSTRACIÓN 1	144
ILUSTRACIÓN 2	164

1. INTRODUCCIÓN

El mundo de la posmodernidad ha suscitado profundas transformaciones sociales al derecho de familia. En los últimos tiempos, el proceso de la globalización, acelerado por las nuevas tecnologías, ha implicado el quiebre de los límites y espacios culturales; vivimos en un espacio de hipercultura liberada de los códigos biológicos y de la tierra (B.-C. Han, 2018). A su vez, los avances en ingeniería genética han supuesto profundos debates en el campo bioético y jurídico, en donde instituciones clásicas del derecho filial lucen anticuadas para la sociedad actual (Paniza Fullana, 2017).

Los fenómenos comentados se proyectan en la institución familiar, manifestándose en una nueva conceptualización de los modelos imperantes. En efecto, Colombia es el seno de nuevas estructuras familiares distintas de la familia nuclear, por ejemplo, las familias ensambladas, esto es uniones maritales o conyugales o extraconyugales, familias monoparentales, familias surgidas de la unión de parejas homosexuales con hijos biológicos comunes o no comunes, adoptados o nacidos mediante el uso de métodos de fecundación asistida e inclusive familias surgidas por la maternidad subrogada (Echeverri Ángel, 2021).

El poder constituyente de 1991 no solamente interpretó de manera adecuada los cambios sociales y culturales de la época, sino que además vislumbró en el futuro nuevas formas de la institución familiar. Ciertamente, el artículo 42 de la constitución estableció que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla y, además, que todos los hijos nacen libres e iguales en derechos y

merecen la protección constitucional tanto los nacidos dentro del matrimonio, al margen de él, y los adoptivos o procreados naturalmente o con asistencia científica.

En todo caso, se dejó la puerta abierta al legislador para que en su libertad configurativa reconociera nuevas formas de organización familiar (Uribe Escobar, 2000). Bajo este panorama, en constante readaptación a la vida social (Valencia Zea, 1982), los Altos Tribunales Colombianos han introducido estos nuevos conceptos de familia, entre ellos las familias de crianza, reconociéndoles su propio valor constitucional, además de derechos en el campo de la seguridad social en salud, pensiones, y reparación directa de perjuicios causados por daños antijurídicos.

La corrección constitucional en la filiación de crianza (Mosquera & Tamayo, 2020), es el prelude al reconocimiento jurídico de una nueva forma de constituir familia, aquella denominada familia de crianza fundada en poderosos vínculos de solidaridad y afecto; con una trascendencia equiparable o superior a los vínculos de consanguinidad o la filiación que se funda en el patrimonio genético (Varsi Rospigliosi & Varsi Rospigliosi, 2017). Estas circunstancias son dignas de reconocimiento por parte de los órganos judiciales, al punto que es factible deducir un nuevo Estado Civil de crianza, con consecuencias y repercusiones que irradian todo nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora, el presente escrito procura detallar precisamente el proceso transformador que ha sufrido la familia en los últimos tiempos. Para ello es necesario examinar algunas nociones básicas del instituto objeto de investigación, y las diferentes concepciones doctrinales que lo justifican. Igualmente, por intermedio de la descripción de diversos modelos familiares históricos se pretende demostrar que en los mismos no

prevaleció una única forma de concebir la filiación, atendiendo en su mayoría a sus concepciones de entender el mundo y el rol de sus miembros en la sociedad.

Por otra parte, es necesario comprender las nuevas premisas sobre las que descansa la institución familiar. En la actualidad no existe un único modelo de familia, pues el imperativo modelo tradicional del paradigma familiar fundado en el matrimonio ya no resiste los duros embates culturales y la presión social, que aboga por el respeto al individuo, a su dignidad, y al libre desarrollo de la personalidad, que permiten la conformación de arquetipos nuevos de familia conformes a la diversidad cultural (Montagna, 2016) .

Y es que así lo confirman los precedentes sobre la materia, que responden al vivido clamor social con derechos y prerrogativas, que en principio, sólo se concibieron para nexos de consanguinidad. No son tiempos de una forzosa imposición legal del modelo ideal, sino de flexibilidad y comprensión de la autonomía y libre determinación tanto del individuo, como en la familia considerada como grupo (Bolívar Sánchez, 2021).

Estos son los parámetros sobre los que se asienta el llamado al replanteamiento del derecho filial, y la necesaria evolución interpretativa que se demanda del Código Civil y el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, por un horizonte que respete la sagrada dignidad de los ciudadanos, y su facultad de conformar lazos afectivos merecedores de reconocimiento por parte de Estado Social de Derecho.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1. Descripción del problema

La familia en uso generalizado de los diferentes teóricos es considerada como institución básica de la sociedad. En el estudio realizado por Burgos (2005), la familia comienza por ser analizada desde concepciones aristotélicas como una forma específica de comunidad o asociación integrada por sujetos que tienen una vida en común. En la familia, en palabras de la mencionada doctrina, se realiza una forma específica de *philia* (amor) que forma la base del parentesco arraigado en el afecto de los padres.

Como lo apuntan Elena & Pérez (2017) el desarrollo de la familia no pende de la anarquía de los hombres, sino de transformaciones sociales. Los nuevos modelos familiares y los avances científicos permiten relaciones paterno-afectivas entre personas que, en principio, no hubieran podido acceder sino hubiera sido por la adopción. Fue aspiración de los juristas del siglo XX alcanzar la deseada identificación de la verdad biológica y la jurídica, pero apenas alcanzada, ambas se separaron nuevamente (Paniza Fullana, 2017, p. 15). La realidad galopante de las familias de crianza hace parte de los fenómenos disruptivos en comentario, digna de una reflexión investigativa. Y el análisis debe realizarse sobre los principios en los que se inspira el sistema actual en el Código Civil, y en las reglas del Estado Civil, y su posible replanteamiento a una novel situación jurídica en la familia y la sociedad.

2.2. Enunciación del problema

El propósito de esta investigación es plantear el interrogante: ¿La proyección del reconocimiento social y jurisprudencial de las familias de crianza en el derecho privado colombiano habilitarían una especie de estado civil?

3. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

Así como fue anhelo de los juristas clásicos encontrar la fiel coincidencia de la verdad jurídica y biológica, en estudios contemporáneos se pretende dar privilegio a lo que se denomina filiación socioafectiva, como nuevo paradigma de las relaciones familiares. Los siguientes estudios permiten perfilar la analítica de la línea investigativa escogida, esto teniendo en cuenta que se trata de un estudio en donde convergen el derecho, sociología y psicología.

3.1. Regionales

Así en el estudio de Varsi Rospigliosi (2017), en su artículo “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, se cuestiona severamente los postulados genéticos imperantes en el sistema de filiación actual. Su objetivo principal es demostrar la tendencia actual de la determinación del nexo filial por la prevalencia de la voluntad, lo cual ha desplazado al aspecto biogenético. Según el autor, se debe anteponer el factor crianza a los lazos biológicos, puesto que los lazos forjados en las relaciones de afecto, construye lazos más fuertes que los biológicos. El amor y el afecto se irán

incrementando al pasar de los años. Se formará una familia derivada de los cambios actuales, pero refundida en el amor. Aunque su tesis principal son los lazos creados por cambios científicos de reproducción asistida, son vigentes los criterios de que el vínculo genético quedó relegado para dar paso a la paternidad socioafectiva.

Por parte de Bladilo (2019), en “Familias pluriparentales en la Argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud”, se analizan las tensiones que encierran las conformaciones familiares pluriparentales, es decir, aquellas donde más de dos adultos tienen la voluntad de ser considerados progenitores de un niño(a), con todos los efectos jurídicos. Aplicando un estudio a los precedentes argentinos sobre casos paradigmáticos de triple filiación, se destaca que en las relaciones familiares debe primar la voluntad y el afecto de sus miembros, sobre los sesgos actuales del derecho filial. Lo anterior, en el reconocimiento para los niños, niñas y adolescentes, de su derecho a la identidad, de fuerte impacto en relaciones de filiación. Por último, se enfatiza en la desprotección y estigmatización de los nuevos familiares que se forman al margen del reconocimiento legal, espacio en donde se requiere de mayor sensibilidad en su reconocimiento.

3.2. Nacionales

Siguiendo una interpretación patria, la publicación de Mosquera & Tamayo (2020) denominada “Análisis jurisprudencial de la sentencia stc-1976 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: Un caso de corrección constitucional en la filiación de crianza.”, examina la institución jurídica de la filiación con una dirección

menos formalista y más ajustada a los lineamientos de la Corte Constitucional. Es criterio de los autores que los postulados de la filiación de crianza o social, son congruentes con la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, engendrando una “lógica de corrección constitucional” en donde los presupuestos legales enmarcados en la condición matrimonial, marital, extramatrimonial o adoptiva resultan insuficientes para responder a las reclamaciones ciudadanas de justicia material.

3.3. Justificación

Esta investigación tiene como objetivo determinar si las proyecciones socio-jurídicas de las familias de crianza, en el marco del derecho privado, habilitarían la reevaluación clásica de lo que se considera como Estado Civil. La dinámica de las relaciones humanas y las nuevas configuraciones en la sociedad conllevan a reevaluar concepciones ancestrales, siendo la jurisprudencia el motor de los cambios jurídicos en el derecho:

El juez a través de su función jurisdiccional es generador de nuevas realidades y auto regulador de las tensiones existentes dentro de la sociedad, a partir de la construcción de herramientas discursivas que permitan fortalecer la cultura política y lograr un mayor engranaje entre los actores de la sociedad civil (Nieves López, 2013).

Se pretende de esta manera identificar una realidad patente y pacífica en la jurisprudencia, merecedora de la misma protección constitucional y legal. Siendo los aspectos sociales y afectivos los que imperan en el modelo actual de familia, los cuales

generan un trato particular y recíproco de los individuos, que llevan a reevaluar los roles clásicos de la comunidad (Montagna, 2016).

Esta investigación se hace necesaria en la medida de estudiar el novel modelo jurídico-social de la “familia de crianza” y sus paradigmas en el ordenamiento jurídico, en especial a lo que atañe al Estado Civil de las personas. Los alcances respecto a sus cualidades, identificación y grado de actuación en el mundo de las relaciones jurídicas llaman a replantear el modelo clásico imperante.

4. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

4.1. La filiación socioafectiva

Los cuestionamientos en torno a la filiación no son novedad en el derecho de familia. Los estudios jurídicos no pueden ser indiferentes a las realidades sociales patentes en las nuevas relaciones nacidas de la ciencia o el afecto, pues dichos vacíos son fuentes de inequidades. Ya por parte de Cardin & Wysoski (2009) se advierte que la consanguinidad es un factor pasado de moda para determinar las relaciones de familia, imperando la filiación socioafectiva, con una distinción de sus propios elementos, y con un reconocimiento judicial propio. Así, la voluntad y socioafectividad son ejes centrales para el reconocimiento de las familias de crianza.

El desarrollo de la filiación socioafectiva germinó en el derecho familia bajo la intensificación de relaciones de facto. Paniza Fullana (2017) en “Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación” describe como los nuevos modelos de familia junto con los avances en la ciencia, conllevan al que el

sistema jurídico responda con lagunas o contradicciones que claman por una regulación coherente y adecuada a las nuevas cuestiones de la sociedad posmoderna. El panorama descrito es el faro del presente estudio, que se propone repensar de manera crítica la filiación a la luz de la socioafectividad, asociado a su solución primordial, que es el respeto de la diversidad, la multiculturalidad y la igualdad ante la ley de las familias de crianza, que clama su reconocimiento como un Estado Civil.

4.2. Bases Conceptuales

El alcance de la maternidad y paternidad está ligado a la comprensión del vínculo psicológico del niño con la identificación de sus educadores. Dicha relación no es simple o ajena a complicaciones, y primitivamente se arraiga en la incapacidad del niño para asegurar su propia supervivencia; varía según la forma en que se brinda protección y las necesidades físicas satisfechas. Estos primeros vínculos primitivos y tenues, en palabras de Cuervo Martínez (2010), forman la base a partir de la cual se desarrollan otras relaciones. Sin embargo, no todo se reduce a necesidades corporales, sino a demandas emocionales de afecto, compañía e intimidad estimulante. Su respuesta confiable y regular, garantiza las relaciones entre los padres e hijos, con efectos indelebles en el desarrollo intelectual y social de los niños.

Como prototipo de la verdadera relación humana, la relación psicológica entre padres e hijos no es del todo positiva, sino que tiene una mezcla de elementos negativos. Ambos, aportan la combinación de sentimientos amorosos y hostiles que caracterizan la vida emocional de todos los seres humanos, ya maduros o inmaduros

(Dias, 2009). El equilibrio entre sentimientos positivos y negativos fluctúa a lo largo de los años. Para los niños, esto culmina en la lucha inevitable y potencialmente constructiva con sus padres durante la adolescencia.

En últimas, que un adulto se convierta en el padre-madre psicológico de un niño se funda, por tanto, en la interacción diaria, el compañerismo y las experiencias compartidas (Montagna, 2016). El papel puede ser cumplido por padres biológicos, jurídicos y sociales, pero nunca por un adulto ausente e inactivo, cualquiera que sea su relación biológica o legal con el niño.

Las interacciones socioafectivas en el campo de lo psicológico trascienden, naturalmente, hacia lo social, dicho fenómeno es reconocido por lo jurídico como las familias de crianza. Estas situaciones involucran a una persona que no es un padre biológico, pero que ha asumido responsabilidades por el niño, como lo haría un padre (González Díaz Granados & Parra Solano, 2020).

Como respuesta a fenómenos como el explicado, el derecho de familia ha tenido que interpretar diversas disciplinas que riñen con el nexo genético imperante. Al hilo de la filiación socioafectiva, la teoría “in loco parentis”, ha servido a derechos foráneos para reconocer a la persona que haya asumido y cumplido sus deberes parentales en nombre del niño, pero no sea su madre-padre natural.

Estos escenarios se han convertido en uno de los temas más habituales relacionados con derechos laborales, indemnizatorios, constitucionales y civiles de los precedentes jurisprudenciales. A menudo se estudian casos de familias con hijastros, con abuelos que están íntimamente involucrados en el cuidado de un niño, así como

entre parejas no casadas y parejas del mismo sexo. Es el ocaso de los biológico para dar fuerza a lo jurídico (Tirado Pertuz, 2020).

La dinámica familiar hoy luce errática, y cada situación amerita una solución puntual. El concepto de familia puede significar muchas cosas para diferentes intérpretes. La ley, sin embargo, proporciona una protección sólo para un número limitado de las relaciones que podrían ser considerados “familia” (Alvear & Icaza, 2011). Algunos tipos de relaciones están protegidas bajo la base del Estado Civil y, en los últimos años, los desarrollos a través de esta base han agregado protecciones para las parejas de hecho y del mismo sexo, lo que refleja una comprensión en evolución de la naturaleza de la familia (Gallego-Montes & Villegas-Arenas, 2015).

No obstante, hay muchos tipos de relaciones, que comúnmente se entienden como “familiares”, que no están protegidas por la ley. No existe protección para las relaciones de dependencia que no se basen en lazos de sangre. Flores Salgado (2016) adoctrinó que las normativas deberían ampliarse para proteger una mayor variedad de relaciones de dependencia. Asimismo, el enfoque del Estado Civil actual luce anticuado, dada la importancia de la familia extensa en algunas culturas. La tendencia de la jurisprudencia es interpretar el terreno de manera amplia, dentro de sus límites.

5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

5.1. Objetivo general

Determinar si la proyección del reconocimiento social y jurisprudencial de las familias de crianza en el derecho privado colombiano habilitarían que el ordenamiento jurídico revalúe la concepción de Estado Civil.

5.2. Objetivos específicos

A. Examinar los fundamentos actuales que constituyen el replanteamiento de la filiación en el derecho de familia.

B. Identificar el contexto teórico, conceptual, legal e histórico de las familias de crianza en el sistema jurídico colombiano y extranjero.

C. Establecer la situación actual del reconocimiento jurisprudencial de las familias de crianza, y su incidencia en el Estado Civil de las personas.

6. METODOLOGÍA

6.1. Tipo y enfoque de la investigación

La familia de crianza como fenómeno requiere una reflexión socio -jurídica por tener matices únicos en el derecho filial; involucra la complejidad de lo multidimensional: el dominio Estado sobre los modelos de familia, la diversidad, la multiculturalidad, la realidad biológica frente a la jurídica, derecho de amor, el interés

superior del menor, el rechazo y la indiferencia del Estado-Nación. En vista de estos antecedentes, este artículo parte de la posición teórica de que la “filiación socioafectiva” es una respuesta ius humanista pertinente.

Este estudio aborda el panorama del derecho de familia, bajo un sesgo socioafectivo. A pesar de su asociación preponderante con el Derecho Brasileño, se asume que la teoría en comentario se aplica al tema en estudio, partiendo de la comprensión de que el Código Civil y el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas es una garantía fundamental de los derechos fundamentales y se configura como un medio de eficacia de estos. Para ello, se utilizará el método deductivo en la investigación y tratamiento de datos e informes, análisis jurisprudencial, utilizando la técnica de la investigación bibliográfica y documental.

Para lograr lo anterior los investigadores definirán los elementos que se van a evaluar mediante los siguientes pasos:

(i) Inicialmente se hará un estudio doctrinal para establecer los desarrollos conceptuales de la filiación socioafectiva en el derecho patrio como extranjero. (ii) Acto seguido se hará una búsqueda jurisprudencial de las diferentes decisiones de las Cortes Colombianas y extranjeras en las que se hayan abordado el estudio de las familias de crianza. Se dará especial relación a los casos en donde se encuentre en conflicto la filiación de crianza y biológica. (iii) A continuación, se empleará un instrumento a todas las decisiones consultadas, se analizarán las argumentaciones jurídicas de los altos Tribunales, extrayéndose su ratio decidendi. (iv) Se realizará un análisis individual para definir la filiación de crianza, tratando de globalizar las características del objeto a

investigar, y su relación íntima con el Estado Civil de las personas. Y (v) finalmente se realizará un estudio correlacional en el que se mida el grado de relación entre todas las variables, es decir, la forma en que se resolvió el choque entre filiación de crianza y biológica, asociado a la proposición de un novel Estado Civil.

Ahora, el enfoque de la presente propuesta será cuantitativo, utilizando estudios empíricos y teóricos, partiendo de la comprensión que el Código Civil y el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas debe respetar el panorama de los derechos fundamentales. Se pretende realizar un estudio exploratorio que consiste en la recolección de precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Supremo Tribunal Federal de Brasil, y precedentes patrios, con el fin de demostrar que los integrantes de una familia de crianza, al igual las demás familias, engendran una especie de Estado Civil, pues aparte de no ser una relación cualquiera, es inherente a la identidad e individualidad de las personas, teniendo un pleno estatus jurídico y en la sociedad.

Lo mencionado se procura abordar desde la perspectiva de la “filiación socioafectiva”, asociado a los aspectos relacionados con la legislación constitucional vigente y sus deficiencias percibidas en la jurisprudencia. Las fuentes de recogida de datos son: investigación bibliográfica y jurisprudencia.

7. ORIGEN Y FUNCIONES DE LA FAMILIA.

El estudio asignado a este epígrafe persigue rastrear y analizar, en lo fundamental, los orígenes aceptados de la institución familiar desde una visión interdisciplinaria. Es indiscutible que son variados los autores que se han dedicado a estudiar a la familia, pero todos convergen en señalar que su origen es eminentemente social. En verdad, como lo plantea Villamil Portilla (1999), las necesidades humanas exigen la asociación conjunta del género humano; los vínculos solidarios y fraternales son necesarios para la realización plena del individuo, floreciendo la comunidad como una ley general.

Sin embargo, resulta interesante destacar que no son pocas las veces en que la familia no ha tenido una definición legal propiamente dicha. Excepcionalmente los sistemas jurídicos propenden por una positivización de lo que se debe entender como familia, y Aramburo Restrepo (2017), advierte de los riesgos que se corren ora por ser imprecisos ora por quedar rápidamente desactualizados ante el galopante cambio social. Si en unos tiempos se definía la familia bajos nexos derivados únicamente del matrimonio, filiación, y adopción bajo un contenido netamente patriarcal y religioso como lo consideró Perrino (2006); en los tiempos que corren mantener esa tesitura resulta inaceptable, en tanto que vincula inexorablemente a familia y matrimonio, rayando en patente discriminación sin tener en cuenta a la persona y su inviolable dignidad, y relaciones humanas fundadas en el respeto de los derechos humanos.

Pero cómo situar el origen de la familia y de su desarrollo, sin estudiar el origen del hombre, su transformación de la animalidad a la humanidad, pues el hombre no

surge con las categorías mentales y sociales como si se tratara de una generación espontánea, sino que es producto de la evolución de eones. Por lo anterior, resulta imperioso volver los ojos de la investigación hacia los primeros estadios de la humanidad, desde el más remoto salvajismo, considerado como la infancia del género humano, en la que juega un papel importante la obra de Federico Engels y las teorías antropológicas sobre la materia.

7.1. Desarrollo antropológico

Como lo ha dejado diáfananamente establecido Engels (1891, 2014) en sus diferentes estudios, no hay acuerdo pacífico entre los antropólogos respecto a la historia de la institución familiar. Hasta a mediados del siglo XIX, estaba el dogma de la religión católica que impedía pensar en la historia de la familia, aspecto en donde las ciencias históricas no fueron ajenas a la creencia de una familia patriarcal referida en los cinco libros de Moisés. Como si la familia no hubiese tenido un desarrollo histórico, a lo sumo, se admitía que en los tiempos primitivos existió la promiscuidad sexual; aunque a parte de la poligamia se conocía la poliandría en el medio oriente, la India y el Tíbet.

Engels (1891, 2014) apoyado en la tesis de diversos estudiosos, acogió privilegiadamente que se presentaron tres estadios principales de la evolución del hombre, el salvajismo, la barbarie y la civilización, y además subdividió cada una de esas etapas de la humanidad en estadios inferior, medio y superior.

En la época primitiva (salvajismo), expone Engels (1891, 2014) que los seres humanos eran nómadas y sobrevivían de la recolección de frutos y de la caza. Este período duró milenios, y en su estadio medio se descubrió el fuego que posibilitó el consumo de pescado, por lo cual, se extendió alrededor de los ríos y las costas de los mares; fue la época en que se empezó a utilizar toscos instrumentos de piedra (Época que algunos antropólogos denominaron edad de piedra y otros como el paleolítico). Por otra parte, el incipiente género humano realizó descubrimientos en la cadena alimenticia; provisiones como raíces, tubérculos cocidos en cenizas o en hornos enclavados en el suelo, la invención del arco y la flecha como instrumento complejo y determinante que le permitió la caza, y dedicar el tiempo libre a otras actividades como la alfarería, marcarían la marca indeleble del sedentarismo.

En este estadio, según Engels (1891, 2014) citando a Morgan, ocurre el tránsito del salvajismo, a la barbarie. La humanidad deja atrás al nomadismo, y propende por el sedentarismo que marcaría las culturas actuales (período que algunos antropólogos denominan el neolítico). El descubrimiento de la agricultura, vasijas para cocción de alimentos, yerbas y medicinales, la construcción de las primeras viviendas realizadas con madera de los árboles, y las piraguas formadas por troncos de los árboles que permitiría la navegación, son algunos rasgos generales de este estadio de la evolución.

La introducción de la alfarería y el descubrimiento de la agricultura introdujo al primitivo, un nuevo estadio de evolución que algunos antropólogos denominaron barbarie. En criterio de Engels (1891, 2014), el mismo inició en el uso del fuego para

hacer vasijas de arcilla, que sirvió para almacenar y cocer alimentos, lo cual ocurrió en el estadio inferior.

El estadio medio, inició con la domesticación de animales, cultivos de hortalizas, empleos de adobes y piedras para construcción. En particular, recuerda Engels (1891, 2014) como tribus nómadas del Noreste de Norteamérica, del principalmente en el valle de Columbia, al momento del descubrimiento, se hallaban en el estadio superior de la barbarie, cultivando ya maíz, calabazas, melón y otras plantas de huerta y habitaban en casas de madera y empalizadas, con domesticación de animales. En Latinoamérica, los mexicanos el pavo y otras aves, los peruanos la lama glama; consumían la leche de los animales domesticados, criaban ganado y tenían grandes rebaños, señala que otro tanto ocurría en Europa y Asia, con los Semitas en las praderas del Éufrates y Tigris y los Arios en la India, Arios y Semitas en la etapa superior de la Barbarie tenían abundancia en carne y leche. No obstante, el estadio superior de la barbarie comenzó con la fundición del mineral del hierro y se pasó al estadio de la civilización con el invento de la escritura alfabética.

Respecto a las estructuras del modo de reproducción en las etapas reseñadas, si bien hay un sector de la antropología que sostiene una “promiscuidad primitiva” y el “matrimonio de grupo”, entre ellos las teorías afines a Engels (1891, 2014) ; también lo es que estudios modernos han reconocido como falsas dichas hipótesis, enfatizado la conceptualización de sociedades propiamente humanas, y el error de confundir un sistema de filiación matrilineal con un matriarcado (Gómez García, 2011, 2012). A pesar de ello, hay dos reglas inmutables que se desprenden de las relaciones humanas

antiguas y que perviven hasta hoy: El error de comparar las relaciones sexuales de especies inferiores con las del hombre y el desprecio por el incesto.

Sobre el primer punto, Engels (1891, 2014) en crítica de Letourneau, afirma contundentemente que la familia animal y la sociedad humana primitiva son incompatibles. En una censura mucho más severa Gómez García Los confines afirma:

Los sistemas de reproducción en el mundo natural, antes y después de la invención del sexo, sirven a la supervivencia de las especies, pero no se puede afirmar, hablando con propiedad, que supongan sistemas de parentesco. Ni siquiera de las aves, los mamíferos, o los primates que forman diversos tipos de asociación para el cuidado de sus crías, se puede decir con propiedad que formen “familias” o que sean “parientes” entre sí. Solo cabe decirlo metafóricamente, o con un lenguaje laxo, como cuando hablamos de padres o madres, de hijos y de hermanos en el mundo animal. Es muy elocuente que no utilicemos ya el resto de la terminología del parentesco (abuelo, nieto, yerno, tío, sobrino, cuñado, etc.). Nosotros no somos capaces de seguir asignándoles más allá del núcleo reproductor unas relaciones de parentesco fundadas exclusivamente en la proximidad genética. Y ellos no tienen absolutamente ninguna idea de la existencia de tales relaciones, ni estas ejercen la menor repercusión en su comportamiento. (Gómez García, 2012)

Es cierto que disciplinas dedicadas al estudio de la conducta han determinado elementos complejos en primates de cooperación y conflicto, notando como estos animales gregarios, manifiestan su agresión como una especie de “fenómeno social” (de la O & Mondrágón-Ceballos, 2014) , pero dichas relaciones están ausentes de

cultura, lenguaje y la historia en sentido específico, que caracterizan al parentesco biocultural propio de la humanidad (Gómez García, 2011, 2012)

En cuanto al incesto, su prohibición se erigió como clave del sistema familiar. Lévi-Strauss (1992) propuso que tenía un origen cultural en su “teoría de la alianza”, planteando su calidad de injusto para promover la exogamia, que es necesaria para que funcione una sociedad basada en el parentesco, retomando con sutileza algunas ideas de Freud (1972).

Desde luego, que actualmente hay evidencia abrumadora de un origen biológico- psicológico del tabú del incesto, y no cultural. Específicamente, a la llamada hipótesis de Westermarck, que dice que hay un mecanismo psicológico evolucionado que evita que se sienta atracción sexual hacia cualquier persona con la que tenga una proximidad cercana en la primera infancia; estos mecanismos endógenos evolutivos “inhiben la actividad sexual entre parientes cercanos y forman la base para la prohibición del incesto culturalmente formulado (mecanismo exógeno)” (Holanda Júnior, 2017).

7.2. 7.2. Algunos modelos familiares de la antigüedad

El estudio histórico de la familia se considera generalmente como un subcampo de la historia social cuyo enfoque particular son las formas en que las familias viven sus propias historias mientras participan activamente en variados ámbitos. En última instancia, hay poco espacio histórico en el que la familia no interfiera.

En consecuencia, la historia familiar abarca temas y enfoques como la demografía y la composición del hogar; infancia y otras etapas de la vida; el curso de la vida; la economía familiar; estrategias, tradiciones y rituales familiares; género, clase, raza y relaciones generacionales; parentesco; sexualidad; y las variadas formas de domesticidad. Cualquier comprensión histórica adecuada de la familia debe reconocer su papel central en las relaciones sociales, políticas y personales, en la reproducción social y sus fundamentos biológico-políticos, la familia es también en gran medida una construcción social. A pesar de sus elementos aparentemente históricos, su significado se basa en culturas específicas y sus objetivos históricos.

Tomando estos conceptos, en el trabajo de Amézquita (1980) se analizan diversas formas familiares, destacando los valores, expectativas, imágenes y roles socioculturales asignados a lo largo de la historia. Veamos.

7.2.1. La familia Chibcha

Es el objeto de análisis preliminar por parte de Amézquita (1980) es la organización de la familia Chibcha, por ser esta la cultura que predominó en el territorio colombiano, y en donde se encuentra la mayor relación, con la actual organización familiar.

Antes de la conquista española, el territorio de la actual Colombia estaba poblado por cazadores nómadas y agricultores seminómadas, y dominado principalmente por el pueblo andino chibcha. Explotaron el oro, la esmeralda y la sal; cultivaron maíz y papa.

Entre los Chibchas, como núcleo primario existió el Clan Uterino, Cognaticio y Matronímico, en donde prevaleció la exogamia (Londoño Laverde, 1996). Esta familia estaba integrada por la agrupación de clanes afines, vinculadas por consanguinidad, y diversos factores como la geográfica, dialecto común y la práctica de una misma religión (Amézquita de Almeida, 1980).

La fuente de sus relaciones familiares fue el matrimonio, contando con rituales de cortejo a efectos de su consumación. Los pretendientes debían hacer una serie de ofrendas a la familia a cargo de la futura mujer, y debían cumplirse ciertas condiciones para ser aceptados (Londoño Laverde, 1996). Esta arquitectura social, determinado por ritos mágicos y religiosos “se perfeccionaba mediante el contrato de venta de la mujer, quien estaba privada de todo derecho para escoger el que habría de ser su marido” (Amézquita de Almeida, 1980).

El pretendiente podría tener hasta tres oportunidades para que se acepte su oferta; Si no, debería darse por vencido. A pesar de esto, tenían una posición bastante liberal contra los encuentros sexuales: se despreciaba la virginidad y se permitía la poligamia.

Esto último, como un privilegio de la aristocracia, para los barones que tenían determinada capacidad económica, podían contraer varias nupcias de acuerdo con sus posibilidades, para atender a cada una de sus mujeres, pero la primera mujer debía ser considerada la mujer principal y, por lo tanto, ser tratada favorablemente frente a las demás. Cabe recalcar que quienes carecían de recursos tenían que practicar el celibato; en cuanto a la mujer, no le era permitido, la poligamia pues estaba sometida a

la sujeción del hombre, y el adulterio era castigado severamente con rituales, obligándolas a ingerir grandes cantidades de ají antes de quitarles la vida (Amézquita de Almeida, 1980).

Con relación a la filiación, su preponderancia era el clan Uterino, en la cual se establecía por la línea materna y la herencia se transmitía a los sobrinos, los hijos no heredaban del padre sino a la madre y a los tíos maternos. La principal función de la sucesión:

(...) consistió en trazar la línea hereditaria de los más altos cargos de los clanes, de las tribus y de las confederaciones, conservándose siempre la línea unilateral materna, pero aunque la línea de la familia se trazaba siempre por el lado materno, el padre, dentro de su clan, ejercía cierta autoridad sobre sus hijos, especialmente en lo tocante a la educación. (Amézquita de Almeida, 1980).

En su residencia predominó la patrilocal, es decir, que la localización geográfica del hogar la determinaba el clan del marido, aunque tuviera diferentes esposas, todas debían vivir con él en el mismo bohío, pero en distintos aposentos; como el indio Chibcha se encontraba rodeado por sus esposas, cada una de estas procedían de distintos clanes es así, que los hijos nacidos no pertenecían al padre, sino al clan de la madre (Londoño Laverde, 1996).

Otra de las instituciones más interesantes fue la prueba del matrimonio. Esta figura permitía al pretendiente convivir por un tiempo y practicar relaciones sexuales con la mujer, luego de lo cual tomaba la decisión de tomarla o no por esposa. A la par, el “sorodado” consentía que un individuo contrajera matrimonio con un grupo de

hermanas; pero prole de nuestros primitivos aborígenes, se insiste, se estableció por la línea materna, por el clan uterino y en algunas tribus, “el cacicazgo era automáticamente heredado por el sobrino mayor de la hermana” (Amézquita de Almeida, 1980).

7.2.2. La familia Inca

La cultura Inca tenía una sociedad estratificada. Practicó el matrimonio entre hermanos, no por amor sino para conservar la pureza de la raza y la riqueza, esto ocurría especialmente entre los nobles (Órzhytskyi, 2011).

Amézquita (1980) relata que entre los siglos XI Y XII aparecieron en las mesetas del Perú y Bolivia ciertas tribus de indios, caracterizadas por su arrogancia, belicosidad e inteligencia que lograron imponerse, sobre sus vecinos por alianzas que realizaban, su lengua era el quechua y su asiento principal fue Cuzco, que más tarde se convertiría en la capital del Imperio Incaico.

El emperador, “hijo del sol” podía disponer como propietario único de todas las tierras de su dominio, que en la cual se repartían de la siguiente manera: una para el estado, otra para el culto y otra para el pueblo trabajador; después de cada cosecha, cada uno recibía su parte de acuerdo con el número de hijos que tenían que sustentar.

La base de la organización social de los Incas eran los Ayllús, comunidades unidas por parentesco de consanguinidad; existieron también las tribus y las confederaciones (Escalante et al., 2020). En su desarrollo:

(...) el ayllú mandaba como autoridad civil el tronco del linaje, o sea el hombre más viejo. Las cacicas eran mujeres que llegaban a imponerse como jefes de los Ayllús. De manera que por este aspecto existió un sistema combinado entre patriarcado y matriarcado (Amézquita de Almeida, 1980).

El varón, era el jefe y tenía predominio sobre el grupo, pero la mujer influía de manera importante en el grupo individual de familia. La autoridad no era ejercida por el padre sino por el jefe, pero la educación, correspondía a la madre, ella permanecía con sus hijos trabajando. El padre por su parte se dedicaba a la guerra, pues está siempre fue una característica de estos pueblos indígenas que sostenían guerras, luchas permanentes, para conquistar nuevos territorios.

Al igual que en algún estadio del Derecho Romano el padre tenía, derecho de vender o cambiar en servicios a su hija; pero cuando la daba en matrimonio se requería el consentimiento de la mujer, so pena de nulidad. Pero con todo

De las hijas disponía el padre totalmente. No solo las vendía para el matrimonio, sino que las entregaba a una institución que se llamaba las “vírgenes del sol”, en donde las mujeres debían permanecer solteras, consagradas en las divinidades y enclaustradas. alguna de ellas era tomadas como concubinas de jefes y personajes importantes (Amézquita de Almeida, 1980).

En el caso de los hombres, se imponía su casamiento entre los 25 y 26 años, pudiéndose ejercer coerción por los padres al superar estas edades. Se, practicaban la endogamia, es decir, el matrimonio se debía realizar entre mujer del mismo Ayllú, por razones de orden económico, de preservación de la propiedad comunal y la fuerza del

trabajo de la mujer, pues los Incas no conocieron la propiedad privada y su economía estaba basada en la agricultura que era practicada fundamentalmente mujeres e hijos.

Los hijos tenían una importancia social muy grande, cuando eran mayores, pues en cuanto concierne a la familia ayudaban a sus padres, se hacían cargo de sus hermanas menores y se les confiaba en cuidado de la madre.

7.2.3. La familia Azteca

Según las indagaciones de Amézquita (1980) los Aztecas inicialmente formaron, una pequeña tribu mexicana, que se fue expandiendo hasta lograr todo su predominio, inicialmente en la Península del Yucatán y finalmente en todo el pueblo mexicano, constituyéndose en uno de los imperios más poderosos e importantes de la cultura americana. Su posición geográfica permitió la consolidación de un gran poderío en la región, y en sus comienzos, la ciudad azteca era dependiente de los estados vecinos más poderosos, esto debido a su debilidad política. No obstante, las guerras continuas entre los pobladores del valle de México, las cuales tuvieron lugar a mediados del siglo XIV, cambiaron su situación. Los mexicas intervinieron en estas guerras bajo el mando del rey Tezozómoc de Azcapotzalco. En 1367 capturaron la capital de los culhuacanos y, posteriormente en 1371, la capital chichimeca Tenayuca, destruyendo de esta manera la hegemonía que los chichimecas habían establecido. Así, el pueblo azteca fue ganando respeto y prestigio. (Díaz de León, 2013).

En esencia, era una cultura estratificada en tres clases sociales, la sacerdotal, la guerrera y los vasallos. La familia era patriarcal, monógama, pero el hombre practicaba

la poligamia y existía en gran escala la prostitución, el padre ejercía poder absoluto sobre la madre y los hijos. La mujer tenía aposento separado porque el hombre convivía muchas otras mujeres, existía una marcada división del trabajo por razones del sexo, al barón se le destinaba la guerra y la mujer, a los oficios domésticos (Amézquita de Almeida, 1980).

Por eso los hijos varones permanecían al lado del padre, recibía la educación de éste y las hijas al lado de la madre quienes les transmitía los conocimientos en los oficios domésticos.

Al llegar a la edad núbil, el padre reunía a los parientes y con ello escogía a la pareja de sus hijos, los obligaba a casarse, sin ningún derecho sobre si o sobre sus bienes, el producto del trabajo pertenecía a la comuna a la cual pertenecía al padre.

7.2.4. La familia Maya

La organización familiar de los Mayas era caracterizada por haber adoptado un régimen patriarcal por un poder absoluto del padre sobre las personas y bienes de sus hijos, monogámica, pero con mucha libertad para disolver el matrimonio.

Tenían una cultura muy desarrollada al punto de que algunos historiadores lo han llamado los griegos de América. Su organización era semejante al de los aztecas, porque era una cultura de castas, tampoco conoció la propiedad privada, al igual que los aztecas debían casarse y tener muchos hijos para expandir su poderío territorial (Amézquita de Almeida, 1980). De hecho,

El matrimonio entre los atitecos se basaba en la poligamia. La cantidad de esposas que se tuvieran daba prestigio en la sociedad, quienes tenían más esposas estaban colocados en los puestos más altos. Los caciques y los señores naturales eran los que más esposas tenían. Estos podían tener de diez esposas en adelante. (Vico, 2004) .

El padre escogía la mujer para su hijo y el marido para su hija, era una cultura endogámica porque se seleccionaba, entre las clases sociales de la misma tribu, pero no podían casarse entre consanguíneos. La endogamia se fundaba al igual que lo incas y los aztecas en la acumulación de riquezas productos del trabajo dentro de sus agrupaciones, los hijos no podían escoger ni compañero ni compañera (Amézquita de Almeida, 1980).

Entre los Mayas existió una institución denominada el casamentero profesional, que era una persona de gran experiencia, a quien el padre le confiaba escoger esposo o esposa a sus hijos y se le deban unas arras como producto de su trabajo (Flores, 2009).

Tan arraigada era esta característica patriarcal de la familia que el padre, continúa ejerciendo poder sobre su hija y su yerno quien debía trabajar para su suegro y si no lo hacía, éste podía quitarle la mujer y dársela a otro en matrimonio. Como en los aztecas, en la cultura Maya los barones eran educados para la guerra por sus padres mientras que sus hijas permanecían al lado de la madre, aprendiendo a cultivar y a preparar alimentos, a la madre se le permitía transmitir por herencia sus bienes a sus hijos.

7.2.5. La familia egipcia

También se organizó bajo el concepto de monogamia y propiedad privada, esta civilización data de 3.000 a 3.500 años A.C. y no conoció durante más de 25 siglos, ninguna suerte de dominación del sexo femenino por el masculino. Fue el Código de Amasis 154 A.C. que degradó la condición de la mujer, convirtiendo al marido el dueño de su vida y de su hacienda, pero las leyes de Amasis no fueron aceptadas por la población que deseaba el mantenimiento y la igualdad de sexo (Amézquita de Almeida, 1980).

Por ello, dichas normas en la sociedad civil fueron de poca obediencia; y “la mujer egipcia tenía un estatus social semejante al hombre egipcio, lo cual será considerado como un privilegio entre las civilizaciones antiguas” (Lopez Yepes & Diaz Villanueva, 2017).

Cuando Egipto cayó en poder de los macedonios, la mujer fue colocada bajo poder de tutela perpetua del hombre. En cuanto la filiación, podía invocarse por línea materna o paterna, al fallecimiento del marido, la madre se convertía en el jefe del hogar.

El matrimonio era endogámico, los hermanos se casaban entre sí, bajo la consideración de mantener la herencia en la misma familia.

7.2.6. La familia griega

Las primeras estirpes o gens de los griegos no conocieron la desigualdad de los sexos ni la división de clases. Cuando los griegos se convierten en ciudad estado,

desaparece el vínculo de solidaridad primitiva y el comunismo primitivo; el hombre comienza a tener preponderancia al tomar el control de la familia y de la economía (Amézquita de Almeida, 1980). Este mismo pensamiento lo comparte Fuentes (2012), quien afirma

Durante la mayor parte de la historia griega antigua, el papel de la mujer fue relegado estrictamente a la casa. Las mujeres, como grupo, no tenían voz en los asuntos políticos, militares o civiles. Desde los primeros días de la civilización griega, las mujeres estaban bajo la autoridad patriarcal de los varones. Segregadas en cumplir un rol estrictamente lo doméstico, pasando de la autoridad masculina del padre a la de su marido. (Fuentes Santibáñez, 2012)

Tanta era la represión que la constitución de Solón, en forma definitiva, rebajó la condición de mujer prohibiéndoles heredar y al organizar la prostitución de un sector del sexo femenino. En las ciudades griegas como Mileto, Lesbos, Corinto, existió un grupo de mujeres cortesanas dedicadas al culto de la voluptuosidad, las aspirantes a este grupo tenían a su disposición escuelas denominadas casas del amor. Su educación se encaminaba a realizar todo aquellos que fuera grato al placer sexual del hombre, lo cual, pronto degeneró en el homosexualismo especialmente en Lesbos (Amézquita de Almeida, 1980).

7.2.7. La familia árabe

La institución familiar está fundamentada en el Corán en donde se contienen principios religiosos y jurídicos.

Su régimen fue patriarcal y con subordinación de la mujer; a pesar de ser régimen patriarcal corresponde a la madre la tutela de los hijos y al padre la obligación de suministrar alimentos, educar a los hijos, administrar los bienes de la mujer por su incapacidad. La filiación se determinó por la línea paterna y los hijos podían heredar tanto por la familia paterna como por la familia materna (Amézquita de Almeida, 1980).

7.2.8. La familia china

En china como en las otras civilizaciones los tiempos prehistóricos no se conoció, la opresión del sexo femenino por el masculino, por el contrario, tuvo gran influencia el derecho materno, regía el matriarcado.

Solo más tarde con la aparición de la propiedad privada, el estado y la familia monógama, se produjo la derrota del matriarcado y se instauró la dominación del sexo masculino. En esta nueva familia patriarcal, el padre elige al esposo de la hija, la patria potestad la ejerce el padre, el hijo permanece unido a la familia debiéndole gratitud, respeto y obediencia a los padres, lo mismo ocurre con la mujer.

La civilización China se basó en principios proverbiales, como el de las tres obediencias y las cuatro virtudes femeninas en el libro sagrado de LI-KI libro de ritos. Las cuatro virtudes que debe tener toda mujer son: a) carácter equilibrado que se traduce en modestia, conformidad, buenas costumbres; b) lenguaje adecuado; c) aspecto físico bueno; d) correcta ejecución de las tareas domésticas (Amézquita de Almeida, 1980).

No obstante, en la práctica el padre abusaba de instituciones como mui tsai, San po tsai, y Pipa tsai; prácticas sociales que han sido comparadas con el esclavismo, y en donde

“Teóricamente, las niñas eran adoptadas por quienes las recibían, pagando a los padres muy poco dinero. En la práctica, las niñas no eran tratadas como hijas adoptadas, sino como esclavas domésticas. Algunas sufrieron una crueldad insoportable, incluyendo abusos sexuales; otras fueron vendidas a traficantes cambiaron de dueño más de una vez. También portaban un estigma social porque sus familias las cambiaron por dinero y esto era peor que si hubieran sido abandonadas. Se quedaban sin parientes y, por lo tanto, sin “cara” en una sociedad donde solo la familia proporciona la identidad. Su vergüenza era tanta, que incluso muchos años después, la mayoría no deseaba revelar esta circunstancia.”(Estacio, 2015)

7.2.9. La familia Romana

Se inspiró en el uso y las costumbres de sus primitivos, de ahí emana la fuente principal de su derecho en general.

Técnicamente, en el Derecho Romano no existió una disciplina encargada de las relaciones jurídico-familiares. El término *famuli* distinguía al conjunto de esclavos e integraba los bienes estables del patrimonio. Derivado de su primitivo significado, también se determinó al conjunto de poderes del paterfamilias. Pero itérese que en Roma

“La familia no es propiamente una institución jurídica, sino social, semejante en este aspecto a la gens o a la República; es el presupuesto sociológico de ciertas instituciones jurídicas, pero ella misma no es susceptible de un *responsum* jurisprudencial o judicial, y por eso resulta impropio referirse a un “derecho de familia” romano.” (Samper, 2019).

La disciplina de la ley de las doce tablas, que reglamentó el derecho público y el derecho privado, reguló sobre la organización de la familia. Se distinguían dos sentidos diferentes: La familia Cognada y Agnada. Sobre la primera, la integraban personas unidas mediante lazos sanguíneos o parentesco, sujetas a la autoridad del paterfamilias. La última, implicaba nexos por parentesco civil (Amézquita de Almeida, 1980).

La fuente principal de la autoridad paterna o patria potestad era el matrimonio legítimo o *justae nuptiae*. Los hijos nacidos de esta clase de unión formaban parte de la familia civil del padre, pero los adoptados y los legitimados también podían quedar bajo este estado civil. Los hijos nacidos de este matrimonio son legítimos, están bajo la autoridad del jefe de familia, en relación con la madre, solo existía el lazo del parentesco natural o cognación (Amézquita de Almeida, 1980).

Para determinar la filiación con respecto del padre, se recurrió al sistema de las presunciones, esto significa que el marido de la madre es el padre del hijo, esta presunción. Esta presunción cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio, o si por ausencia o enfermedad del marido fue imposible la cohabitación con la mujer durante el período de la concepción, para establecer esta presunción en

Roma se fijó unos términos, como el de trescientos días la duración más larga del embarazo y ciento ochenta días la más corta. Se afirmó que el hijo es legítimo si nace dentro de esos ciento ochenta días hasta los trescientos, en que pudo tener lugar la concepción (Amézquita de Almeida, 1980).

En la Civilización Romana se empleó el sistema de hacer constar en los registros públicos el nacimiento de las personas. El padre tenía que declarar el nacimiento de sus hijos dentro de un término de 30 días.

En caso de nulidad de un matrimonio, los hijos eran sui juris, y tratados como nacidos en forma accidental, no tenían padre cierto y se les denominaba espurios, pero estaban unidos a la madre y a los parientes de esta, por la cognación (Amézquita de Almeida, 1980).

8. PREMISAS SOBRE LAS QUE SE ASIENTA LA EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.

El estudio de los modelos antiguos de la familia, permiten concluir sus elementos integrantes sobre los que se erigía su acatamiento legal, y en general toda la regulación del Derecho de Familia. Hay un enlace inseparable entre matrimonio y familia, en donde no se pudo concebir otra forma que la unión heterosexual, de las que nacían los demás deberes y derechos de sus miembros. En general el vínculo jurídico del matrimonio era inquebrantable y total; tradición que también fue heredada con fuerte influencia del derecho canónico, en donde no se puede disolver el primer matrimonio si es sacramento y consumado, mientras viva el otro cónyuge (Navarrete et al., 2007). Asimismo, se consideró como un “orden natural” el modelo patriarcal, respetado y perpetuado mediante poderes jurídicos casi absolutos a favor del marido.

Esta suerte de tradición y cultura jurídica concibió a la familia a la par del pacto matrimonial, en dimensiones inflexibles, donde no cabían conceptos de amor, autodeterminación, ni el libre desarrollo de la persona, en una palabra, no existía una dignidad propiamente dicha. Igualmente, la sangre se superpuso de su aspecto psicológico al cultural, en una aspiración de materialidad directa o pura, en una búsqueda insaciable por la identidad o sangre verdadera (Gatti & Mahlke, 2018)

Concordante con lo planteado, se tiene establecido que algunos postulados clásicos del derecho de familia perviven, con la potísima razón de que infunden gran seguridad y estabilidad jurídica al vínculo matrimonial, pero ya no dogmatizado bajo parámetros eminentemente patriarcales. A principios del siglo XX, y con la acentuación de la Constitución Política de 1991, el modelo, estructura y funciones de la familia ha

sufrido profundos cambios, que no hacen más que diversificarse con la hipercultura y los avances tecnológicos.

En el proceso de globalización acelerado por las tecnologías, la distancia cultural es nula. La pérdida de los límites facilita un caudal de interacción de prácticas ciudadanas, en donde se yuxtaponen cada una de las experiencias humanas. El ser humano se libera de los códigos biológicos y de la tierra (B.-C. Han, 2018), en un cruce de voces que se atraviesan, se mezclan, y se reproducen, hacia un camino desconocido. La hibridez entra como dominante y se aleja de los discursos clásicos de la autoridad. Según Han (2018) en medio del reino natural y el sagrado de la ley, emerge la apariencia estética, en donde su principio fundamental es “dar libertad por medio de la libertad.”

A este respecto, el derecho civil moderno ha reaccionado con posturas más razonables, libres de absolutos y radicalizaciones, que fracasan en su intento de encasillar la realidad en esquemas jurídico-formales. Perlingieri (2015) hace un llamado a los juristas, en especial a los civilistas, a que repasen los códigos y las leyes a la luz de la constitución, y para ello “Es necesario desasirse de antiguos dogmas y verificar su relatividad e historicidad.”. Sólo así, se conseguirá la adherencia jurídica en mayor medida, a las opciones manifestantes en la sociedad moderna y el derecho habrá servido a su noble propósito de regular las relaciones humanas.

La notable diversidad de funciones realizadas por las formaciones sociales hace paradójico su homologación, aprobación, y control. Ante todo, su mirada constitucional implica reconocer su relación con los derechos fundamentales de las personas,

garantizando su dignidad y efectiva participación en sus vicisitudes. En la familia, Perlingieri (2015) reconoce la difícil tarea del Juez y sus colaboradores; pues sin imponer su concepción de vida, deben garantizar el mayor respeto para la persona, en la diversidad de las formas de familia, tan variados como las formas de vivir. Con todo, cada formación social tiene que considerarse merecedora de la tutela jurisdiccional,

(...) no siendo posible excluir *a priori* la conformidad de uniones diferentes a la familia basadas en el matrimonio, pero incluso realizada siempre en respeto de la dignidad humana y fruto de la libre elección según los principios constitucionales, (se piensa en las uniones *more uxorio*, paraconyugal, homosexual). (Perlingieri, 2015, p. 520)

8.1. Repensando el matrimonio

Y ello es así, con más veras, si se tiene en cuenta que la temática matrimonial ha experimentado profundos cambios y ajustes. En el Constituyente de 1991 se contuvieron los múltiples esguinces a la legitimidad de la unión de hecho, el divorcio, la legitimidad de la prole, y los deberes de los padres, y desde entonces las uniones de hecho crecen con gran proporción (Echeverri Ángel, 2021).

A lo que se suma, vale la pena mencionarlo de paso, el progresivo reconocimiento de los derechos del amor en el orden jurídico (Rodotà, 2019). Análoga y pertinente es la reflexión en torno a la flexibilidad que debería guardar el derecho para entender el amor, abandonando "(...) toda pretensión de dominio sobre él y

transformarse técnicamente en un discurso abierto, capaz de captar y aceptar la contingencia, la variabilidad y hasta la irracionalidad.” (Rodotà, 2019) .

En procura de revisar la relatividad e historicidad de los dogmas matrimoniales, cumple agregar que no siempre el Derecho Romano fue inflexible en la disolución del matrimonio. En una etapa, el contrato se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de capacidad y por la falta de *affectio maritalis* por cualquiera de los consortes. Más que una institución separada, el divorcio resultaba una consecuencia del concepto romano del matrimonio: si la *affectio maritalis* era uno de los elementos esenciales del matrimonio, su inexistencia conducía también a la del contrato, y el divorcio no podría ser prohibido por la ley. Inclusive cuándo los emperadores cristianos se propusieron a limitar el divorcio por las fuerzas de las costumbres, sólo pudieron establecer penas para los que se divorciaban sin justa causa, sin poder evitar el cometido de la separación afectiva. Sobre el particular, es

(...) opinión prevaleciente entre los romanistas, hasta la época clásica no bastaba para la existencia del matrimonio, el consentimiento expresado en el acto inicial; por el contrario, debía perdurar para que le matrimonio continuase existiendo. En otros términos, el consentimiento no debía ser solio inicial sino continuo, razón por la cual, más que *consensus* se le denominada *affectio*. El matrimonio estaba dado, pues, por un elemento material –la cohabitación- y otro moral, la *affectio maritalis*; la desaparición de uno u otro ponía fin al matrimonio.(Belluscio, 1979, p. 449)

De manera que en el derecho romano clásico la falta de afecto o amor disolvía el matrimonio. Esa inquietud ha permanecido en la mente de los viejos juristas, al punto

de sostener que al lado de los clásicos efectos del matrimonio, existen otros de capital importancia como el deber de amarse mutuamente marido y mujer, deber de consideración que cada cónyuge le debe al otro, la defensa del honor conyugal y el deber de sinceridad.

Ejemplo de lo anterior, es la Comisión del Código Civil Frances de 1905, en donde al discutir el contenido del artículo 212, concerniente a los deberes de fidelidad, ayuda y asistencia entre los consortes, Paul Hervieu solicitó que “aparezca la palabra “amor” en este artículo. No está en ninguna parte del Código y, sin embargo, es una de las palabras más nobles del lenguaje humano.” y a las críticas de sus colegas asistentes advirtió “el amor es, sin duda alguna, la base misma del matrimonio, el sentido que lo ennoblece.” (Various, 2010). Si bien los argumentos de Paul Hervieu no tuvieron eco al reformular el contenido del Código Civil Frances, pasarían a ser un motor de discusión del matrimonio para los juristas civiles del futuro.

Es cierto que el Código Civil es mudo al referirse al amor como una causa efectiva del matrimonio, pero existe acuerdo en unos deberes comprendidos en la propia significación del nexo, cual es “(...) amarse en todas las circunstancias de la vida, porque precisamente es el amor la esencia de todos los demás deberes (ante todo la cohabitación, fidelidad y asistencia).”(Valencia Zea, 1957). La tolerancia³, y el honor conyugal⁴ son igualmente considerados como otros de los deberes no

³ Según el autor implica “que cada cónyuge debe permitir al otro el desarrollo de su personalidad; de donde nace el deber de cada cual de tolerar las costumbres, religión y prácticas culturales y géneros de vida del otro.”. (p.18).

⁴ El autor afirma que ha de ser entendido como la buena reputación, la consideración que tiene la sociedad de la buena marcha del hogar y en la ética conyugal. El respeto que tanto marido y mujer merecen de la sociedad por el cumplimiento de sus deberes (p.18).

enunciados entre los efectos del matrimonio. Pero en el fondo, de todos estos deberes subyace el amor como fuente moral del matrimonio, es por ello que el más grave resquebrajamiento de la comunidad doméstica surge por las carencias de orden afectivo, muchas de las cuales desembocan en el divorcio.

Ya Engels (1891) advirtió que el matrimonio fundado en el amor es el único moral. Su doctrina no sólo propugna por el amor como el pináculo del deber de los cónyuges, sino que da relevancia a la estabilidad y la armonía dentro de la relación conyugal, aspecto que ha tenido también en cuenta nuestra Corte Constitucional (CC, Sentencia T-129/15, Col).

Y por igual había ya sido efectuado en España, en replanteamiento de los dogmas imperantes en pro del derecho de amor. En el sistema español, la dignidad humana también es un principio fundante del Estado Social de Derecho establecido en el artículo 6 de la Constitución, donde igualmente están recogidos los principios del libre desarrollo de la personalidad, artículo 10.1., la libertad 1.1., la dignidad 1.0., entre otros, y en el cual, del mismo modo, se encuentran normas que protegen la institución matrimonial (artículos 32 y 52).

No obstante, el Legislador se vio en la necesidad de adecuar la normatividad referente a la disolución del matrimonio, para ponerlos a tono con los principios y valores que inspiran la norma fundamental que los rige. Es así como se ha expedido la Ley 15 de 2005 que reforma entre otros, los artículos 81, 82 y 86 del Código Civil, modificando la Ley de divorcio de 1981, estableciendo el divorcio unilateral, dando

sepultura al sistema causalista del divorcio que regía anteriormente basado en el consentimiento renovado del que hablaba la doctrina española:

Si he atribuido una naturaleza consensual al matrimonio y a su mantenimiento, de forma que puede decirse que existe un consentimiento renovado, debo aceptar a continuación que cuando deja de existir, el remedio también es consensual. En definitiva, si hay que preservar en todo caso los derechos individuales de los miembros de la familia, la garantía de los derechos fundamentales a la libertad y a la intimidad implica el reconocimiento de un sistema de divorcio que tenga como eje la no indagación de las causas que lo provocan. (Roca Trias, 1999, p. 166)

Esta opinión también es compartida por Cerdeira Bravo de Mansilla (2013) que asevera:

La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el Matrimonio, el reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. (..) En coherencia con esta razón, el artículo 32 CE configura el derecho a contraer Matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial (...) Con este propósito se estime que el respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el artículo 10.1 CE, justifica

reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona, cuándo ya no desea vivir vinculado con su cónyuge. (Cerdeira Bravo de Mansilla, 2013, p. 57)

Entonces, la Ley 15 de 2005, modificatoria del Código Civil Español, por medio de la cual se estableció el divorcio unilateral, enalteció fines constitucionales legítimos. La ruptura del vínculo matrimonial debe ser respetuosa de los principios y valores establecidos en la Carta Fundamental, concernientes a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, intimidad familiar, libertad de conciencia, libertad humana, y honor conyugal.

Con estos derroteros, es factible afirmar que el amor es la causa eficiente del negocio jurídico familiar, y a falta de esta causa, el matrimonio quedaría sin efecto. Si se ha entendido por causa el motivo determinante que induce al negocio jurídico (Artículo 1524, inc 2º del Código Civil Colombiano). ¿Qué motivo distinto al amor, sin ser inmoral, podría llevar a los novios al matrimonio?

Ahora, no se olvide, por un lado, el germen histórico de la concepción del matrimonio como Contrato, que sirvió para dejar claro, que las nupcias acontecían con el consentimiento, no con la cohabitación (*“nuptias non concubitus sed consensus facit”*). Es decir, lo relevante no es el consentimiento inicial, sino el consentimiento renovado a través del tiempo, por quienes están unidos en matrimonio. Este abordaje acogido por la Doctrina y la Legislación española, como se señaló en precedencia, también ha sido acogido por nuestra Jurisprudencia constitucional, al sostener:

(...) el libre consentimiento, consustancial al contrato matrimonial, no solo es exigible en el acto de constitución sino también durante su ejecución material y por el

término que dure el matrimonio, por tratarse de un derecho subjetivo radicado en cabeza de cada uno de los esposos y ser una derivación de las garantías fundamentales a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad, a la intimidad y a la personalidad jurídica. (CC, Sentencia C-821/05, Col).

Tan celosa ha sido la guardiana de la Constitución, en la protección del consentimiento como elemento esencial y causa del matrimonio, al punto de señalar que:

La razón antropológica que fundamenta esta realidad no es otra que la libertad humana. El hombre es un ser que se autoposee, que se autodomina, por lo cual el matrimonio, que comporta una entrega personal a título de deuda para conformar una comunidad de vida y amor y una participación mutua en la sexualidad, no puede darse sino por la libre decisión de cada uno de los cónyuges. Por ello la libertad en el consentimiento, en un contrato de esta naturaleza, es tema que involucra los derechos humanos a la libertad, a la dignidad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, etc. Y por ello debe garantizarse que ningún hecho, ningún acto distinto de la libre expresión del consentimiento, pueda llegar a producir un vínculo matrimonial. (CC, Sentencia C-533/00, Col).

Como se expuso en líneas anteriores, el consentimiento no es solamente el inicial, sino también el que debe perdurar durante la ejecución material y por el término del matrimonio. En el evento en que sobrevengan circunstancias que afecten la vida matrimonial en tal grado de que deje de constituir una comunidad de vida y amor, desaparecerían los principios éticos en que se funda la mutua satisfacción sexual,

puesto que ésta no puede darse sino por la libre decisión de cada uno de los cónyuges. En consecuencia, si el consentimiento es un tema que involucra derechos humanos, la falta de este, por parte de alguno de los cónyuges o de ambos, para continuar con la cohabitación y la mutua satisfacción sexual, impediría la persistencia del vínculo matrimonial. No sería jurídico exigir a los consortes el cumplimiento del débito conyugal, o a convivir con la persona que no desee, pues ello atentaría contra los valores y principios constitucionales ya reseñados, los cuales, se reitera, inspiran en idéntica forma ordenamientos constitucionales foráneos –como el español-, en los que la legislación ha matizado el consentimiento renovado en el sentido de permitir el divorcio unilateral.

Ante todo, los negocios jurídicos se pueden disolver por mutuo disenso o imposibilidad jurídica de cumplir la obligación. Así ocurriría con el cónyuge que ha perdido el *affectio maritalis*, situación que lo pone en un problema ético y moral insalvable. Sí de acuerdo a sus convicciones, la procreación, y las relaciones sexuales en general se fundamentan en el amor, como ocurriría con los cristianos y católicos, el negocio jurídico debiera resolverse con la consecuente indemnización de perjuicios, pero, así como en los contratos en general, el legislador no puede coaccionar al deudor en tratándose de obligaciones de hacer y de no hacer. Es poco realizable el cumplimiento o a la abstención de la conducta, porque lesionaría gravemente la libertad, valor superior que protege nuestro ordenamiento jurídico, evento en el cual, la obligación se transforma en el deber de indemnizar perjuicios, así ocurre también, y con mayor énfasis por su contenido ético en el matrimonio.

Como en la sociedad o en la comunidad, en el matrimonio también se tiene en cuenta las cualidades físicas y esenciales del otro contrayente. Es por el conocimiento que se tiene del futuro contrayente, que la voluntad se ve impulsada a aceptar el matrimonio, pues nadie se arriesgaría a contraerlo sobre la base del desamor y la desconfianza, que le infunden seguridad recíproca. Al referirse a la preservación del intuïto persona, Pinzón (1988) sostenía que siempre se tiene en cuenta la calidad de los socios, y sobre dicho conocimiento impulsa o repele el espíritu de asociación, “pues nadie se somete a contraer la responsabilidad indefinida y solidaria por las operaciones sociales si todos sus futuros consocios no le inspiran, plena confianza.”.

Así que de no aceptarse que en el matrimonio requiere el consentimiento renovado, debería indagarse, sobre la causa de este. Significa entonces que el matrimonio se celebra con ubérrima buena fe, en una relación atravesada por la confianza, y el amor, pues los contrayentes expresan su voluntad de aceptación confiando que la persona con quien contraen es idónea, la ideal, para iniciar un consorcio de vida, consorcio con vocación de permanencia hasta los últimos días de la existencia. En el mismo, depositan su confianza de manera absoluta para entregar su cuerpo y sentimientos, aquel que, según su percepción, al momento de otorgar el consentimiento, es la persona que tuvo ante sus ojos y que tenía las cualidades esenciales por él perseguidas, que le permitían desarrollar la esencia del matrimonio.

Tan trascendental declaración de voluntad implica la entrega mutua, personal y exclusiva que los cónyuges hacen de sí, debe ser absolutamente protegida por el ordenamiento jurídico. Si las reglas legales protegen a los socios en el contrato de

sociedad, a los comuneros el de comunidad y al mandante en el de mandato, al permitirles la resolución unilateral del contrato, pues nadie está obligado a vivir en sociedad o en comunidad, o a persistir en el mandato, cuando se ha perdido la confianza en la gestión de los negocios. De la misma manera se debe aceptar el divorcio unilateral, cuándo se ha perdido esa confianza, o el amor que los cónyuges se deben.

Según los criterios que han campeado en la jurisprudencia Constitucional, cuando falta el amor o la *affectio maritalis* la vida conyugal se interrumpe como también la mutua satisfacción sexual o débito conyugal por cuanto donde no hay amor, desaparecen los principios éticos y sociales que inspiran la institución matrimonial. Esto conlleva la instrumentalización de uno de los miembros de la pareja, afectando la dignidad humana de aquel que ha sido herramienta del otro para la satisfacción de las necesidades sexuales, bajo la perspectiva de la dignidad humana como principio fundante de nuestro estado social y democrático de derecho. Así:

Para la Corte la dignidad humana, el principio del libre desarrollo de la personalidad y la inalienabilidad de los derechos de la persona de los cónyuges, constituyen criterios de interpretación suficientes para afirmar que no se les puede obligar a mantener el vínculo matrimonial en contra de su voluntad e interés, por las mismas razones por las cuales resulta imposible coaccionarlos para que lo contraigan, aunadas con el imperativo constitucional de propender por la armonía familiar, necesariamente resquebrajada cuando un conflicto en la pareja conduce a uno de sus integrantes, o a ambos, a invocar su disolución. (CC, Sentencia C-985/10, Col).

Y es que cuando desaparece la *affectio maritalis*, resulta contrario a la dignidad humana, la entrega personal y exclusiva que los cónyuges hacen sobre sí mismos. Por esto ni siquiera el Constituyente podría obligar al cónyuge a mantener una relación sexual o a procrear con quien no dese porque además también sería contrario a la libertad y otros principios que más adelante examinaremos.

El artículo 5 de la Constitución Política el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y derecho a la familia. Como se ha reseñado, la familia es la institución básica de la sociedad, reconocimiento que es refrendado por el artículo 42 de la Carta Magna que establece la garantía de protección integral de la familia por parte del Estado y la sociedad. Dentro del catálogo de los derechos inalienables que el Estado reconoce, se encuentran la dignidad humana, la libertad de conciencia, derecho a la intimidad personal y familiar, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, los cuales serían vulnerados si se impone el deber de convivencia entre los cónyuges que no se guardan amor.

La *desaffectio maritalis* determina otras conductas como la infidelidad, la violencia intrafamiliar, que se erigen hoy como los más grandes atentados contra la institución familiar. De ahí que la Constitución Política en su artículo 42 proscriba toda forma de violencia, la cual considera destructiva para la armonía y unidad de la familia.

Sin embargo, en virtud del deber de promoción de la estabilidad familiar, el Estado no puede obligar a los cónyuges a mantener el vínculo matrimonial. En efecto, en virtud de derechos como al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la dignidad, especialmente en su faceta de autodeterminación, la Constitución proscriba

cualquier tipo de coacción que obligue a los cónyuges a permanecer juntos o prolongar una convivencia que es contraria a sus intereses e integridad. Además, si el fundamento del matrimonio es la voluntad libre de contraerlo y si el consentimiento libre es un requisito de existencia y validez del contrato de matrimonio –artículo 115 del Código Civil, ni el Legislador ni ningún otro órgano estatal puede coaccionar la permanencia del matrimonio en contra de la voluntad de los esposos. En efecto

En punto al tema, ha precisado la jurisprudencia que el imperativo constitucional en lo que refiere a la protección y promoción de la institución familiar no es la duración del matrimonio -como una de sus formas de constitución-. Es lograr la estabilidad y armonía del grupo familiar, no solo como presupuesto social, sino como condición sine qua non para permitir la realización humana y el desarrollo integral de cada uno de sus miembros en un clima de respeto, óptima convivencia y libre expresión de sus sentimientos y emociones. Dichos objetivos no se garantizan ni se logran manteniendo vigente el contrato matrimonial, en aquellos casos en los que surgen diferencias, desavenencias o conflictos entre los cónyuges que hacen imposible o dificultan gravemente la convivencia y que perturban la estabilidad familiar, sometiendo a sus integrantes, entre los que se cuentan los hijos, a crecer y desarrollarse en un ambiente hostil o que afecta sensiblemente su proceso de desarrollo y formación.

(...)Si no es posible coaccionar a las personas para contraer matrimonio, pues por disposición constitucional y legal éste se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, tampoco cabe obligarlas a mantener vigente el vínculo en contra de su voluntad, aun cuando una de las finalidades del matrimonio

sea precisamente la convivencia. Interpretando el contenido del artículo 42 Superior. (CC, Sentencia C-821/05, Col).

A todo lo anterior podemos agregar que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se advierte un retorno a la reminiscencia del derecho romano clásico que exigía del matrimonio el requisito de la *affectio maritalis*, cuya ausencia determinaba la disolución de este. Un hogar formado en la orfandad del amor no resulta un escenario natural y propicio para el respeto del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad. No solo de los miembros de la pareja sino de la prole, por eso cuando los viejos juristas hablaban de otros efectos del matrimonio como el amor, la tolerancia y la defensa del honor conyugal, aunque no hacían hincapié en los derechos fundamentales que hemos señalado, si se referían en el fondo al hablar de tolerancia, al libre desarrollo de la personalidad, al referirse al honor conyugal y a la dignidad humana. Para el constituyente, es la estabilidad del grupo familiar el presupuesto del sistema social y el ligar propicio para el desarrollo de los seres humanos que integran el matrimonio. Se debe iterar que

La institución familiar persigue la estabilidad del grupo familiar como presupuesto del sistema social y como lugar propicio para el desarrollo integral de los hombres y mujeres que la integran, en todos los órdenes; de ahí que si el vínculo existente entre la pareja no garantiza, sino que, por el contrario, perturba la estabilidad familiar, desaparecen los intereses éticos, sociales y jurídicos que justifican su permanencia. Tampoco pueden invocarse estos argumentos como válidos en interés de los hijos menores, en razón a que si los padres involucrados en un conflicto

conyugal solicitan, individual o conjuntamente el divorcio, es porque, como intérpretes reales de las circunstancias vividas, consideran que a los hijos les resulta mejor enfrentarse a la realidad de una ruptura que verse abocados a crecer en un ambiente hostil. (CC, Sentencia C-660/00, Col).

Además, debe enfatizarse en la rotunda afirmación de la Corte al delegar a los cónyuges como interpretes reales de las circunstancias vividas, la ruptura del vínculo matrimonial y las circunstancias de que el divorcio. En sí mismo, el divorcio no representa un atentado a los derechos fundamentales de los niños a tener una familia, a no ser separados de ella, a tono con lo expresado por el constituyente, pues “es preferible el adecuado desarrollo emocional de un niño” que el crecimiento en torno a figuras de conflicto paternal que le proveerán de “malformaciones que luego serán la línea de conducta de sus propios hijos.” (CC, Sentencia T-523/92, Col).

La misma Corte Constitucional al examinar la evolución del divorcio en la década de los 60^a, pone de presente un cambio general del divorcio culpable al divorcio sin culpa. Al abordar el estudio sobre las últimas reformas producidas en distintos países en este campo refiere:

Una segunda ola de reformas también comienza a gestarse en los años 70. En esta década un grupo importante de países abrieron la puerta al divorcio unilateral, es decir, aquel que puede ser solicitado por cualquier cónyuge sin necesidad de demostrar el rompimiento de los vínculos maritales o la prolongación de la separación física. En 1971, Holanda introdujo la regla del divorcio unilateral. Esta línea fue seguida en 1974 por Suecia, en 1975 por Bélgica, en 1977 por Portugal y Alemania, en 1978 por Austria,

en 1979 por Luxemburgo, en 1983 por Grecia, en 1988 por Finlandia, en 1989 por Dinamarca, en 1993 por Islandia y Noruega, en 1996 por el Reino Unido, en el 2000 por Suiza y en el 2005 por España. En el caso de Estados Unidos, durante esta época 34 de sus estados adoptaron el divorcio unilateral; Utah y Dakota del Sur lo hicieron en los 80.

Por ejemplo, en el caso del Reino Unido, al amparo del Family Law Act de 1996, basta con que uno de los cónyuges manifieste que el vínculo matrimonial ha terminado para que el juez declare el divorcio.

En España, una reforma del año 2005 -Ley 15/2005- eliminó las causales taxativas de divorcio y abrió la posibilidad de que la disolución del matrimonio sea solicitada por cualquier cónyuge, en cualquier tiempo, después de transcurridos los primeros tres meses de matrimonio. En este sentido, el artículo 5 de la Ley 15/2005 – que modifica el artículo 86 del Código Civil- dispone que “[s]e decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. Como se indica en la exposición de motivos de la ley, esta reforma buscó fortalecer la libertad como fundamento del ordenamiento jurídico español y garantizar que el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad cobre mayor trascendencia en el ámbito matrimonial. (CC, Sentencia C-985/10, Col).

En suma, en el seno de la Corte Constitucional, el reconocimiento de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libre expresión de los sentimientos,

libertad, intimidad, y autonomía de la voluntad se constituyen en la piedra angular sobre las cuales se edifica el derecho matrimonial. La inalienabilidad de los derechos de la persona, instituyen criterios suficientes de interpretación para afirmar que no se puede obligar a la convivencia marital en contra de la voluntad de los cónyuges. De contera, resulta innegable que el moderno constitucionalismo reconoce la carencia de la *affectio maritalis* como el siguiente paso lógico en el amparo de las garantías familiares, para erigir ésta como única causal de divorcio poniéndose a tono con los renovadores corrientes doctrinarias que vienen admitiendo el divorcio unilateral o incausado.

Es el reconocimiento de la trascendencia de la voluntad del individuo para contraer matrimonio o para separarse cuando no se desea seguir vinculado al otro cónyuge por falta de amor. Esto lo que defiende como valor supremo nuestro ordenamiento jurídico cuyo reflejo ha de tener asistencia en el campo del matrimonio por su innegable trascendencia social. Como lo ha dicho reiteradamente la Corte Constitucional, se constituye en la base fundamental de la sociedad al punto de dispensarle una protección especial a la familia y a los miembros que la integran, protección que se encuentra diseminada en la Carta Fundamental, artículos 1, 5, 15, 28, 33, 42, 44, 45, 46 y 47, entre otros.

Persistir en interpretaciones crudas y exegéticas de la institución familiar, infringiría el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la escogencia libre del Estado Civil, y edificar un proyecto de vida, de quien decida no seguir conviviendo con su cónyuge, imponiéndole, el deber de continuar con consecuencias que repercuten en el campo de la dignidad humana.

También en el ámbito patrimonial sus efectos son innegables. Si se impusiera un derecho alejado de la *realitas*, aún contra la voluntad de los cónyuges continuaría vigente la sociedad conyugal, hasta que se pronunciara sentencia de disolución del vínculo por alguna de las causales que taxativamente establece la ley civil, dejando a los compañeros, sin la posibilidad de incrementar su patrimonio, afectando la Libertad de Industria y Económica quedando en una especie de petrificación patrimonial.

Son graves, asimismo, los efectos en la limitación de la órbita de la libertad personal de los sujetos. Uno de los cuales ya no quiere compartir su proyecto de vida con el otro, manteniendo esta relación que no está fincada en el fundamento del matrimonio como lo es el amor. Ataca la dignidad humana, y carece de justificación constitucional, como resulta también desproporcionado someter a los cónyuges a ventilar a estrados judiciales, aún en contra de su voluntad y de su manera de pensar las causas del divorcio. Las causales clásicas, como la drogadicción, conducta tendiente a corromper al otro cónyuge, depravación, alcoholismo, infidelidad, lesionan gravemente el honor conyugal y la intimidad familiar; ámbito que el Estado no puede invadir porque pertenece a la esfera íntima de las personas salvo que ellas lo quieran ventilar voluntariamente.

Es cierto que el artículo 42 de la Carta, le confiere al Estado amplia Libertad configurativa, para establecer las causales de divorcio, o como lo dice el artículo 42, al dejar en sus manos la regulación de las causas de disolución del matrimonio. Pero ni la propia intervención jurídica del poder en el ámbito de la autodeterminación puede, en caso alguno, vaciar de contenido este derecho, ni retraer ilegítimamente su ejercicio:

debe procurar una finalidad constitucional válida y responder a un criterio de razonabilidad y proporcionalidad en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por eso el margen de configuración legislativa debe respetar “(...) los fines específicos que se quieran alcanzar y los medios adecuados para ello, sin desconocer los mínimos de protección ni adoptar medidas irrazonables o desproporcionadas.” (CC, Sentencia C-507/04, Col).

Diáfano es que ni la propia intervención jurídica del poder del Estado a través de la legislación, en el ámbito de la libertad y autodeterminación, dignidad, intimidad, puede invadir el contenido de los Derechos Fundamentales, ni obstaculizar ilegítimamente su ejercicio. Se debe procurar una finalidad constitucionalmente legítima, válida, cimentada en criterios de racionalidad y proporcionalidad, privilegiando en la ponderación de principios y derechos fundamentales aquellos que constituyen la esencia de nuestra institucionalidad, como la dignidad humana, principio fundante de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

8.2. Tolerancia a la diversidad

No puede perderse de vista que nuestra que la Carta Política de 1991 se expidió como resultado de un proceso que juzgaba necesario un nuevo pacto social. Fueron necesarias unas reglas que contaran con el consenso de disímiles tendencias filosóficas y políticas, para establecer las nuevas bases de convivencia social, erradicando la desigualdad social y en el seno de la familia, en la búsqueda de una

coexistencia pacífica, justa, ajena a la violencia en el campo social y específicamente en el seno de la familia (Manrique Reyes, 1991). Para ello el constituyente debió tener presente las normas protectoras de los derechos humanos de carácter internacional, con el propósito de superar las desigualdades en el orden familiar, teniendo como faro la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Específicamente en el ámbito familiar se habían iniciado algunas tímidas reformas que trataban de interpretar las tendencias discusiones que a nivel internacional se venían presentando a finales desde la década de los años 80. Se puso en discusión la concepción autoritaria de la familia, se trataba de poner a tono nuestra legislación de las nuevas corrientes jurídicas que soplaban en el hemisferio para reemplazar la familia patriarcal.

La Corte Constitucional, en copiosa jurisprudencia, al examinar las normas diseminadas en nuestra Constitución Política referente a las distintas formas de la constitución de la familia y al régimen jurídico que las gobiernan ha definido de muchas maneras a la familia. Entre estas, como una comunidad de personas unidas por vínculos naturales o jurídicos, fundando “su existencia en el amor, respeto y solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos.” (CC, Sentencia C-271/03, Col).

Esta definición jurisprudencial es comentada por Bolívar Sánchez (2021), refiriendo una conformación y configuración de la familia, con gran diversidad en sus

relaciones, y en su composición y concepción. Se reconocen los impactos de la autonomía y libre determinación del individuo, especialmente

(...) en la dinámica social, generando debates, cuestionamientos, y especialmente movimientos sociales que muestran y ponen en evidencia la diversidad de familias, su composición, pero especialmente sus creencias y valores. Lo concluido en las sentencias muestra una dialéctica entre un avance normativo y un proceso social; por un lado, la normatividad reconoce cambios y busca materializarlos en la norma y por otro, la sociedad exige de sus representantes su reconocimiento, que a la vez genera debates de suma importancia para el bienestar y el reconocimiento de las familias diversas. (Bolívar Sánchez, 2021, p. 203)

La fiel interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, conduce a que la familia se puede constituir, por vínculos naturales o jurídicos, o por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Esto representa un reconocimiento expreso a la familia extramatrimonial, elevando a canon constitucional la protección de la unión marital de hecho que ya había establecido la Ley 54 de 1990. En realidad, examinando con detenimiento las normas constitucionales, se evidencia que la familia está articulada sobre una concepción pluralista por cuanto igual protección le dispensa a la familia formada por el vínculo matrimonial ya sea civil, católico o de cualquier confesión religiosa, y la familia formada al margen del matrimonio ya sea por la unión marital de hecho.

Y por igual, una sana hermenéutica de las normas referentes a la protección de la familia, así como su regulación, entre las cuales podemos citar los artículos 5, 13, 14,

40, 24, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52 y 53, normas constitucionales, que en apretada síntesis podemos decir propugnan por la protección del derecho inalienable de la familia y de los miembros que la integran, considerándola como una institución básica de la sociedad. El derecho a la igualdad de los miembros, cónyuges entre sí, estableciendo que las relaciones de familia se fundan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja, y el respeto recíproco de todos sus integrantes, la igualdad de los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, con su pleno derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Todo lo anterior, sin dejar de lado la inviolable dignidad humana, y obedeciendo al carácter antropocéntrico constitucional, fundado en la solidaridad de las personas que integran el núcleo familiar. En ellos surgen las obligaciones y derechos de las personas que viven en unión libre o en matrimonio, cuyo desconocimiento está sancionado por la ley. Por eso se destacan allí la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, sostenimiento y educación de los hijos.

En suma, la familia como institución básica e imprescindible en nuestra organización social, se puede constituir por vínculos naturales como la unión marital de hecho de parejas heterosexuales, de parejas del mismo sexo, también pueden existir familias monoparentales por muerte, abandono del padre o la madre del seno familiar familias constituidas con hijos de crianza todas ellas fundadas en la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges y de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, procreados naturalmente o concebidos artificialmente relaciones jurídico

familiares fundadas en la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, intimidad familiar libertad, dentro de una concepción pluralista respetuosa de las creencias filosóficas y religiosas de quienes la integran.

8.3. Avances científicos

Otro de los aspectos que más se discuten en nuestros tiempos tienden a los grandes avances científicos que replantean los derechos reproductivos, en el seno de la institución familiar. Existen ya algunos avances sobre temas de bioética, reproducción humana asistida, fecundación invitro heterologa y homologa, y la locación de vientres, en Francia, España, Argentina, Noruega, Suecia y está abierta la discusión, desde el punto de vista jurídico y ético, se ha hablado de los derechos reproductivos desde la Conferencia Mundial de Población Y Desarrollo Celebrada en el Cairo en 1994 y en la Convención de la Mujer en Beijing en 1995 y Conferencias Mundiales en torno al tema como las Cuartas Jornadas Sanjuanences del Derecho Civil de 1989 en las que se acometió el tema de la disposición del propio Útero en Orden a la Maternidad por otro y las Segundas Jornadas Marplartences de Responsabilidad Civil, que estudio el tema de la práctica de la maternidad subrogada.

La ciencia expone que:

Los impulsos, ambiciones, fantasías y deseos que mueven la historia humana se hallan, al menos en parte, codificados en el genoma humano. Y la historia, a su vez, ha seleccionado genomas que alimentan esos impulsos, ambiciones, fantasías y deseos. Este círculo lógico autocumplido está en el origen de algunas de las cualidades más

admirables y memorables de nuestra especie, pero también de algunas de las más reprecensibles. (Mukherjee & Mielke, 2017, p. 565)

El derecho, por supuesto, no luce indiferente a este panorama. La reproducción asistida y los avances de la ingeniería genética, representan uno de los más grandes desafíos que enfrentan los sistemas jurídicos del derecho legislado y del *comon law*. Como lo estudió Paniza Fullana (2017), verdad biológica, realidad jurídica y el interés del menor chocan al momento de definir judicialmente las relaciones familiares a la luz de los nuevos avances científicos. La filiación, y su clásica interpretación abarca hasta condicionamientos contradictorios, “haciendo incoherente el actual sistema instaurado con las nuevas demandas sociales, algunas incluso claramente contrarias a nuestro ordenamiento jurídico”. En Europa, la gestación por sustitución, filiación y registro civil emiten su propia visión de lo que se debe considerar como relación familiar, unas veces en amparo a la realidad biológica y su búsqueda insaciable de la sangre verdadera; otras en reivindicación a los llamados vínculos de afecto o relaciones de *facto*.

Esta última posición, es la que defiende con esmero Varsi Rospigliosi (2017). Los cambios científicos, demuestran la tendencia actual de determinar el nexo filial por la prevalencia de la voluntad, lo cual ha desplazado al aspecto biogenético. Según el autor, se debe anteponer el factor crianza a los lazos biológicos, puesto que los lazos forjados en las relaciones de afecto, construye lazos más fuertes que los biológicos. El amor y el afecto se irán incrementando al pasar de los años. Se formará una familia derivada de los cambios actuales, pero refundida en el amor.

De otro lado, las normas jurídicas constitucionales y legales que gobiernan las relaciones jurídicas familiares, establecidas en las diferentes legislaciones, resultan insuficientes para resolver los problemas jurídicos que surgen en torno al tema. Encontrar la solución adecuada a estos desafíos que respete la dignidad humana, el derecho a procrear y el respeto a los derechos reproductivos, es tanto como encontrar la piedra angular del derecho de familia, pues para nadie es un secreto que los países donde se ha legislado sobre este tema se han planteado agudas controversias jurídicas, éticas y religiosas. Con mayor razón se presentarán en aquellos sistemas como el nuestro, en el que la legislación no ha regulado estas técnicas.

Si bien hay un vacío legislativo en Colombia, sobre la disciplina aplicable a la materia que se viene comentando, en materia jurisprudencial si se han producido pronunciamientos relevantes en derechos reproductivos. En reciente precedente de unificación se dijo:

Los derechos reproductivos se encuentran contemplados en los artículos 16 y 42 de la Constitución Política que establecen, respectivamente, la garantía del libre desarrollo de la personalidad y el derecho de los individuos y las parejas a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”. Así mismo, la protección de los derechos reproductivos se deriva de mandatos constitucionales como la dignidad humana, la protección de la integridad personal y la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

A su vez, han sido reconocidos en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), el cual

establece el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de hijos e hijas, el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, a la educación y a los medios que les permitan ejercer tales garantías.

De igual modo, los derechos reproductivos se fundamentan en normas internacionales de carácter vinculante como los artículos 10 y 12 de la CEDAW, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[220]. Además, su importancia ha sido resaltada en documentos como la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing relativa a los Derechos de las Mujeres.

Además, los derechos reproductivos han sido reconocidos como derechos fundamentales de manera reiterada y sostenida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir del año 2000 y su ámbito de protección se ha consolidado desde ese momento. De este modo, esta Corporación ha señalado que el ejercicio de los derechos reproductivos “supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, “si bien los derechos sexuales y reproductivos protegen a todas las personas y constituyen, en principio, dimensiones garantizadas en otros derechos fundamentales, su emergencia

específica e independiente responde a la necesidad de enfrentar la persistente discriminación histórica que han soportado las mujeres”.

Así, esta Corporación ha sostenido en forma reiterada que los derechos reproductivos, en tanto derechos fundamentales, reconocen y protegen dos aspectos fundamentales: (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva y a la información sobre los mismos. (CC, Sentencia SU074/20, Col).

En efecto, deben replantearse los alcances del derecho a procrear atendiendo los avances de la genética. Quienes han tenido un acercamiento sobre el tema, saben que en la actualidad en diversos países y en Colombia se están ofreciendo tratamientos de inseminación artificial, fecundación in vitro y locación de vientres.

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga. Aquella es la que se realiza con material ontogénico de ambos cónyuges o en el caso colombiano, también de los compañeros permanentes y ésta es en la que se utiliza material ontogénico proveniente de un tercero ajeno al matrimonio o a la unión marital de hecho.

A la luz de las legislaciones de estirpe latina y especialmente la colombiana el hijo nacido de mujer casada se presume que es hijo del marido, por tanto, pareciera que no suscitara ningún problema jurídico la inseminación artificial homóloga. Sin embargo, esto no es así, pues puede suceder que la mujer se insemine artificialmente sin el consentimiento del marido, o que la misma fuera inseminada sin su consentimiento mediante dolo o poniéndola en estado de inconciencia.

Ante el dilema de prohibir la implementación de técnicas de reproducción asistida, a espaldas de los avances de la genética o establecer una regulación jurídica que la implementación de estas técnicas, se debe acometer una investigación profunda tendiente a escudriñar y resolver los colosales problemas jurídicos que se han puesto de presente. Se debe tener en cuenta los principios y valores que fundan nuestro sistema político, y desde esa perspectiva el tema adquiere un inusitado interés por la importancia que implica la regulación de la conducta humana en el campo de la reproducción, con miras a la convivencia pacífica.

8.4. Conceptualización jurisprudencial de la familia.

Desde el advenimiento de la Constitución de 1991, se creó una institución situada en el vértice y centro del ordenamiento constitucional con el fin de guardar la integridad y supremacía de la Constitución Política. La Corte Constitucional, en fiel cumplimiento del artículo 241 ídem, rebasa los marcos comunes de la simple exegesis y la indagación histórica, a fin de lograr el llamado derecho viviente. En efecto, como lo decidió el Constituyente de 1991 al germinar una jurisdicción constitucional, se encomendó un control de índole jurisdiccional que interpretara la adecuación de todos los textos normativos a la norma superior (Sánchez Sánchez, 2004) .

Debe reconocerse que el ordenamiento constitucional contiene una serie de principios socio-jurídicos que orientan a cada una de las instituciones del Estado y a cada uno de sus asociados. En sus principios fundamentales (Artículos 1 a 10 Constitucionales), por primera vez, se enmarcaron una serie de normas de gran calado

dogmático como el reconocimiento de los derechos humanos, y el conocimiento de que Colombia es un Estado pluriétnico y pluricultural. Cabe agregar que el pluralismo abarca una doble concepción, por un lado, el reconocimiento de diversos intereses, estructuras sociales y comportamientos merecedores de la protección constitucional; por otro, se enaltece el carácter democrático al detallar diversas visiones de la realidad social. Todos estos aspectos confluyen, en una razón de ser del Estado, cual es la plena e integral vigencia de las garantías fundamentales, de tal manera que se facilite la realización del individuo, satisfaciendo sus esperanzas y expectativas (Manrique Reyes, 1991).

Es claro que la institucionalidad del Constituyente de 1991 no podía pasar sin pena ni gloria por el derecho de familia. El marco normativo de la realidad constitucional influye como una reivindicación de la institución familiar como núcleo esencial de la sociedad colombiana (art. 42). Aspectos como la igualdad de derechos y deberes de sus miembros, resultan un aspecto novedoso de cara a la raigambre histórica del derecho colombiano. Temas como la intimidad familiar y derechos de autodeterminación, también juegan un papel preponderante contra limitaciones Estatales que riñen contra la dignidad de los ciudadanos.

En ese cometido, se han aportado acelerados cambios propios de la sociedad en temas relacionados con la familia, algunos de los cuales han servido para erigir conceptos que irradian en todo el ordenamiento jurídico. Y es que más allá de los grandes debates y controversias surgidas entre las diferentes disciplinas y doctrinas jurídicas, hay una realidad que es incontestable: la irrenunciable dignidad de las

personas en el Estado Social de derecho. La efectividad de la dignidad humana y los derechos fundamentales ha inspirado una misión abnegada en el reconocimiento de una nueva naturaleza y formas en las que se manifiesta la institución familiar.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el concepto de “familia” es amplio y debe reconocer diversas y variables formas de constitución social. Que precisamente por eso la Constitución Política eliminó, de manera definitiva, cualquier distinción entre el matrimonio y uniones de hecho. Tal ha sido el avance en el reconocimiento de derechos, que se ha llegado a reconocer que la familia no solo incluye la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que abracan lazos de extrema solidaridad que se engendran en el seno de relaciones humanas. De esta manera la Corte Constitucional, como interprete máximo de la Constitución Política, ha tomado el análisis de situaciones en donde ha definido los alcances de la institución familiar, siguiendo a un periodo de flexibilización del rigorismo legal imperante en el derecho patrio.

En la Sentencia T-503/99, se estudió el caso de un trabajador de la Cervecería Aguila S.A., que fue trasladado a una ciudad lejana a su núcleo familiar. El distanciamiento ocasionó profundos daños emocionales en sus miembros, especialmente en el niño de la pareja que fue sometido a profundos traumas psicológicos derivados de la ausencia paterna. Esta decisión considera a la familia como una forma de asociación reconocida por el Estado e institución básica de la sociedad; propone que su constitución y disolución modifican el estado civil de los cónyuges o compañeros. Se enfatiza “la especial naturaleza de la familia” reflejada en

la “consagración de derechos colectivos como los de la comunidad familiar a su honra, dignidad e intimidad (C.P. art. 42)”. En criterio de la Corte Constitucional, la familia es un ente societario que materializa derechos subjetivos como la “privacidad (C.P. art. 15), y su correlato en la garantía de que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra los familiares...” (CC, Sentencia T-503/99, Col).

Resulta interesante destacar, que se plantea una correlación entre la sociedad familiar y compañía laboral, permitiendo una participación, cuando se pretenda hacer uso de un traslado que afecte los miembros de la familia. Se expone que las sociedades no pueden ignorar los cambios “que reconoció e introdujo la Carta Política de 1991 en la organización de esa comunidad parental” ya que la autoridad no se encuentra fijada simplemente por un criterio patriarcal, sino que debe facilitarse la participación de toda la familia, en especial la de los niños.

En la Sentencia T-572/09, se deja un panorama mucho más flexible de los que se debe entender por familia. Se trató de una acción de tutela interpuesta por una presunta actuación arbitraria en el restablecimiento de derechos de un niño. En la misma se realiza una aproximación al concepto de familia de la Constitución, comenzando por raíces clásicas ligadas al matrimonio. No obstante, se precisa De manera más amplia, el artículo 42 Superior dispone que la familia se conforma “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (CC, Sentencia T-572/09, Col).

(...) que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. (CC, Sentencia T-572/09, Col).

Así mismo, en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia, se estudió su naturaleza como un derecho fundamental en sí mismo, o uno de carácter prestacional. Ambas tesis son antagónicas, en tanto que la realización fundamental de la familia implicaría la obligatoriedad del Estado en adoptar medidas para su protección, “pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección”; mientras que su determinismo prestacional se reduciría a las condiciones económicas que permitan su realización. En particular, la Corte Constitucional no pareciera inclinarse en el caso a una posición concreta, limitándose a afirmar que “*dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección.*” (CC, Sentencia T-572/09, Col).

9. UNA MIRADA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA FAMILIA

9.1. Conceptos clásicos de familia

La familia humana es, en términos de Lévi-Strauss (1992b), una institución natural y artificial o cultural, en donde los seres humanos pasan de un estado de la naturaleza a regular de manera espontánea sus relaciones sociales. Muchas veces a partir de paradigmas impuestos por la comunidad, mediante la coacción de evitar crueles sanciones, en pro de imponer comportamientos individuales.

La actitud en comentario, desde sus orígenes ha conmovido al derecho, al punto de que se ha tratado de definir el fenómeno familiar desde el régimen jurídico. Para un jurista francés, la familia es el conjunto de personas “unidas por el matrimonio o por la filiación, por el parentesco y la afinidad, resultantes estos del matrimonio y la filiación”(Carbonnier, 1955, p. 36).

Por parte de Perrino (2006) se alude que la familia es la institución natural formada por el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos interdependientes y recíprocos, emergentes del matrimonio, la procreación y el parentesco, que tiende a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal, terreno y trascendente.

Para los hermanos Mazeaud, la familia está constituida por:

“El grupo formado por las personas que, en razón de sus vínculos de parentesco o de su calidad de esposos, están sometidos a la misma comunidad de vida y en la cual los esposos aseguran en conjunto la dirección moral y material”(Mazeaud et al., 1898, p. 36).

La jurisprudencia también ha tratado de dar su punto de vista. Y en una decisión bastante reiterada el Alto Tribunal Constitucional, la define como:

“aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que fundan su existencia en el amor, el respeto, la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximo” (CC, Sentencia C-271/03, Col).

Con todo, estas definiciones se han visto en intrincados problemas para abordar el derecho familiar en su integridad. La sociedad de la posmodernidad ha transformado la famosa comunidad de personas en modelos cambiantes, de difícil desarrollo por el derecho y que reclaman un reconocimiento y desarrollo jurídico con un especial énfasis en la tolerancia a la diversidad. Las normas se ven cuestionadas por la falta de su adecuación social, y el desarrollo jurisprudencial luce como lo más adecuado, pero no siempre lo más acertado, para regular las nuevas relaciones familiares.

9.2. Evolución del concepto de familia

Al analizar la visión clásica de la familia, fácilmente se comprende que no responde a los cambios sociales ocurridos en nuestra época. Abordar el concepto en la actualidad, resulta ser extremadamente complejo, fenómenos como la globalización y el acceso cada vez más universal del internet y de las redes sociales; los avances de la ingeniería genética han tenido repercusiones en el mundo del derecho específicamente en la institución familiar. La transculturación y otras situaciones como el reconocimiento de los derechos de las comunidades LGBTIQ+, así como la protección de la diversidad

cultural y étnica establecida en la Carta Política ponen de presente que los estereotipos sobre el concepto de familia han sido superados por la realidad social; en efecto, han surgido nuevas formas de estructuración que demandan un ajuste de las normas jurídicas que tratan de regular las nuevas formas de composición familiar.

En efecto, desde una perspectiva jurídica europea se ha reconocido:

Las crisis y dificultades sociales, económicas y demográficas de las últimas décadas han hecho redescubrir que la familia representa un valiosísimo potencial para el amortiguamiento de los efectos dramáticos de problemas como enfermedades, la carencia de vivienda, la drogodependencia o la marginalidad. La familia es considerada hoy como el primer núcleo de la sociedad, siendo más que una unidad jurídica, social y económica es ante todo, una comunidad de amor y solidaridad. (Instituto de Política Familiar, 2013, p. 3)

Desde una óptica regionalista, de otro lado, los estudiosos del derechos han formulado una interpretación a partir la posición de los altos tribunales, especialmente la Corte Interamericana. Para éstos, la institución familiar se concibe como un elemento social y natural, constituida por el afecto matrimonio y filiación, sin existencia de un modelo específico, *“se entiende que familia son todos los grupos de personas que están emparentadas entre si juntos o bien un conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”* (Angulo Pérez, 2015).

En este punto, la doctrina en comento, citando a Gough, alude a que la familia estaría conformada por quienes viven juntos en un espacio por un tiempo considerable

conformada de diversas formas entre ellas, planteando la existencia de tres modelos familiares muy definidos, así:

familia nuclear conformada por padres e hijos;...; familia extensa, además de la familia nuclear incluye a los abuelos, tíos, primos y otros parientes, sean consanguíneos y afines; familia monoparental, en la que el hijo o hija viven solo con uno de los padres y otros tipos de familias, aquellas conformadas únicamente por hermanos, amigos, (donde el sentido de la palabra familia no tiene que ver con el parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimiento, como la convivencia, solidaridad, quienes viven juntos en un mismo espacio por un tiempo considerable (Angulo Pérez, 2015, p. 38).

9.3. Concepto de familia en el contexto internacional

Apegado a esto sostiene Angulo Pérez (2015). la Declaración Universal de Derechos Humanos, manifiesta en su artículo 16.3 que la familia es un elemento natural o esencial para la sociedad recayendo en el estado quien debe proteger a dicha institución.

Dicha regulación, la comprende en el mismo sentido la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17.1; en efecto, la familia es el elemento fundamental de la sociedad “que ha evolucionado respecto de su integración, sin existir un modelo específico en su totalidad conformado por afecto, matrimonio o filiación” (Angulo Pérez, 2015, p. 4) .

(A/63/635, 2008) Y es que no se olvide que el 22 de diciembre de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptó la Declaración sobre Derechos Humanos e Identidad de Género, y en la Carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Representantes Permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas, reafirmaron “El principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género” (A/63/635, 2008)

Lo anterior porque tradicionalmente, desde la expedición del código de Napoleón en occidente se le dio preeminencia a la familia surgida por el hecho del matrimonio y excepcionalmente a las uniones maritales de hecho, pero en las legislaciones de los estados no se reconocía otro tipo de familias; esto, vino sucediendo de manera lenta e inexorable, comenzando por la tutela a la diversidad sexual, ese proceso también se dio en Latinoamérica donde poco a poco se fue dando reconocimiento a las parejas homoparentales, al punto que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, señaló que:

Las parejas homosexuales también tienen derecho a formar una familia, precisando que dentro de los derechos humanos se encuentra el derecho a conformar una familia y siendo un derecho inherente a toda persona, sin excepción de sexo, le corresponde al estado prevalecer y salvaguardar este derecho para su cumplimiento, por tanto no existe un prototipo de familia que el derecho deba proteger, en todo caso, corresponde a la legislación nacional establecer las regulaciones particulares respecto

a la familia sin perjuicio del derecho esencial establecido en este instrumento internacional (OHCHR, 1996, Ivan Somers v. Hungary).

Conviene precisar, y en esta línea se comparten los planteamientos de Esborraz (2015), que el concepto constitucional de familia, en América Latina, no entendemos solo la noción que la misma puede inferirse de los textos constitucionales, sino también la que se deduce del bloque de constitucionalidad. Estos instrumentos lucen comprensivos de cara a los diferentes modelos del fenómeno familiar, pero es necesario asimismo puntualizar

que la familia no ha sido conceptualizada expresamente en ningunas constituciones de América Latina- tanto históricas como vigentes- y en ninguno de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que integran el referido bloque de constitucionalidad (Esborraz, 2015, p. 17).

Es claro entonces, que las nuevas formas de constituir familia se distancian cada vez más del modelo de familia nuclear basada en el matrimonio y en el patrimonio genético para desplazarse al fundamento socioafectivo, dejando las relaciones sexuales cada vez más al margen del matrimonio como una nueva concepción cultural que se arraiga cada vez más en las nuevas generaciones.

En suma, las formas de emparejamiento de los distintos grupos humanos son múltiples y persiguen fines dispares unos la procreación otros el socorro, la ayuda mutua y solidaridad. También suelen vivir en un mismo techo o en lugares distintos según las perspectivas que tiene en el desarrollo de su proyecto de vida, pero parece que las formas convivenciales están evolucionando a ritmo acelerado y dentro de ellas

surgiendo vínculos poliamorosos que ponen en jaque los sistemas de determinación de parentesco y que desafían también la concepción del concepto de familia, donde ya no se encuentran posiciones absolutas y unívocas.

Sentadas las bases anteriores, podemos concluir que no existe una definición específica y estereotipada de la institución familiar, ni respaldada por el ordenamiento interno o por los estándares internacionales que no pueden establecer un prototipo de familia al que el derecho debe proteger, sino que depende de factores sociales, culturales que le dan su contenido. Podríamos afirmar categóricamente que la noción de familia no está basada solamente en el matrimonio sino en muchas otras formas de conformación surgida a raíz de los fenómenos a los que aludí anteriormente y que tiene su fuente en la convivencia, solidaridad, sentimientos de amor y afecto que vinculan a personas que viven juntas en un mismo espacio con vocación de permanencia.

En la práctica al estudiar el último enunciado, por parte de la doctrina se realizan análisis en torno al objetivo primordial del artículo 42 de la Constitución Política, aduciendo que

En la práctica el enunciado literal ha resuelto estrecho frente a la multiplicidad de prácticas personales y a la diversidad de familias, lo que necesariamente ha conducido a integrar la institución, especialmente los relacionados con los derechos de dignidad, diversidad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, junto a la condición y derechos de los “sujetos de especial protección constitucional”, haciendo que el concepto de familia resulte extremadamente complejo, que no pueda ser unívoco y

que, sobre todos, implique un plexo de derechos siempre puestos en tensión al interior de la institución familiar (Quinche Ramírez & Peña Huertas, 2013).

Lo anterior resulta decisivo si se considera que el desempeño de la familia en Colombia supone el escenario de una sociedad liberal y pluralista, en la que ciudadanos libres e iguales pueden convivir bajo un régimen constitucional, a pesar de pertenecer a doctrinas compresivas (religiosa, filosóficas y morales) profundamente opuestas entre sí, como la entendido la Corte Constitucional, destacando que

El concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo. De suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificado a esta última con aquella surgida del vínculo matrimonial (CC, Sentencia T-572/09, Col).

Acorde lo expuesto, podríamos intentar una definición de la familia, que abarque todas las formas de constituir familia sin ningún tipo de discriminación y de cuya columna vertebral debe surgir el nuevo derecho de filiación basado, no solamente en el patrimonio genético, sino especial y fundamentalmente en el patrimonio socioafectivo en la solidaridad, libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad humana.

9.4. Concepto de familia desde la óptica de esta autora

Respecto a esta materia, se propone que la familia es un sujeto constitucional, núcleo fundamental de la sociedad e institución fundada en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en la justicia, el pluralismo y en los principios de intimidad personal, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, autonomía, igualdad, no

discriminación, pluralidad, solidaridad, protección integral, unidad y realidad social, amor, respeto, socioafectividad, constituida por vínculos naturales o jurídicos, que genera una sociedad de ayuda mutua en el orden patrimonial y personal, y cuyo propósito es la búsqueda de la felicidad. La conceptualización expuesta pretende una reconciliación y sinergia entre los conceptos expuestos por la doctrina y jurisprudencia.

De un lado, los estudios del derecho que aluden:

A pesar de que tradicionalmente la familia ha gozado de una autonomía relativa en ciertos espacios de su vida cotidiana (como comunidad auto regulada para solucionar sus propios conflictos internos), ahora se admite la intervención del estatal en nombre de valores y principios constitucional superiores (Uribe Escobar, 2000, p. 39).

Y, por otro lado, como lo exponen los precedentes jurisprudenciales:

Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De

aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho (CC, Sentencia T-406/92, Col).

No resulta superficial iterar que el carácter antropocéntrico de la Constitución, impone una visión en el ser humano que adquiere una dimensión distinta, pues pasa hacer el centro de todo el ordenamiento jurídico, en el que, la dignidad humana, principio fundante de la Carta, irradia nuestra institucionalidad, en especial del núcleo fundamental de la sociedad (la familia).

Los seres humanos como criaturas sociales necesitamos vivir en sociedad, pero más que eso, en el seno de una familia donde pueda cumplir todos sus sueños, buscando en el esfuerzo colectivo, la colaboración, y solidaridad, la felicidad. La dignidad en el seno de la familia, implica la posibilidad de la autorrealización física, psicológica y emocional, en un clima de paz y libertad, donde se proscriba cualquier forma de violencia, y se tenga la posibilidad de ser escuchado en la toma de decisiones que nos afectan, en un plano de total igualdad. Como lo declara Uribe Escobar (2000)

Ahora la familia pertenece al orden político fundamental de la sociedad y del estado. Por esa razón era natural del constituyente procediera a regular varios aspectos esenciales de la célula familiar, pues representa aspectos que no pueden ser dejados al legislador y ámbito de las decisiones coyunturales adoptadas al vaivén de las mayorías políticas (Uribe Escobar, 2000, p. 50)

Valores como la dignidad humana y solidaridad tienen un marcado carácter ético, quizá el concepto de dignidad tiene la mayor carga ética valorativa:

La persona es el sujeto de la constitución y, como condición de la dignidad humana, la carta es portadora de derechos y deberes... De la dignidad humana se deduce, entre otros, los derechos inalienables a la intimidad, y a la libertad, que tiene una de sus más importantes expresiones en la autonomía personal o libre desarrollo de la personalidad (CC, Sentencia T-543/95, Col).

En el contexto del Estado Social de Derecho, la familia adquiere un nuevo significado impregnado de principios y valores de trascendencia constitucional. En ese sentido, el espacio primigenio en donde tiene su génesis la socialización humana, otorga importancia, a la salvaguarda de la intimidad contra injerencias arbitrarias y ajenas en la vida privada, y a los deberes de solidaridad entre los miembros de la familia y fuera de ella, que implica el socorro y la ayuda mutua y la corresponsabilidad de la sociedad y del Estado, para su protección. Esto último, referido especialmente a las personas más débiles que integran la familia, como los son los niños, niñas y adolescentes, las personas que sufren de deficiencias física, mentales o sensoriales, o las personas de la tercera edad, en cumplimiento del mandato del inciso 2 del artículo 13 de la Constitución Política.

La dignidad familiar también implica el respeto a la diversidad étnica y a los valores de las culturas ancestrales, sin desconocer los de la mayoría de la sociedad. Como consecuencia de lo anterior, su unidad y la fuerza vital de la familia, son factores que juegan un papel preponderante en el desarrollo de las sociedades, y en la búsqueda de la felicidad de quienes integran los núcleos familiares.

En palabras de la más autorizada doctrina

Dignificar a la persona implica reconocer que ella es un fin en sí misma, que cada individuo exhibe caracteres peculiares que componen su singularidad, que goza de la capacidad para autogobernarse, de distinguir entre lo bueno y lo malo, de razonar y elegir, y que reclama condiciones propicias para el pleno desarrollo de sus potencialidades. De ahí que la socialización del individuo deba tener como fuente la advertencia y el aprecio de su originalidad en lugar de apuntar hacia la homogeneización de su aspecto y de su conducta. Reconocer la dignidad humana implica aceptar y respetar la diversidad como genuina expresión del pluralismo característico de la sociedad democrática, apreciar la diferencia específica que identifica a la persona y le sirve de apoyo para avanzar en la realización de sus planes de vida, gracias a la capacidad de autodeterminación que promueve la creatividad y la iniciativa del individuo, que solo pueden desarrollarse a plenitud en cuanto se disponga de condiciones propicias, entre las cuales se destacan las que la preservan de la observación y censura ajenas. (Rojas Gómez, 2014, p. 29)

Partiendo de este tópico podríamos intentar una tipificación de las formas de constituir familia, pero haciendo énfasis en la socio-afectividad, especialmente en modelos jurídicos paradigmáticos, como los desarrollados en el nuevo código de familias cubano y en los tipos de familia reconocidos por la jurisprudencia nacional y extranjera.

10. NUEVAS DIMENSIONES FAMILIARES EN DONDE SE PRIVILEGIA EL AFECTO.

10.1. Discriminación y desigualdad familiar. Aproximación a un cambio

Profundos estudios se hicieron respecto de la supuesta inferioridad de la mujer, pero otros tantos de igual talante, demostraron la necesidad de igualar en todos los planos económico, social, cultural, político, al sexo femenino frente al masculino.

Estudios antropológicos demostraron, que, en la prehistoria, predominó el sexo femenino y que rigió, el matriarcado o derecho materno. Algunos estudios, atribuye a las mujeres el descubrimiento a la agricultura y la domesticación de animales

no solamente desarrollaron estas importantísimas actividades, sino que iniciaron también las primeras industrias domesticas: el control del fuego en la labor de la cocina, la preparación y conservación de alimentos; la invención de los equipos colaterales; la preparación de hierbas y raíces que constituyeron las primeras medicinas; el hilado y tejidos de las telas primitivas (Randall, 1973, p. 54).

Los juristas tampoco fueron pacíficos ante la iniquidad del trato marital. Valencia Zea (1957), trae un importante análisis en torno a la desigualdad entre los sexos desde el derrocamiento del matriarcado afirmando que, Engels fue uno de los primeros en advertir que la primera opresión de clases que aparecería en la historia fue la del sexo masculino por el femenino; el autor hace un análisis del origen de las principales civilizaciones, Egipto, China, Cananeo Israelita, Sumeria y Babilonia, para identificar los factores antropológicos, religiosos, psicológicos, culturales e histórico-sociales, que trataron de justificar las sociedades patriarcales, demostrando como en los inicios de

las civilizaciones no existía tal desigualdad, sino que ésta surge de la implantación del patriarcado y que las causas que los produjeron fueron el alejamiento de la mujer de la producción social, de la cultura y de la política, para culminar sosteniendo la necesidad de la igualdad.

La desigualdad se fundaba en el patriarcado, a la par de la monogamia como en la exclusividad y La subordinación de la mujer que esta directamente ligada a poder y propiedad en manos del hombre, poder en todos los ámbitos de la vida social, en la cultura, en la política, en la religión, en las artes, en la moral y propiedad de los medios de producción, en tanto que la mujer se le confina al hogar y se convierte en un instrumento del hombre a través de la sexualidad; instrumento de reproducción que se le deja asignada a la mujer en la legislación. El hombre ostenta todo el poder dentro y fuera de la familia y la manera para perpetuar y asegurar ese poder, es exigiendo la fidelidad de la mujer. El poder y la autoridad patrimonio exclusivo del hombre, certeza de la paternidad, certeza que le da solidez al lazo conyugal que solo el hombre puede romper, manteniendo el derecho a la infidelidad; infidelidad por parte del hombre primordialmente a través de la prostitución o de relaciones afectivas esporádicas, ya que como se ha sostenido tantas veces el concubinato público y notorio era también sancionado penalmente, aunque con menor severidad.

La familia patriarcal tiene un carácter preponderantemente autoritario, en el que los hijos y la mujer carecen de derechos económicos y sexuales. De esto se encargó la legislación de los países de occidente al decretar la incapacidad civil de las mujeres casadas; fuertemente influida por el derecho canónico, pero además y esto es

importante en su seno se incubaba la reproducción del orden social con una indiscutible función política de servir de fábrica de las estructuras ideológicas, culturales y económicas que sirvan para el mantenimiento a perpetuidad del sistema patriarcal “la familia es el aparato de educación por el que pasa necesariamente todo niño en nuestra sociedad”. Esta no solo le imbuje el espíritu autoritario que le es propio, sino que tiene un influjo conservador directo sobre la sexualidad. Aunque las familias varían algo según la clase social a que pertenece, en general, todas mantienen una moral sexual represiva.

En el imaginario colectivo, al que pertenece la familia patriarcal independientemente de las clases sociales se inserta la idea de matrimonio monogámico y vitalicio; de tal suerte que la sexualidad fuera de la familia y del matrimonio no tienen apoyo material, legal ni ideológico ni tampoco espacio en la sociedad, ya que se considera que la única forma de constituir familia es través del matrimonio y además que esta es una institución natural, contrariando los grandes hallazgos de antropólogos como Morgan (1971), Bachofen & García (1987) Lévi-Straus, (1992a) y Engels (1891), de cuyos estudios se llega a la conclusión de que el matrimonio es un fenómeno cultural.

El matrimonio funciona de una forma activa la ideología de la monogamia aceptada especialmente por las mujeres. Para las mujeres, es muy dura la ruptura de una pareja duradera. La opinión de los demás influye en su miedo de trasgredir la monogamia. Las relaciones extraconyugales de la mujer son criticadas con mucha mayor dureza que las del hombre, incluso si una mujer tiene relaciones sexuales con

varios hombres es denominada ignominiosamente sin que suceda lo mismo con el hombre, además esta moral sexual discriminatoria y represiva para la mujer es defendida mayoritariamente por la misma mujer. Esta actitud es inculcada desde la infancia a través de la educación autoritaria. Son argumentos de peso que logran que las mujeres mantengan matrimonios coercitivos que no les satisface. A estos aspectos que refuerzan la monogamia coercitiva se unen los intereses materiales que el matrimonio pone en juego. La dependencia económica de la mujer, el mantenimiento de los hijos, los bienes acumulados en común son barreras que se erigen contra la libertad sexual individual. Aquí juega un papel muy importante la ideología autoritaria que prescribe la continuación del matrimonio y evita los problemas sexuales que plantearía la disolución familiar.

La opresión y discriminación contra la mujer se ha visto reflejada no solamente en el plano individual, sino en el campo del matrimonio y en el producto de la concepción (la prole).

Es por ello que para mantener la familia monógama cohesionada se hace indispensable mantener las restricciones sexuales a la mujer dentro del matrimonio castigándose el adulterio y al hombre fuera de él castigándose el amancebamiento, creándose un clima favorable a la prostitución como válvula de escape para el deseo sexual masculino o la permisión de las relaciones sexuales esporádicas pre matrimoniales y fuera del matrimonio y esta forma de relacionamiento se reproduce de generación en generación.

El patriarcado elabora una ideología propia que le ayude a mantenerse, en este caso la psicología tradicional, que refuerza con sus estereotipos la diferenciación de los sexos. La ideología patriarcal se inserta en lo más profundo de la psicología individual. No necesita imponer por la fuerza la distribución de roles femeninos y masculinos, pues el sistema de valores está interiorizado en cada individuo. Entre los rasgos de la psicología femenina que el patriarcado marca en las mujeres encontramos los típicos de los grupos marginales, etc. desde la infancia ven que el círculo familiar la mujer es un inferior y termina aceptándolo como un hecho.

Por su parte la sociedad es patriarcal en cuanto asegura al padre la autoridad, y la familia es el modelo de toda la sociedad, pues jerarquiza a todos los individuos bajo el padre-macho-cabeza de familia. La familia, que es la encargada de socializar al individuo y conformarlo con las actitudes patriarcales, asegura la legitimidad y la reproducción de la estratificación social, se reitera, la mujer ocupa una posición secundaria, ya que realiza trabajos no pagados y sin castigo social. Su dependencia económica determina su dependencia psicológica e ideológica respecto del hombre. El matrimonio es un pacto basado en la necesidad económica. La familia es una unidad económica en la que la mujer y los hijos dependen del marido.

El mito de Adán y Eva refleja la imagen de la pareja según la ideología patriarcal. Eva, la mujer, con su imprudencia tiene el pobre Adán y le arrastra a la desgracia. Adán. El hombre, no puede vivir solo, pero la mujer le hace infeliz. El castigo de Adán y Eva establece la división de funciones según el sexo: al hombre le corresponde ganarse el pan con el sudor de su frente y a la mujer parir con dolor. La

maldición original que pesa sobre las mujeres, el encierro familiar, las caras y el dolor de la maternidad, están justificados por el pecado de la primera mujer. La biblia resulta ser el documento más extraordinario en que se soporta la sociedad patriarcal...

Aunque en la antigüedad, las concubinas tuvieron algún reconocimiento y protección por parte de algunos ordenamientos jurídicos (Vélez & Hurtado, 1994), la regla general fue de la censura y el castigo a estas relaciones, la censura para el concubinato perfecto⁵ y el castigo mediante penas de prisión o destierro para el concubinato imperfecto⁶, a los hijos nacidos de estas últimas uniones se le denominaban peyorativamente hijos adulterinos, sacrílegos, o de dañado y punible ayuntamiento.

En materia de filiación, de otra parte, las Leyes revolucionarias, es decir, las expedidas dentro de la revolución francesa y hasta la expedición del Código de Napoleón acogieron el principio de la igualdad, pues se suprimió la llamada primogenitura y se llamó a heredar a todos los hijos sin distinción de sexo u origen.

Los revolucionarios franceses, sustentaron toda su teoría filosófica y política en los principios de igualdad, fraternidad y libertad, que llevó a equiparar los derechos de los hijos legítimos con los naturales y no solo hacia al futuro sino con efecto retroactivo, sin embargo, el código civil de 1804, con el propósito de proteger la institución matrimonial, estableció una discriminación profunda entre las uniones fuera del

⁵ Es el estado de vida común que hacen un hombre y una mujer, que pudiéndose casar libremente entre sí, no están unidos por vínculo matrimonial, como la unión de solteros y los viudos.

⁶ Concubinato imperfecto, existían varios, el primero consistía en el adulterio de la mujer casada, el segundo lugar el concubinato de los clérigos, llamado también barraganía, y en tercer lugar, el concubinato establecido entre un hombre y una mujer vinculados entre sí por lazos de parentesco en línea directa o recta o colateral.

matrimonio y las matrimoniales y como consecuencia de ello, arrebató la protección que la ley revolucionaria había otorgado a los hijos extramatrimoniales.

Para Portalis (2020), uno de los corredactores del Código Civil Francés, la familia, es el santuario de las costumbres, es allí donde las virtudes privadas preparan las virtudes públicas: es en ella donde los sentimientos de la naturaleza nos disponen a llenar los deberes que nos son impuestos por las leyes.

La familia es una institución, (la primera de las instituciones) y el matrimonio es el “acto de su fundación”(Renard, 1930), adquirió así el matrimonio un protagonismo en el orden de la legitimación de la prole desquiciándose las relaciones extramatrimoniales y así se dijo que:

Toda legitimidad encuentra su fuente en el matrimonio; en principio, no puede ser atribuida a un hijo cuyos padres no se han unido en lazos conyugales o que no depende de esa unión... la legitimidad es un efecto del matrimonio, nace de él (Rivero Hernández & Lacruz Berdejo, 1971, p. 35)

La concepción clásica de la familia, era de carácter nuclear, monógama⁷, heterosexual, con preponderancia del padre a quien se le atribuía la patria potestad, mientras que a la madre se le confinaba a las labores domésticas al cuidado de la prole y una vez contraía matrimonio perdía su capacidad, esa concepción se fue debilitando a través del tiempo; pero a raíz de nuevos fenómenos socio-culturales, afectos a los

⁷ Fue hasta la ley 28 de 1932, que se le concibió la capacidad a la mujer casada para administrar sus bienes,

movimientos de emancipación o liberación de la mujer, comenzaron a tener incidencia en la vida familiar.

El código de Napoleón confió el reconocimiento del hijo por un acto voluntario del progenitor y se le negó la acción de investigación de la paternidad extramatrimonial, permitiéndolo sólo para el caso de mujer que ha sido raptada y cuya concepción se haya producido en ese lapso.

Así mismo, se le negó el derecho a heredar. Como se dijo, el hijo natural no entraba en la sucesión del padre y solo podría reclamar alimentos bajo el adagio “virgini praegnanti creditur”. Cuando se estaba redactando el Código de Napoleón, lo codificadores, fortalecieron la prohibición de abrir juicios sobre la investigación de la paternidad, pues al decir (Bigot du Prémeneu), uno de los redactores del código civil, en la exposición de motivos ante los cuerpos legislativos del 23 de marzo de 1803, sostuvo que:

Sería a la vez injusto, insensato querer que un hombre sea convencido, sin su voluntad, de un hecho cuya certeza no consta, ni en las combinaciones de la naturaleza, ni de las instituciones de la sociedad.(Guzmán Brito et al., 2004).

En Colombia se adoptó el código civil que había sido el que regía, en el estado de Cundinamarca, redactado por el señor Andrés Bello, para la República de Chile. En el referido código, con las modificaciones que le hizo la Ley 57 de 1887, se estableció que los hijos extramatrimoniales solamente podían ser, reconocidos voluntariamente por su padre y el único derecho que adquirirían era el de alimentos, siempre que esos hijos no fueran catalogados como adulterinos e incestuosos eventos en los cuales ni

siquiera podían ser reconocidos voluntariamente. Los hijos extramatrimoniales no tenían derecho a heredar, porque no entraban a la familia de sangre de su autor.

De esta manera, se discriminaban las relaciones concubinarias, y se elevó a categoría de delito⁸ el amancebamiento del marido y el adulterio de la mujer.

Aquí como en Francia se discriminaron las relaciones sexuales por fuera del matrimonio y a los hijos; no obstante, que Colombia había suscrito la Declaración Universal de Derechos del Hombre proclamada por las Naciones Unidas de 1948, estableció la igualdad de todos ante la ley, sin discriminación alguna por razones de origen, raza, opinión política, sexo, religión y nacimiento (filiación) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles de las Naciones Unidas de 1966, que igualmente proscribió la discriminación por razones de nacimiento, así como el artículo 17 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica de 1969. El primero, el Pacto Internacional fue aprobado por la ley 74 de 1968 y la Convención Americana por ley 16 de 1972.

Los constituyentes del 91 elevaron a canon constitucional la igualdad de derechos de todos los hijos, “(...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. (...)”(CP, 1991, art. 42, Col.)

⁸ Código penal ley 19 de 18 de octubre de 1890. El artículo 451 del código definió el amancebamiento como el hecho que dos personas de diferente sexo sin ser casadas hicieran vida como tales, en la misma casa de manera pública y escandalosa.

En Latinoamérica el primer Código que estableció la igualdad fue el mexicano de 1828, en la exposición de motivos se afirmó que

por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos nacidos fuera del matrimonio; se procuró que unos y otros gozaran de los mismo derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de la falta de los padres y que se vean privados, de los más sagrados derechos, únicamente por que no nacieron en el matrimonio de lo cual ninguna culpa tienen. (Valencia Zea, 1957, p. 432)

(Vélez & Hurtado, 1994) En cuanto al concubinato, fue la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la que comenzó a darle el reconocimiento de afectos patrimoniales al reconocer la unión de hechos entre concubinos, la primera sentencia fue dictada el 30 de noviembre de 1935 con ponencia del Magistrado Eduardo Zuleta Ángel y sólo hasta expedición de la ley 54 de 1990, al constatarse del auge de la unión libre, (Vélez & Hurtado, 1994) se reconocieron la unión marital de hecho, como se denominó a la unión formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen comunidad de vida permanente y singular, denominándosele compañero o compañera permanente que forman parte de esa unión y se estableció la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (CSJ, Sentencia SC8225-2016, Col.).

La jurisprudencia constitucional mediante sentencia C-075 de 7 febrero de 2007, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, declaró la exequibilidad de la ley 54 de 1990, tal como había sido modificado por la ley 979 del 2005, bajo el entendido que

el régimen de protección en ella contenido se aplicaba también a las parejas homosexuales (CC, Sentencia C-075/07, Col.).

10.2. Familia socioafectiva

La Asamblea Nacional Popular de la República de Cuba, acaba de promulgar nuevo Código de Familias que modifica al de 1974.

Los considerandos para la adopción del código, parte del pluralismo familiar, es decir, que reconoce varias formas de constitución familiar teniendo en cuenta la evolución que ha tenido en este campo la sociedad cubana influida por factores sociodemográficos, transformaciones en el modelo económico y una nueva visión desde el derecho a fundar una familia y a vivir en ella dando especial protección a la infancia, personas adultas mayores, con discapacidad y todos los que se encuentren en estado de vulnerabilidad.

En los considerandos también, considera las familias fundadas en igualdad, tanto aquellas como las que surgen del patrimonio genético como las que surgen de afecto y solidaridad, consustanciada a las de este grupo social y en la dignidad humana como valor supremo, que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos consagrados en la constitución de la República de Cuba y en los tratados internacionales.

Los prolegómenos al referirse al ámbito de aplicación se indica que:

1. Las normas contenidas en este Código se aplican a todas las familias cualquiera que sea la forma de organización que adopten y a las relaciones jurídico-

familiares que de ellas se deriven entre sus miembros, y de estos con la sociedad y el Estado. 2. Se rigen por los principios, valores y reglas contenidos en la Constitución de la República de Cuba, los tratados internacionales en vigor para el país que tienen incidencia en materia familiar y los previstos en este Código. (Ley 156 de 2022, art. 1, Cub.)

Se destaca desde el inicio que no existe un prototipo único de conformación de familia en la sociedad cubana y que todas merecen igual protección cualquiera que sea la forma y organización que adopten.

Esta visión queda explícitamente reconocida en el artículo 2 de la Ley que se refiere al reconocimiento de las familias, teniendo en cuenta la pluralidad de formas de constitución. Así, después del reconocimiento de las familias como células de la sociedad reconoce las distintas formas de organización de las mismas, basadas en relaciones del afecto que se crean entre parientes, cualquiera que sea la naturaleza del parentesco y entre los cónyuges o parejas de hecho afectivas, y a renglón seguido se enfatiza que los miembros de las familias están obligados al cumplimiento de los deberes sociales con base en el amor, afecto, consideración, la solidaridad, la fraternidad, la coparticipación, la cooperación, la protección, la responsabilidad y el respeto mutuo. (Ley 156 de 2022, art. 2, Cub.)

De conformidad a la normativa de la sociedad cubana, las relaciones que se dan en el ámbito familiar se basan en la dignidad y humanismo, como valores supremos, entre otros, y se rigen por principios de los cuales vale destacar la igualdad y no

discriminación, pluralidad, solidaridad, socio afectividad, la búsqueda de la felicidad, el interés superior de niños, niñas y adolescentes, el de autonomía y realidad familiar.

Igualdad para que no haya discriminación de familias surgidas por el hecho del matrimonio de aquellas surgidas de todas las otras formas de constituir familia que establece el código y que para nuestro estudio importa destacar la familia producto de la unión socio afectiva, que tiene el mismo rango que la matrimonial y que otras formas de constituir familia.

La pluralidad, por el reconocimiento de las muy distintas formas de organización familiar como las generadas a partir de técnicas de reproducción asistida o las surgidas por adopción. Solidaridad, para destacar el principio consagrado constitucionalmente. Socio afectividad, para destacar el carácter prevalente de la solidaridad, del amor y el afecto, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana frente al patrimonio genético. Interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como lo pregona el canon 7, todo esto, con el fin de alcanzar la felicidad en el seno de la familia (Ley 156 de 2022, art. 7, Cub.); felicidad que encuentra su materialización de la forma como se han desenvuelto los núcleos familiares y que el intérprete debe tener en cuenta como la realidad familiar; principios que han de seguir de faro que guie al intérprete en la solución de casos difíciles.

Desde esta óptica y referidos especialmente a los derechos de la infancia y adolescencia en el ámbito familiar, se establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en todas decisiones que los afecten de acuerdo con su capacidad y autonomía progresiva, (Ley 156 de 2022, art. 5, Cub.), y a la participación

en la toma de decisiones que atañen a sus intereses; igualmente a los derechos de crianza, pero también a la identidad, esto con el propósito de que en los conflictos de paternidad y maternidad que se susciten en la sociedad para investigar o impugnar la paternidad o maternidad sean escuchados y se tomen las decisiones a teniendo el interés superior de niños, niñas y adolescentes, quienes por sus vínculos psicoafectivos y teniendo en cuenta su identidad entendida esta desde el punto de vista psicológico, pueda repudiar la investigación de paternidad del padre biológico o inclinándose por mantener la paternidad del padre o madre de crianza.

Igualmente, las normas del código están autorizando formas de constituir familias, pluriparentales como en el caso de las familias ensambladas a las que nos referimos anteriormente, donde confluyen la parentalidad socioafectiva con la parentalidad biológica, verbi gracia, los hijos de mujeres u hombres divorciados cuyos padres inician una nueva convivencia en el que confluyen hijos de matrimonio anterior de la madre, padre o ambos con hijos propios de la nueva unión concertada.

En cuanto los hijos, si al constituirse el nuevo hogar a una edad temprana pueden conformarse lazos afectivos con el padrastro y la madrastra de lo cual puede surgir una parentalidad de crianza. De hecho, la normativa sienta la regla general del doble vínculo afectivo, pero se dice también allí que cuando se tiene un solo vínculo filiatorio se está en presencia de monoparentalidad, doble vínculo afectivo como regla general y excepcionalmente la multiparentalidad (Ley 156 de 2022, art. 55, Cub.).

Al hablar de la excepcionalidad de multiparentalidad, se afirma que el vínculo parental se forma con independencia del nexo biológico o el componente genético de

las personas implicadas; en esta norma subyace la posibilidad del parentesco socioafectivo surgido de la familia de crianza pues en ella se insiste que este parentesco surge con independencia del patrimonio genético. De ahí que, al regular la multiparentalidad sobrevenida, se dispone categóricamente que son causas sobrevenidas de multiparentalidad en atención a los principios del interés superior de la hija o hijo y del respeto a la realidad familiar; los casos de filiación construidas socioafectivamente sin que ellos conduzca al desplazamiento de las filiaciones ya establecidas (Ley 156 de 2022, art. 56-58, Cub.).

El Derecho Cubano claramente refiere a que pueden existir en la sociedad cubana formas de multiparentalidad que sobreviene con motivos de la socioafectividad, es decir, por el afianzamiento de los vínculos afectivos en las parejas ensambladas y que en esas circunstancias se debe escuchar al menor de acuerdo a su madurez psicológica capacidad y autonomía progresiva, en otras palabras, la identidad se establece más por las relaciones de solidaridad, afecto, amor y el libre desarrollo de la personalidad y por la autonomía (Ley 156 de 2022, art. 59, Cub.).

Así mismo, se indica con especial énfasis que el vínculo socioafectivo familiar, notorio y estable independientemente de la existencia o no del lazo biológico, importa más para el mundo del derecho como también influye en la definición de la paternidad sobrevenida el comportamiento del padre o la madre si ha cumplido o no meritoriamente los deberes que su condición le impone; si es así, el niño, niña o adolescente puede tener una multiparentalidad, la primera en el que la paternidad se funda en el patrimonio genético aunque no exclusivamente, porque además, no se

requiere que el padre o madre haya cumplido meritoriamente los deberes que el sistema jurídico le impone. En ésta norma se confiere legitimación activa para reclamar la multiparentalidad sobrevenida con motivo de la socio afectividad al hijo o hija y a la fiscalía⁹, aunque tenga establecida su paternidad biológica aspecto que, aunque no se señala expresamente se deduce de la interpretación armónica del del derecho familiar que se viene comentando.

Ahora, el acrisolado sistema de parentesco también vino a perfilar las nuevas fuentes del parentesco, con sus fuentes (Ley 156 de 2022, art. 16 - 17, Cub.). El parentesco socioafectivo, se encuentra tipificado así:

1. El parentesco socioafectivo se sustenta en la voluntad y en el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y sostenida en el tiempo que pueda justificar una filiación. 2. El parentesco socioafectivo es reconocido excepcionalmente por el tribunal competente y tiene los mismos efectos que el parentesco consanguíneo, conforme a las pautas establecidas en el Artículo 59.2 de este Código. (Ley 156 de 2022, art. 21, Cub.).

Esta hipótesis se refuerza con la obligación de pagar alimentos de quienes están unidos de hecho y afectivamente (Ley 156 de 2022, art. 27, Cub.), y la filiación en igualdad de todos los hijos, sin ningún tipo de discriminación (Ley 156 de 2022, art. 48, Cub.).

⁹ La fiscalía en el derecho cubano es análoga en sus funciones al Ministerio Público colombiano.

Dentro de la filiación, la voluntad es el elemento por excelencia, la cual expresada sirve de báculo para construir la maternidad o paternidad, de las personas comitentes a través de cualquier técnica de reproducción asistida y, el reconocimiento judicial de los vínculos socioafectivos que se construyen a partir de la posesión notoria del estado de hijo y que dan lugar a la filiación socioafectiva (Ley 156 de 2022, art. 50, Cub.).

10.3. Familia adoptiva por integración

El novísimo Código de Familias Cubano, reglamenta una peculiar forma de constituir familia que denomina “adopción por integración”. Así, la normativa establece:

Artículo 103. Adopción por integración. Uno de los cónyuges o la pareja de hecho afectiva puede adoptar a la hija o el hijo del otro si no fuere conocido el otro progenitor o si la madre o el padre de dicha persona menor de edad que se pretende adoptar consintiera, hubiera fallecido o hubiera sido privado de la responsabilidad parental, sin que con ello se extingan necesariamente los vínculos jurídicos filiatorios y de parentesco que existan entre el adoptado y su madre o padre y su familia de origen, tomando en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso, lo cual puede generar la multiparentalidad (Ley 156 de 2022, art. 103, Cub.).

Emerge claramente que la finalidad de esta forma de constituir familia, es la consolidación de los vínculos psicoafectivos existentes entre la persona adoptante y la hija o el hijo del cónyuge o de la pareja de hecho afectiva. Esta forma de constituir

familia, adopta la modalidad por integración también cuando existe doble vínculo filiatorio. En efecto, la obra en cita establece que:

Artículo 107. Adopción por integración cuando existe doble vínculo filiatorio. 1. Si la persona menor de edad cuya adopción se interesa tiene doble vínculo filiatorio de origen, y es inexistente o escaso el vínculo afectivo o personal con la otra madre o el otro padre y se elige preservar la vinculación filial de la niña o el niño con aquella o aquel, se mantienen también los vínculos con la familia ampliada de estos. 2. Las reglas relativas a las relaciones con el resto de los parientes de origen se deciden según las circunstancias del caso, atendiendo al mejor interés de la niña, el niño o adolescente y la procedencia o no de preservar los vínculos familiares de origen. 3. En caso de fallecimiento de la madre o el padre de origen, se mantienen sin restricciones los vínculos filiatorios con aquella o aquel y con su familia ampliada, salvo que razones debidamente fundadas aconsejen otra decisión. (Ley 156 de 2022, art. 107, Cub.).

Este tipo de adopción se puede dar en familias ensambladas, de hecho, en Colombia, existe la posibilidad de que los hijos de anteriores matrimonios o de uniones maritales de hecho, de aquellas parejas que pretendan vivir en unión marital de hecho o en matrimonio, están facultados para adoptar los hijos del compañero o compañera permanente o del cónyuge que no son fruto de esa última unión.

La diferencia que existe con la legislación Cubana estriba en que en nuestro sistema, el hijo adoptivo entra a la familia de sangre del adoptante con todas las consecuencias de la filiación, quedando sin piso la filiación legítima o marital que estos

niños tengan al momento de solicitarse la adopción; mientras que en el derecho Cubano, en el caso de que la familia de hecho afectiva decida tomar en adopción un hijo de matrimonio anterior, el niño será oído de acuerdo a su capacidad progresiva, y puede optar por mantener la filiación producto del patrimonio genético, junto con la filiación que surge del vínculo socio afectivo, generándose así, otra forma de familia, que más adelante analizaremos, y que es llamada por algunos, familia pluriparentales.

Así lo dispone claramente la Codificación Cubana, al establecer:

“Artículo 95. Excepción de subsistencia del vínculo jurídico filiatorio con la familia anterior. Los vínculos jurídicos filiatorios del adoptado con su familia paterna o materna anterior pueden subsistir cuando se trate de la adopción por integración, autorizada en la forma que por el presente Código se establece en los artículos del 103 al 108, siempre que razones debidamente acreditadas lo aconsejen, dando origen a la multiparentalidad.” (Ley 156 de 2022, art. 95, Cub.).

Ahora, en los eventos en los cuales, el cónyuge o la pareja de hecho afectiva solicita la adopción de una hija o un hijo del otro, entre varios, el Tribunal debe considerar la conveniencia o no de autorizarla, teniendo en cuenta no solamente le interés superior del adoptado, sino del resto de los hijos o hijas, si estos son menores de edad, dándoles la oportunidad de ser escuchados.

10.4. Familia adoptiva por solidaridad

Nuestra Ley de Infancia y Adolescencia en Colombia se funda esencialmente en la solidaridad. Al respecto consagra:

Artículo 67. Solidaridad Familiar. El Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco.

Parágrafo. Si alguna persona o pareja quiere adoptar al niño que está al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad, que exige el código, podrá hacerlo, a menos que la familia que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente, decida adoptarlo. (Ley 1098 de 2006, art. 67, Col.).

La ley estatutaria de infancia autoriza la adopción de menores con una familia distinta al origen, siempre que se den las condiciones para su adoptabilidad consagrada en el estatuto. Sin embargo, la familia que tiene el cuidado de la niña o niño pueda adoptarlo en preferencia de cualquiera otra. En este tipo de familia, juega papel importante la convivencia y solidaridad de sus miembros, bajo la pretensión de que las funciones de formación y socialización dentro de esta familia proporcionan un ambiente más propicio para la internalización del valor de la solidaridad, en donde se rechaza el egoísmo como antivalor y se apela a ideales como la unión y la armonía en todos los aspectos y momentos de la vida familiar especialmente en la enfermedad, vejez, infancia.

10.5. Pacto civil de solidaridad (PaCS)

El Código Civil Francés, regula 3 formas de constituir familias. Son ellas el matrimonio, el concubinato y el Pacto Civil de Solidaridad; las dos primeras con efectos personales y patrimoniales similares, y la última, con algunas peculiaridades que más adelante se señalarán.

El concubinato, se encuentra definido en el art. 515 numeral 8, señalando que es una unión de hecho, caracterizada por la vida en común, y que presenta el carácter de estabilidad y continuidad, entre personas de diferente o del mismo sexo que viven en pareja.

El Pacto Civil de Solidaridad, se encuentra regulado por el título XII, capítulo I, art. 515 numeral 1, de la siguiente manera: “Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado entre dos personas físicas mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común” (Feldman et al., 2015, p. 207)

Tanto la Constitución Política Francesa, como el Convenio Europeo de derechos humanos, establecen la garantía y protección de las 3 formas de constituir familia, considerando que el individuo tiene el derecho fundamental a la vida familiar. El Convenio Europeo establece que “toda persona tiene derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” (UE, 1958, art. 8.1).

El Pacto de Solidaridad, surge del simple acuerdo de voluntades, sin necesidad de intervención judicial o de cualquier funcionario administrativo, y cambia el panorama de lo que establecía el Código de 1804, en el cual se regulaba y se protegía solo la familia matrimonial, bajo aquel precepto que se le atribuye a Napoleón “*los concubinos*

ignoran la ley, la ley los ignora". Por eso solo hasta el año de 1960 es que se permite el pacto de solidaridad, como un fenómeno social que cada vez está tomando mayor fuerza.

La jurisprudencia francesa, comenzó a proteger las uniones libres, que después fueron recogidas por el legislador, incorporadas en el artículo precedente del Código, como un contrato "sui generis", que de conformidad al Consejo Constitucional, ha interpretado como la convivencia que va más allá de la comunidad de intereses y cohabitación, porque implica también la existencia de relaciones sexuales sin considerar la fidelidad entre sus miembros, como una condición sine qua non del pacto, es decir, la fidelidad no es de su esencia ni de su naturaleza.

Según la legislación francesa, se restringe la celebración de estos pactos entre consanguíneos en línea directa, ascendente o descendente, para evitar una descendencia, aunque pueden existir pactos de solidaridad entre primos (Feldman et al., 2015, p. 207). Igualmente, la característica principal de estos actos, es que se fundan en la "affectio maritalis" muy similar a la "affectio maritalis" del derecho romano, pero a estos pactos se les puede aplicar las mismas reglas del matrimonio, en cuanto a la nulidad, excepto cuando existe vicio del consentimiento por dolo, el cual, no produce la nulidad del matrimonio, pero si en el pacto de convivencia por solidaridad.

Para proteger la institución matrimonial, aquellas personas que se encuentren casadas o que hayan establecido un concubinato, no pueden celebrar este tipo de acuerdos, pues la ley francesa regula exhaustivamente el matrimonio y el concubinato.

También se pueden celebrar mediante declaración conjunta de las personas, ante la Secretaría de instancia del Tribunal de Instancia competente¹⁰, del lugar de residencia común que establezcan. El art. 515-3 establece el procedimiento de celebración y registro de dichos pactos (Feldman et al., 2015, p. 207)..

Otra de las características de estos pactos es que son solemnes, puesto que deben realizarse por acto notarial, caso en el cual, el Notario conserva la competencia para el registro y las modificaciones de dicho pacto, pero necesita para su validez que el acto sea registrado en el Tribunal de Instancia. El registro de estos pactos debe tener notas de reciproca referencia en el Registro Civil de Nacimiento de quienes hacen el acuerdo.

Los pactos pueden ser modificados por declaración conjunta con las mismas solemnidades que para su celebración. El registro de estos pactos tiene claramente la función de hacer oponibles los mismos frente a terceros, especialmente en lo que tiene que ver con el régimen patrimonial que se pacta, para establecer una responsabilidad solidaria de las deudas contraídas por uno de ellos, para suplir las ordinarias necesidades de la vida cotidiana y los gastos relativos a la vivienda en común (Feldman et al., 2015, p. 208).

La diferencia cardinal de estos pactos, estriba en el hecho de que no se crea ningún vínculo de afinidad, con la familia del otro miembro de la pareja; es decir, no se crean efectos sucesorales, ni surge el parentesco por afinidad, simplemente los

¹⁰ Es una especie de juez de paz que tiene competencia para asuntos menores y administrativos.

contratantes se comprometen a vivir juntos maritalmente, apoyarse. Esa obligación de apoyarse es de orden público, y no puede ser desconocida por los contratantes, so pena de nulidad de pleno derecho de la cláusula que así lo establezca.

En cuanto a los efectos patrimoniales, los convivientes en estos pactos, deben indicar si tienen intención de someter al régimen de comunidad el mobiliario que adquieran a título oneroso, con posterioridad a la celebración del pacto, se establece la presunción de que los bienes adquiridos durante el pacto, se presumen comunes por mitad, si el título adquisitivo no dispone otra cosa.

Si uno de los *paternaires* es inquilino de una residencia común, el otro puede en caso de muerte o abandono, subrogarse en el contrato de locación. Si vivían en residencia propia y alguno de los contratantes muere, el otro podrá gozar por el término de 1 año del inmueble, y también del mobiliario.

En cuanto a los derechos a la seguridad social, se puede a través del pacto de solidaridad, beneficiarse del seguro del otro. En el campo laboral, si trabajan en una misma empresa pueden solicitar al mismo tiempo sus vacaciones; se establece también licencia por enfermedad de la pareja, por muerte, o en caso de cambio del lugar de trabajo (*ius variandi*), si se trata de la misma empresa, el otro compañero puede pedir su traslado al mismo lugar, y si es funcionario del estado, la misma solución. Estos pactos no implican derechos mortis causa respecto a la pensión de viudez o pensión de reversión, de la cual, solo pueden gozar los que están unidos mediante matrimonio. También están excluidos los concubinos.

La disolución del pacto de solidaridad se puede hacer por mutuo acuerdo, de manera unilateral o también por matrimonio, o muerte de una de las partes. Cuando se termina unilateralmente, el otro puede solicitar la indemnización de perjuicios, por la ruptura abusiva del pacto (Feldman et al., 2015, pp. 215–216). Para poner fin al pacto se debe entregar una declaración escrita, conjunta o unilateral, ante la secretaria del Tribunal de Instancia competente, según el lugar de residencia.

Cuando la causa de la disolución del pacto sea el matrimonio de uno de los convivientes, deberá informar de ello al otro, por medio de notificación y remitir copias de ésta y de la partida de nacimiento, en la que constará la mención del matrimonio a la Secretaría del tribunal de instancia que haya extendido el acta inicial. De manera similar se debe proceder en caso de muerte de uno de los convivientes, colocando las notas de recíproca referencia en la partida de nacimiento de las partes.

El pacto de solidaridad no tiene ninguna incidencia en las reglas que gobiernan el parentesco o la filiación; simplemente se tiene como un indicio grave de los *pacseados*. No se les está permitido adoptar, así que la adopción intrafamiliar solo es reservada a los casados.

En términos generales podíamos decir que estos pactos de solidaridad en el derecho francés, tienen su fuente en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, pero tratan de mantener la regla de uniones monogámicas. En efecto, quienes están en concubinato no pueden contraer matrimonio o pacto de solidaridad al mismo tiempo; de la misma forma y sentido contrario.

Algunos datos sociológicos. El PaCS se inspira en los equivalentes escandinavos (registered partnerships) con diferencia de que no está reservado a las parejas del mismo sexo. Desde su creación en 1999 casi tres millones de personas han celebrado un PaCS y más de quinientos mil han puesto fin a dicho contrato. En 2012, el 40% de las uniones han tomado la forma del PaCS (241.000 matrimonios y 160.325 PaCS). El 4% de los PaCS son celebrados entre personas del mismo sexo. Desde el 2011 se puede celebrar el PaCS ante notario. En 2012, aproximadamente el 10% de los PaCS se han realizado en oficinas notariales: dicha cifra se explica por el costo del trámite (aproximadamente 300 euros). Las personas con más alto grado de educación escogen mayoritariamente el PaCs (60% contra 40% de los que eligen el matrimonio poseen un diploma universitario). Del mismo modo, las personas que declaran no practicar ninguna religión son mucho más numerosos en el PaCS que en el matrimonio. Las parejas que optan por el PaCS tienen una visión de los papeles de género mucho menos estereotipada que aquellos que optan por el matrimonio. El nacimiento de un hijo determina también la elección del matrimonio (66% contra 42%) (Borillo, 2014).

El nivel de educación juega cardinal importancia en la celebración de los pactos, atendiendo a las estadísticas señaladas, en razón a que tienen mejor conocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, unido, y es por ello que la mayor parte de las personas manifiestan no practicar ninguna religión, también son más numerosos; ello indica, que el grado de educación, les permite tener una visión más amplia de las formas de conformar familia, y el ejercicio de su autonomía, en la que se proscriben influencias religiosas.

En todo caso, dichas uniones no pueden producir en Francia mayores efectos que aquellos producidos por el propio PaCS y no pueden ser contrarias al orden público francés. Así, por ejemplo, un contrato de cohabitación belga celebrado entre hermanos no producirá efectos en Francia independientemente de la nacionalidad de los contratantes ya que la prohibición de celebración del PaCS entre colaterales es de orden público siguiendo el canon 515-2 (Feldman et al., 2015, p. 208).

10.6. Familias poliamorosas

En palabras de Kemelmajer de Carlucci et al. (2014), se trata de un fenómeno reciente de las transformaciones que se están dando en el campo de las relaciones familiares, de la llamada familia tradicional, matrimonializada, paternalizada, patrimonializada, sacralizada, y biologizada, se está abriendo campo a nuevas formas de constituir familia.

Según, la doctrina especializada:

El primer registro escrito que se tiene de la palabra “poliamor” se halla en un texto publicado en 1990 por Morning Glory Zell-Ravenheart, una activista de las relaciones abiertas y cofundadora de la comunidad neopagana Church of All Worlds. De acuerdo con esta autora, el poliamor –“polyamory”, en los términos originales– podría definirse como “la práctica, el estado o la capacidad de tener más de una relación sexual y amorosa al mismo tiempo, con el pleno conocimiento y consentimiento de todas las partes involucradas” (Morning Glory Zell-Ravenheart, 1990, p. 4, traducción propia). El término luego sería retomado por Deborah Anapol,

quien lo popularía a través de un ensayo dedicado a las relaciones no monógamas. A su vez, con el paso de los años –y especialmente a lo largo de la última década– comenzaron a proliferar cada vez más trabajos que, en muchos casos, utilizaron este concepto como sinécdoque de diferentes formas de vínculos no monógamos (García Alonso, 2021) .

Estas transformaciones de la composición familiar, han sido aceptadas internacionalmente, en varias declaraciones o vinculantes de derechos humano, por ejemplo, los principios de Yogyakarta aprobados en el seminario internacional que se llevó a cabo en Yogyakarta- Indonesia, en el año 2006, y que conciernen a una serie de principios sobre la aplicación internacional de los derechos humanos a cuestiones de orientación sexual y de género, aunque no ha sido firmado ni ratificado por los países, en la práctica se ha convertido en uno de los documentos más relevantes para el reconocimiento de los derechos en materia de diversidad sexual.

En el año 2014, el Senador de la República Argentina, Fernando Solanas, presentó un proyecto al senado solicitando al poder ejecutivo que promoviera un documento ante el Secretario de las Naciones Unidas, que fuera aprobado por la Asamblea General de ese organismo, y que fue producto de una declaración formulada en el XVII Congreso de Derecho Familiar realizado en Mar de Plata, celebrado entre el 2 y el 26 de octubre de 2012, con un enfoque similar a los principios propuestos en Indonesia, y que ha influido en la legislación interna de algunos países como el Código de Familias de Cuba, después de la reforma de 2019, en la que se estableció:

El estado reconoce y protege a las familias, cualesquiera que sea su forma de organización (...) se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva y, se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes. La protección jurídica de los diversos tipos de familia es regulada por la ley (CP, 2019, art. 8, Cub.).

Desde el punto de vista internacional, el derecho interamericano, ha adoptado una noción amplia de familia que comenzó a gestarse por la trasgresión a derechos ciudadanos. Los juzgadores internacionales consideraron que en la Convención Americana, no se encuentra un concepto cerrado de familia ni mucho menos se protege un solo modelo tradicional de la misma, sino que se entiende como:

un elemento social y natural, constituida por el afecto, matrimonio y filiación, sin existencia de un modelo específico, se entiende que familia son todos los grupos de personas que están emparentadas entre si juntos juntas o bien un conjunto de ascendiente, descendiente, colaterales y afines de un linaje (Corte IDH, 2012, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Cl.).

En el mismo sentido, se ha enfatizado que no existe un estereotipo de familia, sino que la concepción ha sido ampliada para reconocer uniones no matrimoniales como auténticas familias, con iguales derechos y obligaciones.

En este contexto surge, como un paradigma que busca el reconocimiento jurídico con todos sus efectos, consistente en los matrimonios o uniones convivenciales poliamorosas con la posibilidad de establecer filiaciones pluriparentales surgidas convencionalmente.

La doctrina internacional, al estudiar las reformas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentino 2015, considera que el faro que ha guiado el espíritu de la reforma es el reconocimiento de nuevas formas de constituir familia, que ha permitido la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo, incluido el derecho de adopción y otras formas convivenciales como las familias ensambladas, la adopción monoparental, gestación por sustitución o maternidad subrogada. Sin embargo, considera que en la reforma dejó de lado la filiación sustitutiva o subrogada y otras formas de familia como las triejas, entre otros, que:

Implican una alteración de lo que Appleton (2008) ha caracterizado como el paradigma del número dos. De este modo, han quedado excluidas de cualquier tipo de reconocimiento jurídico, por un lado, todas las relaciones sexoafectivas no monógamas y, por el otro, la posibilidad de filiaciones múltiples. (García Alonso, 2021)

No obstante, haberse adoptado el paradigma, debería analizarse si existen fundamentos constitucionales para afirmar que esto afecta los principios de igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y autonomía.

Debe distinguirse el poliamor de otras formas de vinculación sexo afectivas, como la monogamia sucesiva, en la cual no se da el requisito de la simultaneidad de las relaciones sexuales y del libertinaje o del amor líquido en el cual no está presente la exclusividad sexo afectiva y la fidelidad entre los miembros que conforman la unión poliamorosa. Podríamos decir que estas relaciones poliamorosas estarían fundadas en unos principios para que puedan ser identificadas como tales, como el de la lealtad y fidelidad con los compañeros sentimentales, la honestidad y la confianza mutua, el

principio de transparencia y pleno consentimiento entre todos los integrantes de la relación, el principio de la solidaridad entre cada uno de sus miembros y la autonomía de cada uno de ellos, así como el principio de respeto y dignidad; esos serían criterios que podrían distinguir las relaciones poliamorosas de otros tipos de relaciones socio afectivas como las parejas swinger¹¹.

10.7. Familias surgidas de técnicas de reproducción asistida, subrogadas, implantación de embriones y multiparentalidad

10.7.1. Familia por reproducción asistida

Estas familias nacen de la aplicación de técnicas de reproducción asistida (FIV), en las cuales adquieren capital importancia en el interés superior de niñas, niños y adolescentes, igualdad y no discriminación, el orden público familiar y la autonomía, la socio afectividad, la favorabilidad, en cuanto surjan conflictos jurídicos de paternidad o maternidad, ante la carencia de un marco regulatorio.

Piénsese en el caso en que una pareja heterosexual, que mantiene una convivencia singular, estable y permanente, quiera hacer uso de estas técnicas de reproducción y la mujer no desee llevar adelante el proceso de gestación, por diversas

¹¹ Swinger es término que se documenta en ingles hacia 1543 para nombrar a “una personas o casa que se balance o sea mueve en vaivén”. Fue entre 1955-60 que se usó para designar a la persona que se involucra libremente en la promiscuidad sexual o a los miembros de una pareja, en especial cuando están casados que intercambian compañero sexual (1939-1945) y de la Guerra de Corea (1950-53). Primero los medios la llamaron “wife swapping” (intercambio de esposas) y años después “swinger lifestyle” (el que habitualmente intercambia parejas sexuales) y ahora simplemente “swinger”. <http://etimologias.dechile.net/?swinger>

razones, pueden ser de salud, infertilidad, por razones laborales, como en el caso de las modelos profesionales, cantantes, actrices, y/o artistas en general, y celebren un contrato de maternidad subrogada con una madre quien se encuentra a su vez casada o con unión marital de hecho, y acepta el trato sin el conocimiento ni el consentimiento del marido; y sucede que en el transcurso de la gestación se descubre en un tamizaje que la criatura va a tener problemas genéticos.

En este caso, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la madre gestante tiene la facultad de interrumpir la concepción, pero cuando anuncia su deseo de hacer uso de la protección constitucional, los padres comitentes, se rehúsan a que ello suceda porque aceptan aun así el producto de la gestación ¿o qué sucedería si la madre gestante por motivos religiosos, no acepta la interrupción del embarazo, que es solicitada por los padres comitentes? En el mismo caso, ¿cómo resolver el conflicto surgido entre el esposo de la cónyuge o compañera permanente subrogada, cuando alega la paternidad con base en la presunción *pater is es*, la que es disputada por los padres comitentes? Y, ¿qué ocurriría en el caso de que alguno, o ambos de los comitentes, fallecieran antes de dar a luz por parte de la gestante? Y, ¿cuál la solución, cuando el conflicto surge entre la madre gestante que quiere mantener el producto de la gestación en contra de la voluntad de los padres comitentes, o de la voluntad de su cónyuge o compañero permanente?

¿Cómo dirimir el conflicto que pueda surgir cuando de la aplicación de la técnica resulta un embarazo múltiple, si lo que se pretendía era el nacimiento de una sola criatura? Y ¿cuál sería la solución jurídica, cuando los padres comitentes se divorcian o

se separan de hecho según el caso, después de la implantación del óvulo fecundado o de un embrión? ¿Y cómo solucionar la problemática aún más compleja, cuando la fecundación in vitro es heteróloga, de manera doble, es decir, que ni el óvulo ni el espermatozoide corresponde a los padres comitentes, quienes firman el contrato de subrogación con la gestante, en el caso de que este material genético, haya sido utilizado sin el conocimiento y sin el consentimiento de aquellas personas que han dejado el material genético en crío conservación? ¿cómo resolver el conflicto cuando el médico tratante que lleva adelante el proceso utiliza un embrión que había dejado una pareja de casados o que viven en unión libre, en crío conservación y el mismo se utiliza contra la voluntad y sin el conocimiento de la pareja? ¿qué implicaciones tendría la destrucción de embriones desde el punto de vista bioético?

Y ¿cuál es la mirada que se le debe dar a l respecto si desde el punto de vista científico existe una acalorada discusión sobre cuál es el instante en qué surge la vida humana?

El novísimo Código de Familias de Cuba, regula en su capítulo IV, Sección primera, la filiación asistida, y en él se dice que la fuente, es la voluntad de procrear manifestada a través del consentimiento de quien o quienes intervienen el proceso, llamadas comitentes con independencia de quien haya aportado los gametos. Al respecto se establece:

Cuando se trate de los gametos de las personas comitentes, rigen las mismas reglas para la determinación de la filiación por procreación natural. (Ley 156 de 2022, art. 117, Cub.).

Esa legislación afirma que la filiación de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida se regula por las normas establecidas en ese Código, entre las cuales, es preciso poner de relieve los principios que rigen el derecho de familia en el derecho cubano, que a su tenor literal establece:

Artículo 3. Principios que rigen. 1. Las relaciones que se desarrollan en el ámbito familiar se basan en la dignidad y el humanismo como valores supremos y se rigen por los principios siguientes: a) Igualdad y no discriminación; b) pluralidad; c) responsabilidad individual y compartida; d) solidaridad; e) socioafectividad; f) búsqueda de la felicidad; g) equidad; h) favorabilidad; i) respeto; j) interés superior de niñas, niños y adolescentes; k) respeto a las voluntades, deseos y preferencias de las personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad; l) equilibrio entre orden público familiar y autonomía; y m) realidad familiar. 2. A tales principios se puede recurrir, como pautas interpretativas, para el esclarecimiento del sentido de las normas y para su integración. (Ley 156 de 2022, art. 3, Cub.).

Y por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes establecido en la declaración universal de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, expedida por la ONU, y ratificada por Cuba y Colombia, esta última mediante ley 12 de 1991 y ampliamente desarrollada por el Código Cubano, en el que sientan las bases de cómo debe entenderse el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su contenido (Ley 156 de 2022, art. 7, Cub.).

Desde la perspectiva jurisprudencial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió a la jurisdicción del a Corte Interamericana, un litigio relacionado

con violación de derechos humanos que habrían ocurrido por la prohibición general de practicar fecundación in vitro (Corte IDH, 2012, Caso Artavia Murillo y otros vs. C. Rica.). El asunto tiene que ver con una decisión adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en virtud de la cual, declaró inconstitucional un Decreto ejecutivo que regulaba la técnica de fecundación in vitro, tras considerar que violaba el principio de reserva. La Sala Constitucional, después de abordar la controversia a nivel científico para responder a la pregunta desde cuando comienza la vida humana concluyó que, los embriones no podían ser tratados como objeto, en tanto que la persona humana comenzaba desde su concepción. Esa decisión, en la práctica se tradujo en una prohibición de la fecundación in vitro, en el estado de Costa Rica, lo cual implicó que muchas personas tuvieran que abandonar los tratamientos de fecundación iniciados y otros, tuvieran que trasladarse a otros países donde está permitida legal y constitucionalmente.

Así las cosas, los demandantes consideraron violatorio de los derechos fundamentales a la vida privada y familiar a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, al derecho de las personas a conformar una familia, a no ser víctimas de injerencias arbitrarias a la vida privada de las personas por parte del Estado, a la libertad sexual y reproductiva.

Después de denegar las excepciones preliminares, la Corte Interamericana abordó el siguiente problema jurídico.

¿vulneró el Estado de Costa Rica a través de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, los derechos fundamentales invocados por los denunciantes al declarar inconstitucional el Decreto Ejecutivo que regulaba las técnicas de reproducción asistida?

La Corte Interamericana les dio la razón a los demandantes y condenó al estado de Costa Rica por la violación de los derechos fundamentales.

Para arribar a tal decisión consideró que la Sala Constitucional del estado de Costa Rica, partió de una protección absoluta del embrión que al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar, que hizo desproporcionada la interferencia, con efectos discriminatorios.

Dando alcance a los derechos de la integridad personal, libertad personal, consideró la Corte, que los Estados deben brindar protección a los individuos (OEA, 1969, art. 11), frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afecten la vida privada y familiar. Proscribiendo toda injerencia abusiva y arbitraria en este ámbito. En este sentido la decisión de ser o no madre o padre, hace parte de la vida privada y del libre desarrollo de la personalidad.

También la corporación internacional aludió a que se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, de la integridad física y mental y específicamente a los derechos reproductivos y la libertad sexual, y a la posibilidad de beneficiarse del conocimiento

científico, en el ejercicio de la autonomía reproductiva, los que se encuentran protegidos por la Convención América (OEA, 1969, art. 17.2), y consagrados también en diferentes instrumentos internacionales.

Esta protección a la vida privada, afirma el organismo interamericano, se relaciona no solo con la autonomía reproductiva, sino también con el acceso a los servicios de salud en este campo, los cuales se encuentran protegidos. Conforme a la Convención Americana (OEA, 1969, art. 29.b), el alcance de los derechos y la vida privada y la vida reproductiva, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del conocimiento científico, al más alto nivel y acceder a los mejores servicios de salud, entre los cuales se encuentra la asistencia, a la salud reproductiva, y la prohibición absoluta e innecesarias, de jure o de facto, que coarten la libertad en este campo.

Con todo, se describió que si bien al ser fecundado un óvulo, se da paso a una célula diferente y con información genética suficiente para el desarrollo del ser humano, lo cierto es que si el mismo no se implanta en el cuerpo de una mujer, no es posible su desarrollo si la implantación no sucede.

Acudiendo a la ponderación de derechos, la Corte Interamericana, concluyó que la decisión de tener hijos a través de técnicas de reproducción asistida, forman parte de derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar, así como la autonomía de una persona en el ámbito individual o como pareja, frente al cual no se pueden permitir injerencias arbitrarias o abusivas, ni siquiera por las autoridades de los estados. Por lo tanto, hace una ponderación entre los derechos a la vida del nasciturus, sin hacer nugatorios los derechos a la vida privada y a fundar una familia.

Para efectuar dicha ponderación, se destacó la necesidad de i) analizar grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

A partir de lo anterior, examinó la severidad de la interferencia en los derechos a la vida privada y familiar, y su impacto desproporcionado en aquellos casos donde las personas se encontraban en un estado de vulnerabilidad en razón a su género, situación socioeconómica y discapacidad. De ese modo, expuso que la prohibición de la Sala Constitucional no solo impactó la intimidad de las personas, sino que también afectó la autonomía personal y el proyecto de vida de las parejas, que acuden al FIV como último recurso para superar las dificultades reproductivas; además, impulsó a las personas a acudir a un tratamiento médico en el extranjero, imponiéndole barreras de acceso a las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para salir del país.

Finalmente, ultimó que tanto en el embarazo natural como en técnicas inseminación artificial existe pérdida embrionaria, por lo que resulta desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. De las técnicas de reproducción asistida, pueden surgir muchas formas de constitución de familia, según las queramos clasificar, en familias surgidas de este tipo de técnicas, como las que son producto de la maternidad subrogada.

10.7.2. Familias surgidas por maternidad subrogada

La Gestación por sustitución o maternidad por subrogación a través de una madre subrogada es una técnica de reproducción asistida que implanta el embrión creado con el material genético de otras personas en el útero de una madre subrogada, que gesta al bebé ante la imposibilidad de los padres biológicos de llevar a cabo ese embarazo. La Gestación por sustitución es legal y está regulada en varios países del mundo. Gracias a una Gestación por sustitución muchas parejas con problemas de fertilidad o parejas homosexuales o transexuales han conseguido convertirse en padres.

En términos generales, la maternidad subrogada consiste, en que una mujer adelanta un proceso de gestación producto de otras técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial homologa o heteróloga; o la donación de óvulos homologa o heteróloga; o mixta, donde el donante de uno de los gametos hombre o mujer participa en uno de los gametos de óvulo fecundado y que a su vez se ha interesado en la reproducción.

También puede darse en el caso que la madre gestante sea la donante del óvulo y dueña de parte del patrimonio genético. Otra de las vertientes es la llamada donación de embriones crio congelados en sus múltiples posibilidades homólogos, heterólogos, mixtos. Los primeros, cuando el embrión crio conservado es producto de la unión de óvulo y espermatozoide de la parte interesada, heterólogo cuando ni el óvulo ni espermatozoide que dieron origen al embrión crio congelado no corresponde ni a la parte interesada y la mixta cuando el patrimonio genético está conformado por óvulo y

un espermatozoide que tiene el patrimonio genético de una de las personas interesadas en la gestación o cuando el espermatozoide, pertenece a la persona interesada en gestación y el óvulo a la madre gestante.

Por parte del novísimo código de familias cubano se regula la filiación asistida en el capítulo IV. Allí se trata de insertar las bases para resolver disputas que puedan surgir por la utilización de técnicas de reproducción asistidas. En cuanto a la fuente señala que resulta del principio de la autonomía de la voluntad manifestado a través del consentimiento informado de quienes quieren adoptar estas técnicas de reproducción estableciendo los principios que rigen la determinación de la filiación asistida, en los siguientes términos:

Artículo 119. Principios que rigen la determinación de la filiación asistida. Para la determinación de la filiación asistida se toma en cuenta, con especial énfasis:

- a) La voluntad de procrear expresada a través del consentimiento que cumpla con los requisitos que en el presente Código se establecen;
 - b) la protección a la intimidad de las personas que intervienen;
 - c) el anonimato exigido por la persona dadora de gametos;
 - d) el interés superior de la hija o el hijo que nazca como resultado del uso de la técnica;
 - e) el derecho a formar una familia;
 - f) el respeto a la realidad familiar de cada persona; y
 - g) la igualdad y la no discriminación.
- (Ley 156 de 2022, art. 119, Cub.).

Por otro lado, los requisitos del consentimiento informado, determinan el carácter solemne de su otorgamiento mediante escritura notarial el cual puede ser revocado en cualquier momento mientras no se haya iniciado el procedimiento o se haya producido la transferencia embrionaria y debe revocarse con los mismos requisitos de su emisión.

Al referirse a gametos de las mismas personas establece la posibilidad de la multiparentalidad, en el cual dos o más de los involucrados deben asumir el rol de la paternidad o maternidad, en cuanto al reconocimiento en la forma como se indicó precedentemente la paternidad establecida, voluntariamente por la utilización de la técnica de reproducción asistida impide la investigación de la filiación respecto de la persona dadora de gametos (Ley 156 de 2022, art. 121, Cub.).

Del mismo modo, se contempla el caso en el que se puede establecer paternidades de matrimonio o uniones maritales afectivas por técnicas de reproducción asistida con prácticas de consentimiento del cónyuge o de la pareja afectiva, allí se determina algo de vital importancia, en eventos de disputa en favor de la pareja que ha otorgado el consentimiento para que en su seno se lleve adelante la gestación, esto, con independencia que haya aportado los gametos y que se produzca el fallecimiento o la declaración judicial de presunción de muerte de uno o ambos el divorcio o extinción de la unión de hecho afectiva (Ley 156 de 2022, art. 125, Cub.).

También la hipótesis de la utilización de la técnica de reproducción asistida posmorti del cónyuge o pareja afectiva, indicando que el consentimiento dado para la técnica no se extingue con la muerte sino que prevalece siempre que el proceso de fecundación se inicie en un plazo inferior a 365 días a partir del fallecimiento del

cónyuge o pareja de hecho afectiva prorrogable por una sola vez mediante decisión judicial por el término de 60 días (Ley 156 de 2022, art. 126, Cub.).

De la interpretación de la normativa también, puede inferirse que el consentimiento para la utilización de la técnica de reproducción asistida puede darse para que se realice post mortem por el cónyuge superviviente, siempre que se den las condiciones referidas anteriormente.

La legislación cubana deja abiertos algunos interrogantes, en torno a la validez de la autonomía de la voluntad más allá de los parámetros establecidos en ese artículo, por ejemplo, cuando el testador instituya como un heredero suyo a una criatura que pueda nacer producto de las técnicas de reproducción asistida inclusive la homóloga con inseminación artificial del marido, con la utilización de fecundación in vitro con semen y óvulo del cónyuge o de la pareja de hecho afectiva, después de pasados los 365 días a que alude la norma o cuando en el testamento se refiere a una persona que mantuvo vínculos esporádicos con el testador o que no los mantuvo, pero es su deseo ser el genitor de la persona que se espera nazca de esta aplicación de cualquiera de estas técnicas.

De todos modos, se prohíbe la reclamación e impugnación, además de determinar eventos de paternidad no disputada, pero se consagran casos de impugnación de la paternidad fruto de técnica de reproducción asistida por vicios en el consentimiento para su implementación y básicamente se refiere a que el negocio jurídico estuvo afectado o en la solemnidad, es decir, porque no se dio por escritura pública o error, fuerza o dolo o en casos de personas con discapacidad cuando su

entendimiento progresivo no era suficiente para otorgar el consentimiento (Ley 156 de 2022, art. 127-128-129, Cub.).

En la sección cuarta del capítulo V, se refiere a la maternidad subrogada denominándola gestación solidaria indicando objetivo y alcance:

De la gestación solidaria. Artículo 130. Alcance. 1. La gestación solidaria favorece el ejercicio del derecho de toda persona a tener una familia y se sustenta en el respeto a la dignidad humana como valor supremo.

2. Solo tiene lugar:

- a) Por motivos altruistas y de solidaridad humana;
- b) entre personas unidas por vínculos familiares o afectivamente cercanos;
- c) siempre que no se ponga en peligro la salud de quienes intervienen en el proceder médico; y
- d) en beneficio de quien o quienes quieren asumir la maternidad o la paternidad y se ven impedidos de hacerlo por alguna causa médica que les imposibilite la gestación, o cuando se trate de hombres solos o parejas de hombres.

3. Se prohíbe cualquier tipo de remuneración, dádiva u otro beneficio, salvo la obligación legal de dar alimentos en favor del concebido y la compensación de los gastos que se generen por el embarazo y el parto.

4. En todos los casos se requiere autorización judicial. (Ley 156 de 2022, art. 130, Cub.).

Seguidamente se establecen, cuáles son los requisitos para obtener la autorización previa al inicio del proceder médico y conforme a los requerimientos de

salud pública mediante un proceso de jurisdicción voluntaria. Los elementos a tomar en cuenta para otorgar la autorización, pero no solo los eventos de utilización de técnicas de reproducción asistida dan lugar a familias pluriparentales, sino también en el caso de familias ensambladas se pueden suscitar eventos de pluriparentalidad (Ley 156 de 2022, art. 131-132, Cub.).

11. EL RENACIMIENTO DE LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

11.1. La posesión del estado civil y sus fundamentos

A nivel general la posesión de estado en materia filiación, se edifica en una situación de hecho en la que una persona disfruta del estatus de hijo, en relación con otra, sin perjuicio de que corresponda o no a la realidad biológica. Al respecto, la doctrina ha dejado diáfananamente establecido que:

El estado de filiación se identifica en cuanto existen componentes como (i) *tractatus* comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta lo trata como padres); (ii) *nomen* (la persona tiene el nombre de familia de los padre) y (iii) *fama* (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo así considerada por las autoridades). En conjunto, estos componentes se revelan por la convivencia familiar, por el afectivo cumplimiento de los deberes de guarda, educación y sustento del hijo por el relacionamiento afectivo, en fin, por el comportamiento que adoptan los padres e hijos en la comunidad en que viven.

Determinado el de padre respecto de una persona que no ha transmitido los rasgos biológicos a otra es evidente que tenemos una hipótesis de filiación socioafectiva. El padre afectivo, sociológico o socioafectivo es lo que ocupa en la vida del niño un verdadero lugar y presencia, cumpliendo una función, convirtiendo la paternidad socioafectiva en una especie de adopción de hecho y

el símbolo máximo de una relación social paterno-filial. (Varsi-Rospigliosi & Chaves, 2010).

Así lo ha entiendo también la reciente doctrina de la Sala de Casación Civil de nuestra honorable Corte Suprema de Justicia, la que analizaremos más adelante, pero no siempre ha sido así, pues como se analizará ut infra, hubo un largo periodo en que se privilegió el origen genético en la determinación de la paternidad.

El legislador patrio, estableció la posibilidad de establecer la paternidad por medio de la posesión notoria de estado civil de hijo, cuando el presunto padre ha tratado al hijo, como tal proveyendo a la crianza, educación y establecimiento (Ley 45 de 1936, art. 6, Col.). Esa posesión exige:

Un reconocimiento público de hecho rodeado de un claro y contundente comportamiento, propio de quien se cree padre de una persona determinada (...) la cual se probará por un conjunto de testimonio fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable. (CSJ, Sentencia Exp. 6609, Col.).

En efecto, para que se consolide la posesión notoria de estado civil de hijo, se tiene que demostrar el trato prolongado y continuo, público y constante, que exteriorice o tenga la apariencia de una relación paternofilial, posesión que en criterio de la Corte debe reunir tres elementos: el trato, la fama y el tiempo.

Nuestro Código Civil regula la posesión notoria del estado de hijo legítimo; sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 45 de 1936 (art. 6, Col.), las disposiciones contenidas en el Código Civil (Ley 84 de 1873, art. 398 a 404, Col.) le son aplicables a la filiación extramatrimonial. En efecto el Código Civil, establece la

posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que estos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres (Ley 84 de 1873, art. 397, Col.).

Entiéndase que esta norma se aplica también a la paternidad extramatrimonial y últimamente la jurisprudencia la está aplicando para el reconocimiento de hijo de crianza, asunto que profundizaremos en el apartado correspondiente.

Nuestra jurisprudencia ha señalado como requisitos de la posesión notoria del estado de hijo legítimo, consistente en una conducta entre el presunto padre y el hijo demostrativa de la dedicación de aquél en proveer las necesidades de crianza, educación y establecimiento y desde luego, lo dicho por la jurisprudencia, el afecto.

La fama es el conocimiento público de los hechos que exteriorizan la condición de padre, aun cuando no lo sean, como la asunción absoluta y permanente de los deberes de padre en cuanto a la crianza, educación y establecimientos del presunto hijo por un tiempo superior a 5 años que determine la condición generalizada en la sociedad del vínculo paterno filial, a través de un trato que refleja la voluntad del presunto padre de tratar o determinada persona como su hijo extramatrimonial (CSJ, Sentencia Exp. 5839, Col.).

En términos doctrinarios,

Es el conocimiento público de los hechos que configuran esa conducta de relación, demostrable a través de un conjunto de testimonios fidedignos. Es la

consecuencia de la notoriedad del trato, de tal manera que los deudos, amigos y el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre (Bacca Garzón, 1992).

En otras palabras, el sujeto asume reiterativamente y de manera personal los gastos requeridos para la crianza, establecimiento y educación del presunto hijo. Es por ello por lo que el elemento de la fama no puede tenerse como un simple rumor, sino que debe tratarse de la convicción generada en las personas encontradas, tanto dentro como fuera, del vínculo familiar, que quien se comporta como padre efectivamente lo es, porque serán ellos finalmente quienes presten ayuda al juez a esclarecer los hechos a partir de la rendición de cuentas hechas sobre la subsistencia, educación y establecimiento, que el presunto padre le brindó al hijo.

En palabras de Nuñez Cantillo (1979):

Con este elemento se relaciona el tratamiento que se ha dado a la persona que desea demostrar el estado civil, por quienes han sido sus allegados. Así el artículo 397 del C.C., informa que la posesión notoria del hijo legítimo consiste en que el padre lo haya tratado como tal.

En términos generales, el trato es uno de los elementos más relevantes dentro de la posesión notoria, porque es ahí donde se refleja la voluntad del presunto padre de tratar a determinada persona como su hijo y especialmente ponerlo en conocimiento de los demás exteriorizando sus conductas hacia él. De manera que para el cumplimiento de este requisito las personas catalogadas como amigos y vecinos, deben entender tal comportamiento real como el suministrado de un padre hacia su hijo, es decir, que

quien pretende reclamar su filiación mediante esta presunción demuestre mediante la prueba testimonial como lo exige la Ley, que efectivamente si recibía tal trato.

11.2. Prueba de la posesión notoria

En ámbito probatorio, el Código Civil aún contiene ciertas reglas probatorias, particularmente en los que se refiere a la posesión notoria. Afirma la legislación civil:

La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse. (Ley 84 de 1873, art. 399, Col.).

Sin embargo, no quiere decir lo anterior, que haya establecido una tarifa legal para la prueba de la posesión notaria del estado de hijo, pues de conformidad con el principio de la libertad probatoria se puede determinar por cualquiera de las pruebas admitidas especialmente por las normas procesales, confesión, indicios, documentos, carta, mensaje de base de datos electrónicos, fotografías etc. (Ley 1564 de 2012, art. 165, Col.), de los cuales se puedan deducir las relaciones paternofiliales.

Sobre el particular, la jurisprudencia se ha pronunciado en estos términos:

Para la aplicación de la posesión notoria del estado civil es necesario que el juez, o la Corte Suprema en los recursos de casación, tengan el pleno convencimiento de la configuración de sus tres requisitos, para poder declarar la paternidad por este medio, es decir, que durante más de cinco años el padre se haya comportado como tal

frente a su hijo, colaborando como ya se expresó anteriormente con su educación, establecimiento y subsistencia, y que además de ello, los vecinos y amigos del presunto padre lo reputen como tal. De allí que corra a cargo de la parte demandante la demostración de la respectiva causal por los medios establecidos en la ley y que sean idóneos, a fin de que una vez presumida la paternidad, ésta sea declarada, mientras la parte pasiva a su vez, debe contrarrestarlos con las pruebas pertinentes y necesarias para tal fin. (CSJ, Sentencia Exp. 6418, Col.).

11.3. Posesión notoria e insuficiencia para la determinación de la filiación de crianza

Ya desde antes de 1967, la jurisprudencia se había pronunciado en torno a la posesión notoria de estado de hijo, desarrollando el contenido del Código Civil que señala:

Para que la posesión notoria del estado civil, se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado cinco años continuos por lo menos.

Parágrafo. Para integrar este lapso podrá computarse el tiempo anterior a la vigencia de la presente ley, sin afectar la relación jurídico-procesal en los juicios en curso. (Ley 84 de 1873, art. 397, Col.).

Al respecto, el pensamiento de la jurisprudencia imperante en el pináculo de la institución que se viene comentando, se puede compendiar en la decisión del 22 de septiembre de 1955. Veamos:

Al decir el artículo 399 del Código Civil -aplicable a la filiación natural por virtud del artículo 7° de la ley 45 de 1936- que la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, "que la establezcan de un modo irrefragable" sentó en la materia un régimen probatorio riguroso en extremo, implicativo de un número de testigos superior a dos, fehacientes sin lugar a duda, cuyas declaraciones, responsivas, exactas y completas, como deben serlo- sean "incontrastables" (que a tanto equivale el vocablo "irrefragable"), por la coincidencia en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en ellas se expongan y por las explicaciones acerca de la manera como los testigos percibieron el hecho declarado;

C)-Respecto de la parte final del artículo 69 de la Ley 45, o sea la circunstancia exigida por esa norma consistente en que los deudos y amigos del pretense padre hayan reputado a una persona como hija de él, estima la Corte que debe interpretarse y aplicarse en la misma forma como la jurisprudencia y la doctrina han interpretado y aplicado la última parte del artículo 397 del Código Civil, o sea que no basta la estimación, ni la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que es necesario que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo. La apreciación de los testigos al respecto, no es por sí sola la prueba de ese estado sino que debe ser la deducción, en virtud de los hechos positivos, sostenimiento, educación y establecimiento, presenciados por esos mismos testigos.

D)-Refiriéndose a. la prueba de la posesión notoria del estado civil, el rigor interpretativo se explica por tratarse de cuestión tan delicada y atañadera al orden público interno, como lo es el estado civil de las personas. Y debe ser aún más estricto cuando se trata de la filiación natural: porque entonces no existe la presunción legal que ampara a los hijos de matrimonio legítimo (pater is est quem nuptiae demonstrant) y porque cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo 49 de la Ley 45 de 1936, más sirve para investigar la paternidad natural, haciendo admisible la demanda, que para fundar forzosamente la declaración judicial. (CSJ, Sentencia del 22 de septiembre de 1955, Col.).

Esa posición fue refrendada por la corporación (CSJ, Sentencia del 06 de agosto de 1969, Col.), afirmando que era “lógico que la ley se haya referido de modo especial a la prueba de testigos”, dada la naturaleza de los hechos que configuraban la posesión notoria. A pesar de eso, se clarificó que el régimen jurídico “no excluye en manera alguna otra clase de pruebas que sean pertinentes y legalmente eficaces para demostrar el trato y la fama.”.

Moderando cada vez más el régimen probatorio, y reivindicación los derechos de los hijos extramatrimoniales (CSJ, Sentencia del 22 de marzo de 1979, Col.), el Alto Tribunal expresó “que no puede extremarse el rigor para analizar las pruebas aportadas para acreditarla”. Particularmente, impuso que: (i) no se podía exigir a cada uno de los testigos la reiteración de los actos posesorios por más de cinco años; (ii) no es jurídico imponer la expresión implícita que la duración de la posesión fue mayor de

cinco años; y (iii) no se requiere que en todos los casos la prueba implícita que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo. Así, en criterio del precedente, basta un comportamiento del demandado en donde se deduzca que no haya eludido la satisfacción de los primordiales deberes para con el demandante, para que prospere la inferencia de que “el vínculo unitivo de tales personas no puede ser otro que el de la paternidad o la afiliación.”.

Según se dejó demostrado en el análisis de la línea jurisprudencial, hasta la expedición de la legislación que impuso la práctica de los exámenes científicos (Ley 721 de 2001, Col.), la posesión notoria de estado de hijo fue recurrentemente regulada por los litigantes, manteniendo la Corte su doctrina y esto porque hasta la expedición de esta ley, no existía la prueba de ADN.

En efecto, era frecuente que ante la carencia de fiabilidad de las pruebas biológicas, se recurriera al instituto de la posesión notoria de estado de hijo; las pruebas que se practicaban eran de muy diversa índole unas que se fundaban en la transmisión de enfermedades hereditarias y anomalías constitucionales, y otras que se basaban en la herencia biológica de caracteres anormales, que tenían relación con caracteres morfológicos, psicológicos, fisiológicos y particularmente los físicos/químicos (prueba de grupos sanguíneos).

Tuvieron reconocimiento judicial las pruebas basadas en la transmisión de caracteres patológicos, pero que no eran muy seguras. También en varias de las decisiones de la Corte Suprema tuvieron reconocimiento las pruebas antro-po-heredo-biológicas que se basaba en los estudios de los caracteres morfológicos, según las

leyes de Mendel. En estas técnicas se hacían comparaciones entre 260 y 300 caracteres diferentes, que eran valorados pericialmente, como, por ejemplo, el color de los ojos, pabellón de la oreja, los diámetros craneales, la forma de la nariz, estructura de los cabellos, los labios, la forma del paladar, columna vertebral, manos, dibujos papilares y huellas dactilares, las cuales daban rienda suelta al subjetivismo del perito, pero que se practicaron en muchos procesos de paternidad en Colombia.

Otro método fue la prueba de KUHNE. Rivero Hernández & Lacruz Berdejo (1971) explica que se refería a la morfología de la columna vertebral, pero sobre la cual no nos referiremos, ya que esta prueba fue desacreditada, también existió la prueba de los grupos sanguíneos eritrocitarios, pero esta prueba era exclusión de la paternidad, razón por la cual, tenía que acudir a otros elementos probatorios, cuando la prueba no excluía la paternidad, y su eficiencia estaba entre el 20 y 30 por ciento.

Ninguna de las anteriores pruebas era absolutamente fiable, razón por la cual, en las disputas de paternidad la jurisprudencia se apoyó en otras pruebas como las documentales, testimoniales y por supuesto en la posesión notoria de estado de hijo.

Sobre estas pruebas, la judicatura había mostrado su preocupación, posición también compartida por la jurisprudencia, al punto que se dijo que la legislación vigente para esos años se apoyaba en la inexistencia de medios probatorios absolutos y ciertos para establecer de manera positiva la paternidad.

En efecto, a juicio de esa inteligencia:

La prueba científica resultante del dictamen antropoheredobiológico, por sí sola o como único medio de prueba, no es prueba de la paternidad, pero unida a los demás elementos probatorios, contribuye a consolidar la afirmada conclusión, o sea, la paternidad; constituyendo un indicio grave vinculante para el juez, que ligado a los restantes elementos probatorios conduce a tener por cierta la paternidad pretendida (Castro de Arenas, 2002).

Y en torno a los grupos sanguíneos, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia, se sostuvo:

La prueba de compatibilidad sanguínea entendida en sus caracteres, no es suficiente para que ella por sí sola de un resultado positivo para fulminar, per se el litigio, con sentencia estimatoria de las pretensiones del actor, sin existencia de otros medios probatorios que respalden sin equívocos la filiación disputada (...) al pasar por alto el fallador, la prueba de los grupos y factores sanguíneos en el cual se obtuvo un resultado compatible dicha omisión es intrascendente, por cuanto dicha prueba, no es una prueba que en contrastablemente afirme o excluya la paternidad. Como si lo sería la de la huella genética, o sea, STR.

A partir de 1999, la Corte Suprema de Justicia que exhortó a los juzgadores de instancia a ordenar la práctica de prueba científica de ADN. (Sentencia 110 del 99) y en providencia 123 del 99, enfatizó la importancia y la fiabilidad de la prueba de ADN. (Castro de Arenas, 2002, p. 123)

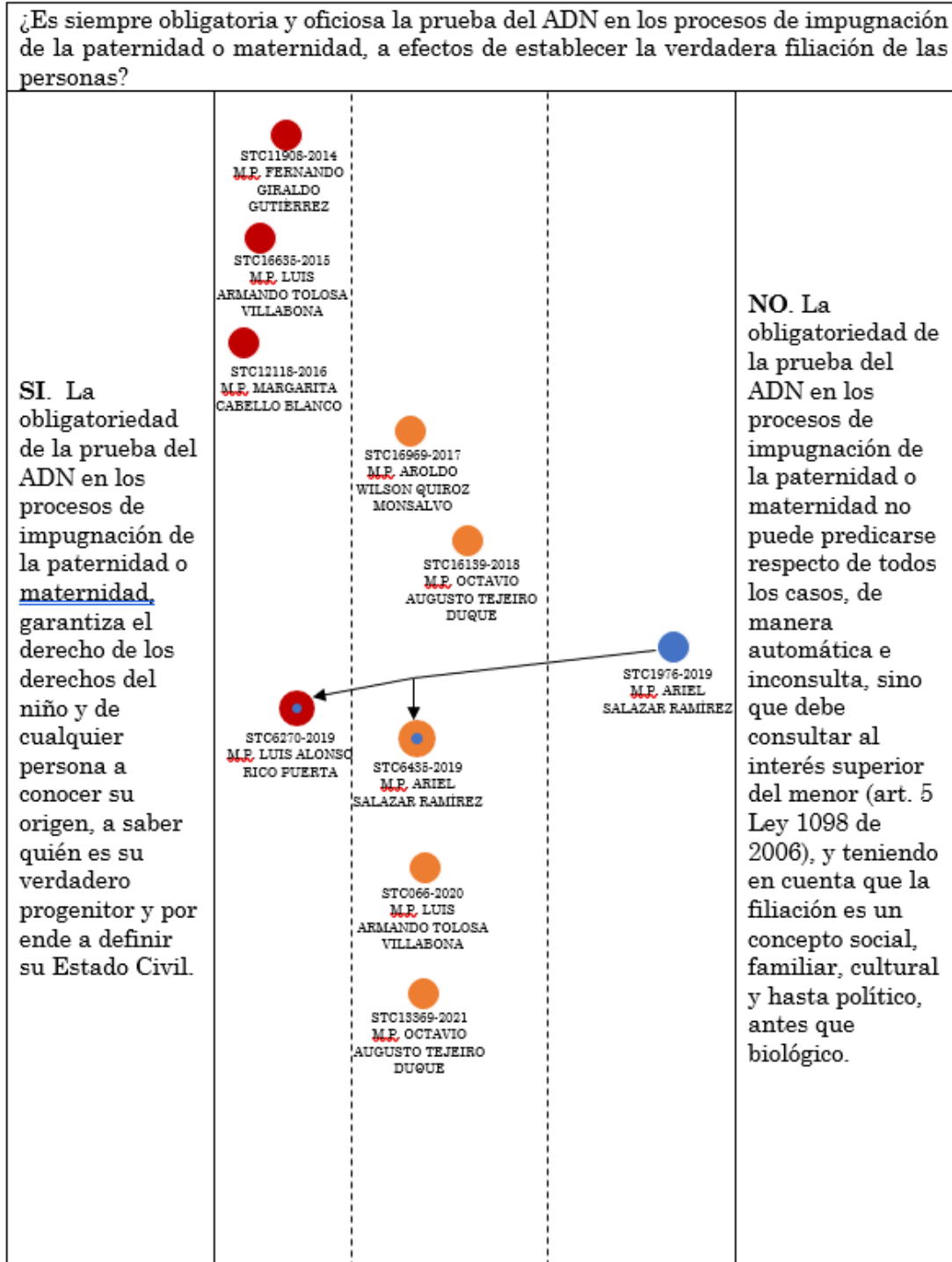
De esta manera, nuestra honorable Corte Suprema de Justicia comenzó a privilegiar la práctica de la prueba de ADN, dándole mayor énfasis a la paternidad

biológica frente a la paternidad socioafectiva. Posición que vino a ser reforzada por la legislación con reglas imperativas e inconsultas, como la de que “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.”(Ley 721 de 2001, art. 1, Col.), perspectiva replicada en el régimen procesalista al aducir que “Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN (...) (Ley 1564 de 2012, art. 386.2, Col.).

Total, que los conflictos jurídicos no fueron pocos en orden a dar privilegio a la sangre. Entonces, se preguntó la Corte si era obligatoria la prueba de ADN, en los procesos de impugnación de la maternidad o paternidad, y en los procesos de investigación de la paternidad.

Como lo muestra la **Ilustración 1**, hay una tendencia mayoritaria bajo el criterio que es obligatorio dicha prueba. En esta vertiente, se sitúan las sentencias STC11908-2014 (2014), STC16635-2015 (2015), y STC6270-2019 (2019). Esta tendencia jurisprudencial apoyó su postura en la necesidad “garantizar los derechos del niño” y de cualquier otra persona a conocer su origen, a saber, quién es su verdadero progenitor y por ende, definir el estado civil. De ahí que, sin importar las razones de los sujetos procesales, el objeto de la pretensión siempre será discutir si el demandado aportó el material genético para la gestación del demandante, como lo sugiere Rojas Gómez (2021).

Ilustración 1
Obligatoriedad de la prueba de ADN



Fuente: Elaboración propia (2023).

Desde esta óptica para la Corte Suprema de Justicia, la verdadera filiación, se funda en el patrimonio biológico. El padre no puede ser otro que aquel que muestra la prueba de ADN, así se equiparan verdad biológica y paternidad, desdeñándose la paternidad socioafectiva que puede surgir de la constatación de los requisitos exigidos para el establecimiento de la paternidad a través de la posesión notoria de estado de hijo. En una de estas decisiones (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.), curiosamente la Corte, en un proceso de impugnación de la paternidad ordena al Tribunal Superior de Neiva dejar sin efecto la caducidad reconocida en la sentencia de segunda instancia para que se acogiera las pretensiones de la demanda de impugnación ordenando además el pago de perjuicio a favor de los niños en los casos de reconocimiento por complacencia a sabiendas de la verdad biológica.¹²

En un punto intermedio se sitúan las providencias STC16139 -2018 (2018), STC6435 -2019 (2019), STC066-2020 (2020), y STC066-2020 (2020). En la primera providencia, sostiene que la práctica de la prueba de ADN no siempre es obligatoria, ya que en la actualidad si se trata de filiación de mayor de edad, la sola falta de oposición de la reconvenida faculta el juez para tener por establecido el nexos consanguíneo reclamado.

En la segunda providencia, se sostuvo que, en salvaguarda del interés superior del menor, la paternidad psicológica que emana de la relación paternal por alguien que

¹² No profundizamos en los pormenores de esta sentencia ya que la misma es profundamente analizado en el acápite de críticas de algunas providencias de corte suprema de justicia proferidas en esta materia que han tenido repercusiones en la academia.

se le considera hijo exista o no lazo de sangre, el juez debería de abstenerse de adoptar cualquier medida que ocasione afectación violenta, psicológica o espiritual por la amenaza que representa la exigencia del examen genético al sentirse resquebrajados o amenazados los vínculos con su familia. Así, el Alto Tribunal comenzó a reconocer otros fundamentos de la paternidad distintos del patrimonio genético, aunque de una manera muy tímida. Esta última corriente jurisprudencial comienza a dar paso al reconocimiento de la paternidad socioafectiva, por la vía de la posesión notoria de estado de hijo, con un fuerte viraje hacia el reconocimiento de la familia de crianza, pero siempre que se configurara los elementos estructurales de la posesión notoria de estado de hijo. Al respecto, dijo el Alto Tribunal:

La familia, en consecuencia, no debe definirse exclusivamente por el cientificismo, porque doblega en repetidos casos, el derecho, la libertad y la autonomía de la voluntad. La familia es ante todo una institución cultural, mediada por lazos sociales, donde lo científico puede ser desplazado.

De allí que en tiempos más próximos el campo de aplicación de la familia de hecho se ensanchara, para reconocer que podía emanar de lazos parentales o colaterales producidos por la crianza, esto es, de la acogida de una persona en un núcleo familiar que, por fuerza de la convivencia, permite la formación de relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, dando, incluso, origen a una nueva fuente del vínculo filial no derivada del nexo biológico, pero no extraña al ordenamiento jurídico, como en antaño se admitió en materia de adopción. En consecuencia, en una sociedad multicultural y

pluriétnica la filiación es una institución cultural, social y jurídica, no sometida irremediablemente a los fríos y pétreos mandatos de la ciencia.

(CSJ, Sentencia SC1171-2022, Col.)

Y recordando la necesidad de ir más allá de los vínculos estrictamente biológicos, en el camino al reconocimiento de las relaciones de crianza edificadas en la solidaridad y el amor, señaló que:

En el ámbito jurídico colombiano las relaciones de familia están determinadas por vínculos biológicos o jurídicos, así para efectos de establecer la filiación de una persona las presunciones consagradas por la ley tienen su fuente en el trato sexual entre los presuntos padres, no obstante, a pesar de que la mayoría de normas que regulan el tema de la filiación están encaminados a establecer el vínculo consanguíneo entre los presuntos padres y el presunto hijo, el ordenamiento legal de antaño, consagró una presunción de paternidad extramatrimonial, donde no se exigía como requisito para establecerla las relaciones carnales del demandado con la madre del demandante , determinando que hay lugar a declararla judicialmente, «cuando se acredita la posesión notoria del estado de hijo.

Es así como el numeral 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, previó la posesión notoria del estado de hijo como presunción de paternidad extramatrimonial, la cual cumple probarse conforme a lo dispuesto en los artículos 5º y 6º de la Ley 45 de 1936 y el 398 del Código Civil, modificado por el artículo 9º de la Ley 75 de 1968, figura que a pesar de su vetustez continua

vigente, pues no fue modificada por las Leyes 29 de 1982, 721 de 2001 y 1564 de 2012. (CSJ, Sentencia SC1171-2022, Col.)

Esta sentencia, aunque representa un hito en la línea jurisprudencial analizada al respecto, no colma las aspiraciones de muchos juristas y que se han materializado unas veces a través de la legislación, como es el caso del Código de Familias de Cuba (Ley 156 de 2022, Cub.), y el sistema jurídico brasileiro, en los cuales, se ha fijado la mirada con especial y extremado énfasis en los nuevos fundamentos de la paternidad, a los cuales no referimos en otros capítulos de esta investigación. Aunque en esta sentencia, se hace un barrido jurisprudencial, en torno al reconocimiento de los derechos de los hijos de crianza, lamentablemente señaló que:

[Corresponde al a quo] buscar, a través de todos los instrumentos legales de que dispone, como por medio de la asistente social..., la eficaz colaboración en la orientación psicológica y social de la niña y de sus familiares, que le permitan a aquélla asumir, con el mínimo de desconcierto, la transición sobreviniente de la sentencia, por supuesto que este pronunciamiento **no implica por sí mismo desconocer abruptamente las circunstancias en las cuales ella actualmente se desenvuelve, ni el entorno afectivo que en el momento ostenta**, todo con el propósito fundamental de contribuir a su desarrollo armónico e integral, tal y como lo prevén los artículos 44 y 45 de la Carta Política (...).

En todo caso, advierte la Corte que el juzgador encargado de ejecutar la resolución deberá promover, como mecanismo para salvaguardar el interés

superior del menor actuante en este proceso, reconocido en los artículos 44 de la Constitución Política y 8 de la ley 1098 de 2006, las medidas necesarias para mitigar las afectaciones sociales y psicológicas que el cambio de paternidad pueda irrogarle. Para tales fines, se tendrá en cuenta la calidad de los vínculos fraternos construidos entre el infante y quien se predicaba su progenitor, los cuales no podrán verse interrumpidos en perjuicio de aquél. **Recuérdese que, según el mandato constitucional en cita, son derechos fundamentales de los menores la salud, el cuidado y el amor, los cuales no están atados a una condición biológica, sino a un vínculo social y afectivo, que debe ser objeto de protección.** (CSJ, Sentencia SC1171-2022, Col.)

De manera franca la Corte Suprema de Justicia acepta que existen eventos en que judicialmente se le debe dar prevalencia a la filiación biológica en desmedro de un vínculo de crianza, estos son, se discurre, eventos en los cuales, se demuestra los elementos del trato y la fama, pero que no han perdurado en el tiempo suficiente para reconocer la posesión notoria de estado de hijo (5 años).

Más que una conjetura, se trata de un indicio que respalda la hipótesis, cuando señala el Alto Tribunal que en esos casos, deberá el juzgador promover medidas necesarias para mitigar las afectaciones sociales y psicológicas que el cambio de paternidad puede irrogarle, es decir, que reconoce de manera franca la primacía de la paternidad biológica, frente a la paternidad socioafectiva, solo por el hecho de que no se cumplió con el último de los requisitos estructurales de la institución de la posesión

notoria de estado de hijo, esto es, por no haber perdurado 5 años, simplemente porque así lo dice la Ley.

Esa postura, omite principios y valores constitucionales que invoca como sustento de estas afirmaciones y que supra legales como la aplicación desquiciada del principio de interés superior del niño, niña y adolescente que es la piedra angular sobre la cual descansa la jurisprudencia constitucional y convencional. Se riñen principios y valores como la dignidad humana, solidaridad, la justicia, la igualdad, la intimidad y en no pocas veces, la buena fe o el desconocimiento del acto propio y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, pues la tendencia actual en sistemas avanzados que han sido estudiados en esta investigación, es el reconocimiento de nuevos fundamentos de la paternidad socioafectiva, como los que se señalaron el acápite correspondiente para no ser reiterativos; eso sí, sin perder de vista el faro que ilumina la interpretación de las normas que protegen los derechos fundamentales prevalentes de la niñez (CP, 1991, art. 44, Col.), esto es, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En suma, el discurso que fundamenta la posición jurisprudencial no solamente de ésta sino de las altas Cortes de nuestro país, se quedan en el camino de la mera retórica, pues, no alcanzan a llegar al reconocimiento verdadero de los derechos fundamentales de los niños, a través de la paternidad de crianza; entonces ¿no resulta contradictorio afirmar en el plano teórico la protección de los derechos fundamentales de los niños, el reconocimiento de nuevas formas de constituir familias (entre ellas la de crianza), cuando en el plano de la realidad social, que es la que verdaderamente importa en el derecho, los niños quedan absolutamente desprotegidos, por parte del

sistema jurídico?. Así se afirma, porque desde el punto de vista lógico, en el menor de los casos, solamente estarían “protegidos” con la llamada paternidad socioafectiva, quienes sean mayores de 5 años, pues los demás no podrán acreditar el tiempo suficiente para el reconocimiento del instituto de la posesión notoria de estado de hijo. Por consiguiente; no solo el legislador si no también la jurisprudencia, cierra los ojos ante las gravísimas consecuencias psicoafectivas, la afectación emocional, psicológica y social.

Por lo anterior, urge la necesidad del reconocimiento verdadero de los hijos de crianza y la paternidad de crianza, pues demostrado está que lo que importa y trasciende en la paternidad de crianza no es el prolongado lapso de la convivencia sino la intensidad de los lazos de amor, afecto que nace de las relaciones paternofiliales.

Precisamente por la angustia, la zozobra y el sufrimiento moral por el que atraviesan familias que se ven en situaciones como las que aquí se dejan planteadas y desde luego las personas más vulnerables de las familias, que son los niños, lo que nos llevaron a incursionar en el análisis crítico, de las jurisprudencias de las altas Cortes con una mirada profunda, tendiente a la reivindicación de los derechos fundamentales de los niños, y porque no decirlo también, de los padres de crianza, que resultan palmariamente desconocidos, como se verá en el capítulo correspondiente.

De esta forma queda develado el carácter caótico, pendular de la jurisprudencia, no solo en su corrección argumentativa interna, sino también, en el universo jurisprudencial, respecto a los fundamentos de la paternidad. Ello se percibe fácilmente en las líneas jurisprudenciales que analizamos en esta investigación.

La posesión notoria de estado de hijo como fundamento del vínculo filial, no es incompatible con la filiación socioafectiva, más bien, le sirve de prueba a este tipo de filiación; así ocurre en los más modernos sistemas jurídicos, como el Código de Familias de Cuba (Ley 156 de 2022, art. 50, Cub.), en donde se la llamada indivisibilidad del estado civil tiende a relativizarse.

Particularmente, existe una unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre el “principio” que se viene comentando. No se encontró ningún autor que planteara una excepción a ese principio; sin embargo, en algunos sistemas, se hace por vía jurisprudencial, en otros por la vía legal, emprendiendo paulatinamente su erosión en la medida que se admite la multiparentalidad, así ocurre en el sistema Cubano, como da cuenta el Código de Familias Cubano (Ley 156 de 2022, art. 55 a 59, Cub.), y la jurisprudencia argentina en el juicio L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación Expte. N° 659/17 (2020).

Con base en lo anterior, esta investigación es del criterio que se adopte, ya sea legal o jurisprudencialmente cualquiera de estas dos tesis, primera que se acepte la multiparentalidad con el mismo alcance de las legislaciones y jurisprudencia anteriormente citada; segundo, que acepte la multiparentalidad biológica en conjunto a la parentalidad socioafectiva para que queden ambas inscritas en el registro civil. La primera, es decir la biológica, con el objeto de dar cumplimiento a la Convención Americana (OEA, 1969, art. 7-8), es decir, se tenga en cuenta el objeto de la identidad biológica con fines terapéuticos u otros intereses dignos de protección.

En conclusión, en nuestro sistema jurídico a partir de la Ley 45 de 1936 (art. 1, Col.), se ha acogido en los estrados judiciales y en la jurisprudencia el instituto de la posesión notoria del estado civil cuyos perfiles, alcances y derroteros señalados; no obstante, importa en este momento resaltar, una especie de renacimiento y una nueva interpretación de la institución, antes anclada en la carencia de certeza de la prueba de determinación de la paternidad y maternidad, hoy sustentada en el derecho viviente.

11.4. Nuevo paradigma del derecho filial. del imperio del patrimonio biológico al reconocimiento del amor como fuente de la filiación.

Como se indicó en precedencia en el derecho clásico, la familia estaba fundada en la institución matrimonial, la familia surgida al margen del matrimonio no era reconocida por los ordenamientos jurídicos a nivel global, como consecuencia de ello, las fuentes de la filiación estaban determinadas por los vínculos de consanguinidad, y excepcionalmente por la autonomía de la voluntad, la verdad biológica era determinante para la determinación de la paternidad. Siendo el matrimonio, la institución sobre la cual se edificó la familia, se adoptó desde hace más de dos mil años la presunción de paternidad “pater is est”.

Prácticamente todas las definiciones del derecho filial paternidad, maternidad, progenitura, tenían una base biológica inexcusable, la mayoría de las veces de contenido real, otras, de manera ficticia¹³.

Si la base de la familia era el matrimonio, y se consideraba que de él surgían los deberes de cohabitación causal, fidelidad e inocencia de la esposa y la autoridad del marido¹⁴, los hijos dados a luz de mujer casada tendrían como padre, al marido.

Esta atribución de la paternidad, era la lógica consecuencia de la comunidad de vida existente dentro del matrimonio, que supone la práctica de relaciones sexuales exclusivas, excluyentes y aptas para engendrar, y que por otra parte, por esa misma exclusividad se presumía que la mujer era fiel a su marido e inocente del delito de adulterio, pues así se calificaban las relaciones extramatrimoniales, que en principio fueron castigadas severamente.

El carácter patriarcal de la institución matrimonial, el influjo de la autoridad del marido sobre su mujer, y la total sumisión de la mujer hacia el marido en la vida matrimonial, llevó a sostener por algunos juristas, que la paternidad estribaba también en la autoridad del marido sobre la mujer, y la vigilancia que este debía ejercer sobre ella. (Rivero Hernández & Lacruz Berdejo, 1971, p. 232)

Por otro parte, algunos autores acudieron a la autonomía de la voluntad, como fuente de la paternidad, así se llegó a sostener que, ante la imposibilidad de probar la

¹³ En los casos en los que, en la concepción del hijo matrimonial no era obra del marido.

¹⁴ Estos fundamentos teóricos de la paternidad con muy distintos matices se pueden apreciar en los comentaristas del código de Napoleón DURANTON, MARCADE, LAURENT, DALLOZ, más tarde por GENY, RICCE, DEMOLOMBE, CARBONNIER, GOGUEY, RIVERO HERNÁNDEZ, entre otros.

paternidad, y como es uno de los efectos del matrimonio, se debería dispensar de tal prueba, asegurando a los hijos en un estado estable “y esa estabilidad se apoyaba en la confesión que el marido hace, al aceptar a la mujer como esposa, de que los hijos que nazcan de esa mujer son suyos” (Rivero Hernández & Lacruz Berdejo, 1971, p. 232). También se dijo, que la filiación era un acto voluntario, contractual, en el que iba implícito el reconocimiento de la paternidad.

Sin embargo a nivel global, desde finales del siglo anterior, se han producido importantes y trascendentales cambios en el campo del derecho de familia, que se han venido desarrollando por el surgimiento de movimientos sociales, como la liberación femenina, la reivindicación de los derechos de las comunidades LGTBIQ+, así como también, fenómenos como la disminución de matrimonios y el aumento de la unión libre, el excesivo aumento de la natalidad, el descubrimiento de los métodos anticonceptivos.

Desde el punto de vista jurídico estos cambios, fueron considerados por la Constitución Política de 1991 (CP, 1991, art. 1, 2, 5, 7, 13, 15, 16, 19, 28, 42, 43, 44, 45, 46 y 50, Col.) que instituyó nuestro Estado Social Democrático de derecho, fundado en la dignidad humana y, el respeto a otros principios y valores como el libre desarrollo de la personalidad, la solidaridad, el pluralismo, y la igualdad, entre otros, que le dieron carta de naturaleza al nuevo derecho familiar.

Los avances de la ingeniería genética, de las comunicaciones, el influjo de las redes sociales en la sociedad actual, WhatsApp, Facebook, Twitter, Instagram y en general, las tecnologías de la información y comunicación, en el contexto de la

sociedad digital después de la pandemia. El reconocimiento a nivel global de novedosas formas de constituir familia, de la diversidad de las relaciones basadas en pactos privados de emparejamiento, y que fueron tratadas precedentemente, nos sitúan en un escenario paradigmático, que ponen en tela de juicio, los principios decimonónicos del *pater is est*, y la determinación de la paternidad. Acudiendo a la carga genética para ponernos en un escenario que reclama una nueva visión del origen de la familia y parentescos como fenómenos socio-culturales, y que hunde sus raíces en principios constitucionales como, el reconocimiento de la diversidad cultural, la autonomía de la voluntad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, amor y solidaridad, igualdad, y no discriminación y la búsqueda de un orden justo; y supranacionales como, el intereses superior del niño; así como, los desarrollos doctrinarios y legislativos a nivel internacional, en los que se han condensado otros principios que rigen el derecho de familia como pluralidad, socio afectividad, búsqueda de la felicidad, equidad, realidad familiar, respeto, responsabilidad individual y compartida.

Como consecuencia de esos cambios ha surgido en la más reciente doctrina y en la jurisprudencia un enconado debate en torno a la desbiologización del derecho y el reconocimiento del socioafectividad, considerando a ésta como:

Aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo, afirma y reafirma sus vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y biológicos en un nuevo

criterio para establecer la existencia del vínculo parental, que se funda en la afectividad, en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana (Varsi-Rospigliosi & Chaves, 2010).

Al proponer la definición de familia en el apartado 9.4, se resaltó el constructo teórico del nuevo derecho de familia que se encuentra impregnado de la dignidad humana, como uno de sus pilares fundamentales y la decadencia del vínculo biológico, pues consideramos que es hora ya de desterrar del lenguaje jurídico o por lo menos distinguir el significado de las palabras padre y genitor, madre y progenitora, aquellos representan el rol de crianza, con toda la carga emocional, afectiva, psíquica y social. A éstos, solamente se les debe atribuir la carga genética, aunque hay quienes sostienen que la paternidad biológica y la paternidad socioafectiva son dos caras de la misma moneda. En otras palabras:

Estas dos formas de paternidad la socioafectiva y la biológica no son excluyentes, se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos. La primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y, la segunda consagra el derecho de saber quién engendró con la finalidad de poder conocerlo y relacionarse con él. Es así que, el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva y, sin temores, la biológica igualmente. (Varsi-Rospigliosi & Chaves, 2010, p. 266).

Como ya se ha dicho la paternidad, *per se*, no es un hecho de la naturaleza, sino un hecho cultural. Y, como lo sostiene la doctrina foránea:

Ser padre o madre no es tanto el hecho de engendrar, cuando es la circunstancia de amar y servir. Debe tenerse en cuenta que la filiación no solo se refleja en el nacimiento. La familia no se limita a la sangre esta significa el crecimiento, la experiencia, madurez y envejecimiento juntos. Se es padre y madre por elección y libertad personal, lo contrario, simplemente, no determina nada. La familia debe ser concebida como una opción y el ejercicio que puede conducir a un feliz acercamiento entre los que tienen y necesitan dar y los que no tienen y necesitan recibir, nunca puede ser establecida en base a la fatalidad (Villela, 1979).

La sangre, el ADN, se convirtió en un imperio que colonizó la vida familiar y la filiación, tan incrustada en el imaginario colectivo, tanto que los viejos juristas no pueden superar sin un colosal esfuerzo, pero las ciencias humanas deben volver la mirada a ese nuevo desafío de construir esta teoría de la filiación, donde se proscriba, si no del todo, sí en ciertos escenarios el valor, de la sangre.

Esta investigación alega que la paternidad nace y crece a la luz del amor, el afecto, de la convivencia, a veces prolongada en el tiempo, a veces en abreviados intervalos, pero con intensos lazos psicológicos y sociales, que posibilitan la transmisión de la cultura, la lengua, la religión, y hasta la idiosincrasia; así ocurrió en las comunidades ancestrales, igual ocurre en la actualidad.

Por ello no debemos admitir que la imputación de la paternidad o maternidad biológica sustituya al estado de filiación socioafectiva, menos aún en los casos de impugnación de la paternidad o maternidad matrimonial, o aquellas surgidas en la

unión marital de hecho. Si en el pasado la paternidad se fundaba preponderantemente en la sangre, en el ADN, en la actualidad se enraíza en la socioafectividad. Y es que,

Actualmente, se viene consolidando en la dogmática *ius familista* la teoría que en el ejercicio del derecho a la dignidad y el derecho al conocimiento del origen genético es perfectamente viable investigar la paternidad biológica de una persona sin destruir el vínculo socioafectivo y de los derechos que de ella se configuran considerándose que de esta se originan de una paternidad legalmente existente. Y es que el estado de filiación se deriva de la comunión afectiva que se construye entre padres e hijos, independientemente de ser parientes consanguíneos originarios por lo que no debe confundirse el derecho al conocimiento del origen genético con el derecho a la filiación sea esta genética o no. Una prueba de ADN negativa no puede albergar el poder para desmantelar la filiación, cuando está probada la existencia del vínculo socioafectivo por lo que se dice que la imputación de la paternidad biológica no sustituye el estado de filiación (Varsi-Rospigliosi & Chaves, 2010, p. 259).

La vida social contemporánea, no es ni será la misma de antes, donde todo fluía al alrededor de la institución matrimonial, patriarcal y decimonónica, donde la mujer, y su cría tenían escasos espacios de protección vital, así la sociedad machista sin sobresaltarse para bien de “los varones” y de una seguridad jurídica artificial, acuñó la paternidad fundada en la sangre, en el patrimonio genético a sabiendas que la verdadera seguridad jurídica, la real, es aquella que nos da la certeza de la protección de nuestros derechos.

Por ello los juristas contemporáneos están reaccionando y repensando para fundamentar y proponer regulaciones no solamente frente a las nuevas formas legítimas de constituir familias, sino en torno a los nuevos cimientos que debe tener el parentesco y la filiación, como lo propone magníficamente Perlingieri (2015).

Para que la filiación deje de ser una caja negra llena de sorpresas, de ignotos vínculos familiares que trascienden más allá de la muerte para reclamar derechos patrimoniales, sucesorales, por lo general; y en no pocas veces -cuando el amor estalla en mil pedazos-, para que la filiación roja y viscosa se utilice para colmar mezquinos intereses como evitar una cuota alimentaria, y a veces con propósitos vindicativos.

La vida social contemplada por el derecho es más caótica; tan caótica que la jurisprudencia en colosal esfuerzo trata de interpretar a través del derecho viviente o activismo judicial, apostando por la vigencia de principios y valores, o por la jurisprudencia de intereses; no tanto por su complejidad, si no por su orfandad regulatoria y por otra parte, porque han cambiado valores que antes no estaban en catálogo tuitivo de los juristas o si lo estaban, era con menguada intensidad. Hoy la autonomía, la intimidad, la solidaridad, el libre desarrollo de la personalidad, el amor y la misma sexualidad, tienen un plus o un peso específico en el mundo del derecho.

La jurisprudencia en todo el orbe ha salido al rescate de los derechos aunque no falta quien hoy reclame la vigencia a ultranza del principio democrático para que el legislador se encargue de la regulación social; pero aún, en los países con regímenes progresistas se han quedado cortos, porque la vida social se transforma vertiginosamente, mientras el derecho camina con pasos paquidérmicos, pero más de

las veces, a no dudarlo, por falta de voluntad política y mezquindad en el reconocimiento de los derechos de grupos ancestralmente discriminados, entre ellos la familia y quienes la integran, muy a pesar de que prístinamente emerge el déficit de protección ius fundamental en este campo.

Por el ADN se puede transmitir los rasgos biológicos entre ellos las características morfológicas, los caracteres patológicos y según algunos el temperamento o carácter, pero nada que tenga tanta trascendencia en la determinación del parentesco. Debe trascender en el campo normativo para la protección de ciertos derechos amparados supra legalmente, en nuestro caso por la Convención Americana (OEA, 1969, art. 7-8), como el derecho a la identidad biológica que es sustancialmente distinto a la identidad psicoafectiva y social; la primera, la identidad biológica, permite al individuo conocer su origen para responder a distintas cuestiones como la necesidad psicológica, razones de información para diagnósticos indispensables en terapias de enfermedades genéticas. Es necesario e imperativo tener en cuenta que el derecho a conocer los orígenes genéticos no tiene –y jamás deberá tener- el poder para dismantelar una relación socioafectiva explícita, y sin lugar a duda existente, pero nunca para perseguir fines alimentarios, patrimoniales o sucesorales; tampoco, para estructurar causales de inhabilidad e incompatibilidad constitucional o legal, ni para obtener el amparo de no autoincriminación en causas penales o disciplinarias.

El ADN no es un principio, es simplemente un dato genético; la socioafectividad es un principio reconocido por los más avanzados sistemas de determinación de la

paternidad y maternidad, tal es el caso de la nueva Ley de familias de la República de Cuba (Ley 156 de 2022, Cub.) y el sistema jurídico brasileiro.

Lo genético es un hecho, una verdad biológica que puede tener significación o relevancia jurídica en ciertos campos -pero en nuestro criterio- carece de la fuerza jurídica para engendrar por sí sola, la paternidad, ni tiene la capacidad para desplazar la verdad psicológica, social y afectiva. En ese sentido, la doctrina brasileña afirma:

La filiación socioafectiva corresponde a la verdad aparente y recorre el Derecho a la filiación. La necesidad de mantener la estabilidad de la familia en reconocimiento de su función social hace que se atribuya un papel secundario a la verdad biológica. La socioafectividad revela la constancia social de la relación entre padres e hijos caracterizando una paternidad, no por el simple hecho biológico o por la fuerza de la presunción legal, sino como consecuencia de los lazos espirituales generados en la convivencia, en todos y cada uno de esos días de mutua coexistencia. El parentesco psicológico prevalece sobre la verdad biológica y, también sobre la realidad legal. Es la relación diaria de las personas más fuerte, incluso, que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir (Varsi-Rospigliosi & Chaves, 2010, p. 267).

La paternidad o maternidad socioafectiva está fundada también en el principio de la justicia, igualdad, y buena fe, igualmente la Corte Constitucional la ha fundado en el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, posición compartida por Martínez-Muñoz & Rodríguez-Yong (2020).

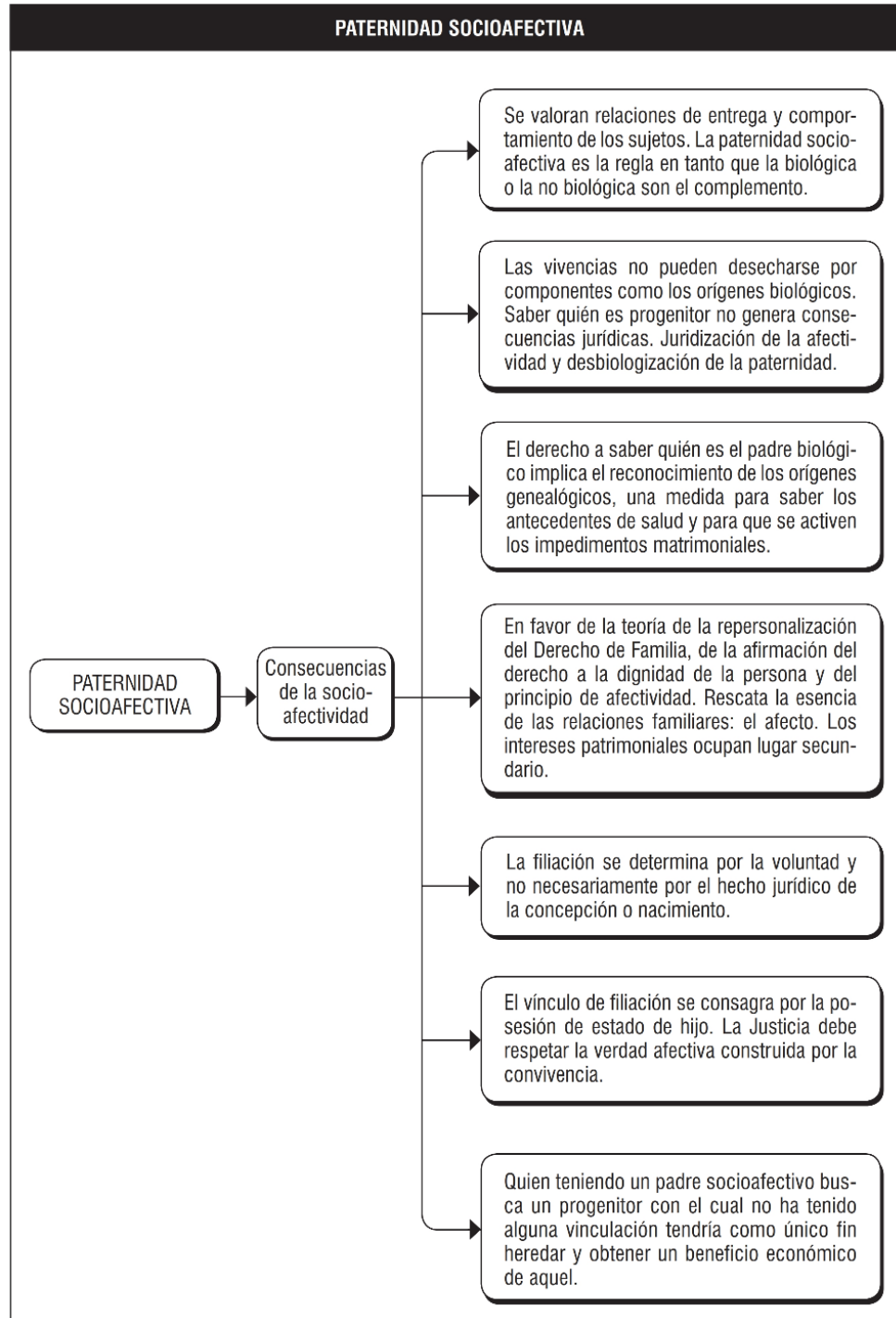
En el derecho familiar moderno ha insurgido una poderosa corriente de opinión jurídica contraria al frío dato genético y que pone el afecto por encima del patrimonio

biológico. Es importante resaltar, como lo concluyen Calera & Resina (2021), que el concepto legal de la filiación sobrepasa ampliamente lo natural. Paradójicamente, es el avance de la filiación asistida lo que ha revelado que lo biológico debe dar paso a la voluntad y el amor en las relaciones familiares, en donde se asuma la maternidad y paternidad con principios de responsabilidad en los acuerdos de procreación. En esa medida, no hay mayor garantía a la defensa del interés superior del menor que la tolerancia y respeto de todas las formas de familia, entre estas, las que privilegian el afecto.

Por otro lado, se considera que la ley no puede conminar a la persona para que acepte una paternidad simplemente biológica renunciando a la socioafectiva, no solamente por razones de dignidad, sino también en casos en los cuales, no se desea por razones respetables la paternidad biológica, en este punto vale la pena recordar los graves riesgos que trae considerar el patrimonio genético como el único mecanismo para la determinación de la paternidad o maternidad biológica.

Por ello, en sustento de la desbiologización, se argumentan las consecuencias del afecto en el escenario familiar así:

Ilustración 2.
La Paternidad Socioafectiva



Fuente: (Varsi-Rospigliosi & Chaves, 2010)

Además, siguiendo las narraciones de S. Han (2022), tal es el caso ocurrido en Estados Unidos, país en el que uno de los más connotados genetistas, Donald Cline, desde el año de 1970, comenzó a realizar tratamientos de fertilidad a parejas utilizando métodos de inseminación artificial; este médico muy reputado no solamente en la comunidad científica, sino además, referente moral por ser la cabeza de una comunidad religiosa, comenzó a utilizar su propio semen, para los procedimientos de inseminación artificial, sin el consentimiento, ni el conocimiento de sus pacientes, procedimientos que llevó a cabo por aproximadamente cuatro décadas, en el pequeño pueblo de Indianápolis. Como resultado de esos procedimientos ocurrieron más de 100 nacimientos de personas que compartían el mismo ADN.

Esta no es una diatriba contra el progreso científico; es más bien un llamado hacia los cultores de las ciencias sociales para que vuelvan su mirada hacia los vertiginosos cambios de la humanidad; para que se aborde científicamente la evolución social y la manera como esta repercute en el derecho de familia.

12. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PRECEDENTES PROFERIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CASACIÓN CIVIL.

En el análisis de las providencias se prescinde de los nombres de las personas involucradas en la Litis, con el objeto de salvaguardar la dignidad y la intimidad, ya que en los litigios si aparecen los nombres (Ley 1098 de 2006, art. 33, Col.).

12.1. La sentencia STC16969-2017. “Los niños no son mercancía”

Al respecto, la providencia que seguidamente se analiza CSJ (Sentencia STC16969-2017, Col.), la cual bajo su frase de que “Los niños no son mercancía”, impuso la relativización de los términos de caducidad en el derecho familiar, además de una responsabilidad civil al demandante airoso en su pretensión de impugnación de paternidad.

En esa decisión se discutió la acción de tutela instaurada contra el Juzgado Quinto de Familia y la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Los hechos que dieron lugar al resguardo iniciaron ante el Juzgado Quinto de familia de esa urbe, en donde se profirió una acción de investigación de la paternidad por paternidad A, contra B. En el examen de ADN, se llegó a la conclusión de que el demandado no era el pretendido padre, razón por la cual se convocó al proceso aquella personal que la madre X señaló como presunto padre.

Con todo, en el curso de proceso, se comprobó paladinamente que A, era conocedor de que la paternidad no le era predicable, y con todo auspició un reconocimiento en el registro civil como tal, que de antemano se sabía que no coincidía con la querida filiación biológica.

La pareja así conformada más tarde se separó, después de más de 10 años de convivencia, procediendo la señora X, madre de la niña a instaurar proceso de alimentos en contra A. La reacción de A, fue la de iniciar un proceso de impugnación de la paternidad, que obviamente excluía la acción de paternidad y relatando en la demanda incluida en el proceso las circunstancias de tiempo, modo, señalado categóricamente que la niña había nacido cuando fue reconocida por el demandante en la impugnación por cuanto en el proceso de la acción de paternidad de la pequeña se había adelantado en donde A ejercía sus funciones, acción que culminó ante el reconocimiento voluntario que de la paternidad que se le atribuía.

El despacho de conocimiento de la impugnación de paternidad denegó las pretensiones de la demanda al considerar que había operado el término de caducidad (Ley 1098 de 2006, art. 216, Col.), decisión que fue apelada ante el Tribunal de Neiva siendo confirmada. Inconforme con la decisión A, promovió acción de tutela en ante el Alto Tribunal, alegando la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, y los derechos fundamentales de B.

Por su parte, la CSJ (Sentencia STC16969-2017, Col.), concedió el resguardo constitucional y consecuentemente, ordenó a la Sala Civil, Familia de Neiva, que, en el término de 10 días, condados a partir de la notificación del fallo, dejar sin efecto la Sentencia de segundo grado y decidiera el caso, siguiendo los lineamientos dictados en la parte motiva de la providencia, en siete argumentos medulares:

El primer argumento, alude a que:

Del examen de la demanda de amparo se establece. que a través de ella se cuestiona la sentencia de 3 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal criticado dentro del proceso de investigación de la paternidad censurado, la cual declaró la caducidad de la impugnación promovida por (...) respecto de la menor XXX.

Por ende, de entrada, se muestra necesaria la intervención del Juez Constitucional, en orden a salvaguardar el derecho al debido proceso de la infante aludida, por cuanto los menores gozan de prerrogativas para asegurar su adecuada formación y desarrollo, en resultas del concepto de su interés superior. (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.)

El segundo argumento, se define así:

Resulta importante destacar la necesidad de definir la verdadera filiación de los niños y adolescentes, en concordancia con el artículo 25 del Código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098 de 2006), que al respecto prescribe: «los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia.

De allí que, en concordancia con tal precepto, el artículo 218 del Código Civil modificado por el canon 6º de la ley 1060 de 2006, disponga la forzosa vinculación de los presuntos padres biológicos, al prever que «(e)l juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre

biológico o a la presunta madre biológica, con el fin de ser declarada en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre. (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.)

El tercer argumento, se circunscribe en que:

La acción judicial dirigida a establecer la filiación de una persona y especialmente de un menor, conlleva a definir su estado civil, ante la familia y la sociedad. Por contera, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que «la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona», y recordó que la filiación de una persona, «se encuentra vinculada al estado civil, y por ende constituye un atributo de la personalidad. (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.)

Del cuarto argumento, el Alto Tribunal considero:

Para el caso en estudio se observa que Jhon Jairo Solano Trujillo inició el juicio de impugnación del reconocimiento filiar que hizo en favor de la menor XXX; que dicha inscripción él la hizo a sabiendas de que no era el progenitor -según quedó establecido en el litigio materia del reclamo constitucional-; y que fue desestimada su pretensión por los juzgadores de instancia al colegir que la acción caducó.”

Adicionalmente, Robinson Vega Cerquera fue vinculado a dicho proceso, como supuesto padre biológico de la menor, lo cual dio lugar al examen de ADN que arrojó como resultado la exclusión del demandante y, de otro, que Vega Cerquera tenía

una probabilidad del 99,999% de ser el padre de la niña. (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.)

Y el quinto argumento, es:

Que era necesario en el caso ponderar los derechos, a la personalidad jurídica de la niña, al estado civil y a la personalidad jurídica, frente a la caducidad y que en el asunto de autos debía ceder la operancia de la caducidad frente a las prerrogativas de la personalidad jurídica al nombre, familia, estado civil. (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.)

En el sexto argumento, se define:

Que el reconocimiento hecho por el accionante a sabiendas que niña no era su hija biológica bajo la promesa de estando enamorado no puede generar el desconociendo de la niña relativos a su nombre, personalidad jurídica y estado civil y a conocer su verdadera familia. (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.)

En el séptimo argumento, se propuso:

Que, en el caso, había lugar a la indemnización de perjuicios de la menor ahora adolescente en contra quien procedió a su reconocimiento voluntario ahora lo repele. Señalando que el poder de fallar ultra-petita y extra-petita.

Por supuesto que, en el caso de autos, pudo generarse una afectación psicológica a la menor demandada, entre otros daños, originada en la ruptura de los lazos afectivos creados durante años de convivencia familiar, truncados súbitamente no más que por el cambio de parecer del ascendiente que, a modo de retracto, decide no sólo romper el vínculo afectivo que voluntariamente auspició sino rechazar la filiación

de quien una vez acogió en su seno, cual mercancía que, dependiendo del estado de ánimo, puede ser desechada. Por supuesto que dicho proceder debe dar lugar a la reparación del daño, a lo sumo psicológico. (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.)

La decisión fue objeto de impugnación, pero fue confirmada por el juzgador de segundo grado. Conviene analizar, las críticas del impugnante en especial, las del magistrado Edgar Robles Ramírez de la Sala civil, del Tribunal de Neiva.

El reproche planteó la trasgresión del principio de la autonomía judicial, pues el asunto no se encontraba incurso en las causales genéricas, ni los requisitos específicos de procedibilidad exigidos por la línea jurisprudencial edificada sobre las vías de hecho. Tampoco respondió, dice la impugnación, al requisito de la subsidiaridad, que en materia de tutela ha edificado la jurisprudencia en procesos de filiación. A juicio de la autoridad criticada, al auxilio de “nuevo precedente”, se olvidaron los principios de la buena fe, igualdad, confianza legítima, respeto del acto propio, acceso a la administración de justicia, abandonando la línea jurisprudencial arraigada, pacífica y constante de la jurisprudencia, en torno a la caducidad en las acciones de impugnación de la paternidad, perdiendo de vista la importancia de la misma en materia de impugnación de la paternidad, y erosionando los principios que en ella subyacen, como la seguridad jurídica, el estado civil, derechos fundamentales a la personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, la estabilidad de las situaciones jurídico-familiares.

En lo que se refiere a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se alegó un quebranto a los derechos fundamentales del implicado, a la personalidad jurídica,

estado civil (hija de crianza), a tener una familia, a no ser separada de ella, al cuidado y al amor, y de paso, incurrió en una petición de principio, al enrostrar la carencia de ponderación por parte de los Juzgadores de instancia, al tiempo que interviene en el razonamiento hermenéutico, argumentando que debía removerse la caducidad, para dar paso al pronunciamiento de la paternidad biológica.

La crítica argumentó que la decisión olvidó el amparo a la familia de crianza, como institución básica de la sociedad, su intimidad, el derecho de los niños a tener una familia, (de crianza), a no ser separados de ella, a la protección debida, al amor, a la salud y a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, a la educación y cultura, y la libre expresión de su opinión en las decisiones que lo afectan. Se reclama insistentemente el derecho de los niños a ser escuchados de acuerdo a su capacidad progresiva, lo cual por fuerza del mandato del Alto Tribunal, ya no podrá tenerse en cuenta, como tampoco podría sopesarse, en cuál de los hogares se garantizaba la primacía del interés superior, entendido como el imperativo que obliga a las autoridades judiciales, al momento de adoptar decisiones que pueden comprometer la estabilidad emocional, y que no garantizan el desarrollo armónico de su integridad psíquica, física, moral, intelectual, religiosa, económica y social.

Sobre el particular, los argumentos críticos del censor se desarrollan como sigue, con las anotaciones respectivas.

12.1.1. Vulneración del principio de la autonomía judicial

La guardiana de la Constitución (CC, Sentencia C-543/92, Col.), ha venido edificando unas subreglas de procedibilidad de la acción de amparo, al ser está el mecanismo idóneo para restablecer los derechos fundamentales conculcados mediante una decisión judicial, cuando se cumplan los requisitos generales y específicos. Sin embargo, en el caso no se colmaron. En consecuencia, la acción de tutela era improcedente.

En las consideraciones del fallo, se afirma que, no obstante, que

El carácter residual y subsidiario del amparo, este es procedente de manera excepcional respecto de actuaciones y providencias judiciales, única y exclusivamente en presencia de una irrefutable actuación ilegítima no susceptible de corregir mediante los mecanismos ordinarios previstos en la ley, en cuanto no se oriente a sustituir, desvirtuar o afirmar los medios, los recursos y acciones de instrumentos normales de protección o defensa del derecho, desconocer, e invadir la órbita de los jueces naturales discrepar de sus decisión y, naturalmente siempre que se ejerza un término razonable. (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.)

En criterio del impugnante la providencia que originó la acción de tutela respeta una profunda y arraigada línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad como más adelante se demostrará. En todo caso, el actor no agotó los recursos que tenía a su alcance, como era el recurso de casación el cual era procedente, proposición que pasó por alto el fallo analizado.

12.1.2. El requisito de subsidiariedad en los procesos de filiación.

A los superiores funcionales de los jueces, no se les está permitido imponer criterios, desde luego, sin perjuicio del carácter vinculante que pueda tener en determinados casos la doctrina de la Corte Constitucional, y la doctrina probable pues en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria no vincula de manera absoluta al juez, si bien, no tenemos un sistema de libre jurisprudencia, las decisiones de la Corte de Casación vinculan relativamente.

El respeto a la autonomía del juez es un bastión inquebrantable del Estado Constitucional y su sacrificio, puede comprometer derechos fundamentales como la libertad y la seguridad jurídica, es por ello, que la guardiana de los derechos fundamentales ha sido muy celosa y cuidadosa al momento de estructurar las reglas de improcedibilidad de las acciones de tutelas frente a providencias judiciales.

En efecto, si bien es cierto que en la rama jurisdiccional existen unos funcionarios que desde el punto de vista funcional se erigen como superiores o de mayor rango, debe tenerse absoluta claridad que estos, por mandato constitucional, están vedados para tener incidencia personal o corporativa en las decisiones judiciales adoptadas por los jueces de menor jerarquía.(de Ramírez, 2009).

La Corte Suprema, en infinidad de fallos había establecido los lineamientos de la Caducidad en la impugnación de la paternidad, señalando que en los procesos de filiación es deber de los jueces actuar con extremada diligencia y proactividad, teniendo en cuenta que está de por medio el principio de la dignidad humana y el reconocimiento

de la personalidad jurídica. Del mismo modo, ha señalado que son titulares de la acción el compañero permanente y la madre, quienes pueden ejercerla dentro 140 días hábiles siguientes aquel en que tuvieron conocimiento de que no son los padres biológicos y que al verdadero padre biológico y el hijo no se les impone termino para demandar en virtud de lo dispuesto en el Código Civil (Ley 84 de 1873, art. 406, Col.). Este punto de vista fue reiterado por la Corte al señalar que:

Es claro, entonces, que en todos los casos de impugnación de la paternidad extramatrimonial, independientemente de que su promotor sea el propio padre reconociente, o sus ascendientes, cuando aquél ya ha fallecido, o cualquiera otra persona, el que intente la acción debe estar asistido de “interés” suficiente para gestionarla, esto es, encontrarse en condiciones reales de adelantarla, lo que sólo acontece cuando ha adquirido la certeza de que el reconocido no puede tener por padre a quien figura como tal (...) (CSJ, Sentencia SC12907-2017, Col.)

Casos habrá, en los que a ese convencimiento se llega fruto de la realización de un cotejo de ADN, que descarta la paternidad, prueba que, por sus características y desarrollo, ofrece plena convicción al respecto. Pero también puede acontecer, que, sin haberse practicado la indicada prueba científica, el interesado, de todas maneras, albergue la idea de que el reconocido no es hijo de quien lo reconoció, porque así lo deduce de otros medios de convicción, como pueden ser, a título de mero ejemplo, el hecho de que el padre se haya practicado la vasectomía o que sea impotente o por las afirmaciones de la madre del reconocido.

De hecho, la Corte Constitucional, mantuvo su criterio en un caso idéntico al que decidió el Tribunal criticado, en el cual, pasados 8 años de tener certeza de la ausencia de la relación filial pretendió el padre supuesto que se desconociera el término de caducidad en un proceso de impugnación de la paternidad, en esa oportunidad se sostuvo:

La Corte encuentra que el término de caducidad tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales al estado civil y a la personalidad jurídica. Esto significa que aun cuando se consagra una barrera para el acceso a la administración de justicia, se trata de una limitación que no sólo busca evitar la desidia o negligencia del interesado en el ejercicio del derecho de acción, sino también impedir la desestabilización permanente de las relaciones sociales y familiares que surgen del vínculo filial. Para la Corte, es claro que el término de caducidad impide que un individuo sobre el cual existe una duda sobre su paternidad, se vea obligado a convivir largos períodos de incertidumbre sobre su estado civil o que el mismo pueda ser controvertido en cualquier momento. (CC, Sentencia T-207/17, Col.).

Entonces, al proceder a dejar sin efecto mediante una decisión de tutela, la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que respetaba la jurisprudencia se vulneró los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima, respeto del acto propio y el debido proceso.

Conviene subrayar que la Igualdad, es uno de los principios más relevantes de nuestro Estado Constitucional que ordena dar un trato igual a quienes se encuentren en situaciones fácticas similares y que tiene su origen constitucional (CP, 1991, art. 13,

Col.) y que desde el punto de vista de las decisiones judiciales debe garantizar la Corte de casación, como lo demanda el Código General del Proceso (Ley 1464 de 2012, art. 333, Col.).

El trato igual en las decisiones judiciales permite que los ciudadanos tengan certeza y seguridad jurídica del cual es el criterio del interprete autentica del ordenamiento jurídico ordinario; lo cual se logra a través de la casación, que tiene por fin no solo unificar la jurisprudencia nacional, sino también se le ha encomendado la indeclinable tarea de lograr la eficacia de los instrumentos internacionales y proteger los derechos fundamentales.

Respecto al trato igual en las decisiones judiciales sobre el ejercicio de sus derechos y sobre la efectividad de los mecanismos de su protección que se manifiestan en la seguridad jurídica y que se despliegan en diferentes formas. En primer lugar cuando la Constitución establece que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley - entiéndase también al imperio de la jurisprudencia de los Tribunales de casación- que garantizan los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe, respeto al acto propio, los que se erige no solamente en una garantía de autonomía e imparcialidad del Juez, sino también de igualdad en cuanto se apliquen a los mismos supuestos fácticos idénticas consecuencias jurídicas; de ahí, la importancia de la casación. Es por ello por lo que, el fallo que la Sentencia de tutela vulneró el principio de igualdad.

Ahora, en lo tocante a la doctrina de los actos propios, impide a las personas contrariar sus conductas pasadas, (*venire contra factum proprium non valet*) tiene

antiguos precedentes históricos desde el derecho Romano (Corral Talciani & Oviedo Albán, 2016) Desde el conocido texto de Ulpiano, recopilado en el Digesto 1,7,25, el cual impide a un padre que en mancipa a su hija concediéndole el carácter de libre y plenamente incapaz desconocer esa condición posteriormente, permitirle desconocer su propio acto se constituye notoriamente en un ataque al principio de buena fe y equidad y esto no obra solo para los particulares, sino que también para los jueces en relación con sus providencias.

En cuanto a lo primero, debe censurarse la aptitud del padre accionante quien este caso concreto, a sabiendas de que el reconocido no es su hijo suyo, lo acoge como tal, para después de transcurridos más de 10 años, pretenda desconocerlo mediante la acción de impugnación de la paternidad, lo cual riñe de manera frontal con la doctrina del reconocimiento de los actos propios.

En cuanto a los segundos, es decir, a los jueces, estos deben mantener su doctrina constante, respetando el precedente horizontal, salvo que existan razones suficientes para cambiar de precedente, lo cual no se puede realizar de manera sorpresiva y abrupta, sino siguiendo las reglas que sobre el particular ha sentado la Corte Suprema, la Corte Constitucional y la doctrina más especializada, clarificar que

En este momento, es importante destacar el rol del Juez como figura decisiva a la hora de aplicar el principio que le impide a una persona contrariar sus propios actos, principio que no consta en una consagración legal, sino que se constituye como una construcción jurisprudencia, ante lo cual, parafraseando a José Puig Bruteau, el derecho no lo crea o desarrolla quien solo proclama unos principios de justicia altruista,

sino quien los convierte en algo tangible, real y accesible.(López Medina & Universidad de los Andes (Bogotá, 2006) .

12.1.3. Importancia de la caducidad

La decisión que se viene analizando soslayó la importancia de la caducidad en acciones de impugnación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Fecunda y constante ha sido la jurisprudencia de nuestras Cortes y de los tribunales al poner en evidencia la importancia de la caducidad, para mantener la estabilidad de las relaciones jurídico familiares las situaciones jurídicas, los estados civiles en garantía del derecho a la personalidad jurídica, vinculada estrechamente con la dignidad humana y que como se dijo en antecedencia ha sido reconocida por los instrumentos internaciones, el bloque de constitucionalidad y que debía ejercer el Tribunal de Neiva, por claros mandatos constitucionales.

En suma, la caducidad tiene por objeto proteger los derechos fundamentales al estado civil, personalidad jurídica, a la dignidad humana, sin embargo, esta como regla jurídica no puede violar principios y valores constitucionales como el interés superior del niño, niña y adolescente, de manera que cuando se enfrenta los principios de la seguridad jurídica y la estabilidad de los estados civiles frente a la personalidad jurídica y dignidad humana e interés superior del menor debe dársele prevalencia a estos últimos; de manera que cuando el juez toma una decisión que afecta los intereses de un niño, niña adolescente.

12.1.4. La ponderación del interés superior del menor

La Corte Constitucional, en diversos fallos ha sentado los criterios que han de tener los juzgadores, para determinar el contenido y alcance del interés superior del niño. En efecto ha sostenido que:

El ordenamiento jurídico colombiano proporciona múltiples reglas –de orden constitucional, legal y jurisprudencial- relevantes para determinar el contenido concreto del interés superior de cada niño en particular. En lo que concierne al caso bajo revisión, la Corte considera que existen parámetros jurídicos relevantes tanto generales –es decir, aplicables a todo caso que involucre la definición de los derechos de un menor de edad- como específicos –esto es, relacionados directamente con los problemas jurídicos que se deben resolver en esta oportunidad -, tal y como se indica a continuación. La Sala tendrá en cuenta los siguientes seis criterios decisivos generales para determinar el contenido del interés superior de la menor: (1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado; y (6) la necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto a decidir.(...)

(...) Tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corte, el interés superior y prevaleciente del menor es un concepto relacional, es decir, que se

predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los de otra u otras personas con los cuales han entrado en conflicto. En otras palabras, afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son prevalecientes no significa que sean excluyentes o absolutos. (CC, Sentencia T-294/04, Col.).

Delanteramente debe sostenerse que en la decisión analizada no se tuvo en cuenta los criterios señalados por la Corte Constitucional, anteriormente expuestos pues no se buscó la preservación de las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, pues el fallo lo privó de la prestación alimentaria que estaba recibiendo de su padre de crianza; tampoco se la protegió frente a los riesgos prohibidos pues la decisión, puso en grave riesgo psicológico de la niña al arrebatarle la paternidad de crianza para ser sustituida por la paternidad biológica, respecto de la cual como quedo evidenciada en el proceso no tenía ningún vínculo afectivo ni con el padre biológico ni con su familia extensa como si lo tenía con la familia de crianza.

El equilibrio de los derechos de los parientes biológicos debe mirarse sobre la base de prevalencia del interés superior del niño como claramente lo ha señalado la Corte Constitucional. En el caso tampoco se tuvo en cuenta el derecho de la menor a participar en las decisiones que le afectaba para evitar cambios desfavorables en sus condiciones psicoactivas presentes y futuras.

El interés superior de la niña, no se garantiza en este caso declarando la paternidad biológica como prácticamente lo ordena el fallo estudiado, por el contrario,

se insiste, arranca a la niña del núcleo familiar que hasta ahora ha conocido, para trasladarlo al núcleo de la familia biológica, lo cual trastoca de manera grave y profunda su bienestar físico, psicológico, moral, emocional, intelectual y social.

Es verdad inconcusa que los juzgadores, al momento de decidir los litigios, en los que se encuentran involucrados derechos fundamentales tiene el inexcusable deber de dar aplicación no sólo al bloque de constitucionalidad, sino también al bloque de convencionalidad (CP, 1991, art. 93, Col.) y en tal compromiso, garantizar la vigencia de los principios y valores que gobiernan nuestra institucionalidad, y garantizar la vigencia de las normas internacionales que reconocen derechos humanos. En torno a los referidos derechos, y en esa órbita en lo que toca con el interés superior de los niños, la prevalencia de sus derechos, los cuales también se encuentran establecidos como principios rectores que regulan los derechos de la infancia y de la adolescencia en el orden interno, como también el derecho a la no reformación peyorativa, de contradicción, defensa, en una palabra el debido proceso, así mismo asegurar el respeto de la independencia judicial, fundamento de la seguridad jurídica a la cual nos referimos precedentemente.

De ahí que la ponderación entre el principio de autonomía judicial de un lado, y la prevalencia de los derechos fundamentales del otro, es una tarea de tan delicada ingeniería jurídica, sobre todo cuando se encuentra de por medio los derechos fundamentales de los niños, por ello en la labor hermenéutica la ponderación en el caso concreto, debe realizarse teniendo en cuenta la prevalencia del interés superior del niño, para lo cual no puede el sentenciador soslayar los criterios sentados por la

guardiana de los derechos fundamentales, en infinidad de fallos, tampoco desconocer la jurisprudencia de la Corte Interamericana en torno al contenido y alcance del interés superior del niño, y la prevalencia de sus derechos, razón por la cual no se trata de un ejercicio simplemente mecánico.

Por lo anterior, sostener que el interés superior en el caso bajo examen estaba garantizado con el establecimiento de la filiación biológica, luce apresurado. Esa tesis obra con claro desprecio de la filiación socio afectiva, lejos de proteger al infante, le vulnera los derechos fundamentales a tener una familia y no ser separada de ella, a la personalidad jurídica, al estado civil, al cuidado, al amor, a la protección de vida, no solamente por sus progenitores biológicos; sino también por las autoridades. Punto en donde los juzgadores, quienes, al momento de tomar una decisión en relación a tan preciados derechos, deben tener bajo la mira, su protección integral, para su desarrollo pleno y armónico, en sus ámbitos psicológicos, emocionales, familiares, culturales, sociales, religiosos, afectivos, económicos, en una palabra, en su desarrollo integral, sin perder de vista que sus derechos prevalen, en especial si existe conflicto en los derechos fundamentales de cualquier otra persona.

Sustituyendo la ponderación de instancia, y de manera apresurada, la decisión censurada inclinó la balanza en favor de la filiación biológica, sin darle la posibilidad al Juez natural de sopesar los intereses en juego. De manera intempestiva, después de transcurrido más de 10 años, en el seno de la familia socio afectiva, en la cual desde la infancia fue criada, infundiéndole unos valores éticos, religiosos y sociales, a través de la educación en su seno, después de tener arraigados profundos vínculos afectivos no

solamente con el reconocedor (accionante) sino con su familia extensa, primos, hermanos, tíos, abuelos, etc., y diluidos e imperceptibles los vínculos psicoafectivos con el padre biológico y su familia extensa, quien como quedó incuestionablemente establecido en el interior del proceso de impugnación de la paternidad, abandonó sus deberes paterno- filiales desde su nacimiento. Tal es la incuria, el desinterés, y el desapego emocional del padre biológico, que ni siquiera en el proceso alegó su condición de padre biológico, como cualquier verdadero padre lo hubiera hecho con vehemencia, pero ello no ocurrió, ni siquiera tímidamente, a pesar de haberse vinculado al proceso impugnatorio de la paternidad, comportamiento de parte que no podía desconocerse al momento de definir el litigio (Ley 1564 de 2012, art. 165, Col.).

Por otra parte, existe una dialéctica contradicción en la motivación del fallo de amparo, pues señala que:

Con el propósito de entrar a determinar la real filiación de PJ, para lo cual debía contabilizar el lapso concedido legalmente para ejercer aquella pretensión a partir de la práctica de la prueba de ADN, evacuada en el pleito... (CSJ, Sentencia STC16969-2017, Col.)

Ciertamente, ¿Si el accionante no hubiese impugnado la paternidad dentro de los 140 días, subsiguientes a la prueba de ADN, sino años después el Juez le quedaría vedado realizar la ponderación, que echa de menos el fallo?, o, aun así, habiéndose impugnado extemporáneamente, ¿Podría entrarse a realizar la ponderación debida?.

Por tanto, el asunto no se trataba simplemente del enfrentamiento de una regla “la caducidad”, frente a los principios de interés superior del niño, prevalencia de los

derechos fundamentales de los niños, principio de autonomía judicial, pues el asunto es más complejo, por cuanto existen eventos en los cuales detrás de una regla subyacen caros principios. Así pues, como en el caso bajo examen, en el que la caducidad pone en juego los principios de seguridad jurídica, los derechos fundamentales a la personalidad jurídica, estado civil, el derecho de los niños al amor, a tener una familia a no ser separadas de ella, a la estabilidad de las situaciones jurídicas, a la estabilidad de las relaciones jurídico familiares, inclusive el principio del respeto a los actos propios, y en últimas detrás de la caducidad se halla inmerso el interés superior del niño.

No se puede sostener axiomáticamente que el interés superior del niño se encuentra salvaguardado en el establecimiento de la filiación biológica, pues existen eventos en los cuales, con él se atenta de manera grave y profunda contra la estabilidad emocional, psíquica, intelectual, moral, cultural, religiosa, económica y social del niño, especial y fundamentalmente cuando se han arraigados profundos sentimientos de solidaridad, afecto, respeto, inquebrantables sentimientos de amor, erosionando de paso la seguridad jurídica, la estabilidad de las relaciones jurídico-familiares, y esquivando los profundos avances de la jurisprudencia Constitucional, Consejo de Estado y la propia Corte Suprema de Justicia, en torno al reconocimiento de los derechos de los hijos de crianza.

Es criterio de esta investigación que cuando decide asuntos que comprometen derechos fundamentales a la personalidad jurídica como atributo del ser humano y la indiscutible trascendencia del estado civil en la vida de una persona, que se irradia en

todo el ordenamiento jurídico en el ámbito constitucional, administrativo, penal, disciplinario, en el ámbito civil, sucesoral, laboral y seguridad social, además de las repercusiones en el campo de familia y la vida social del ser humano, debe ser esmeradamente cuidadoso. En tan delicado asunto, para decidir si en un caso concreto deja de aplicar una regla como la caducidad de tras de la cual subyace el principio de la personalidad jurídica y la estabilidad de los estados civiles y por ende las relaciones jurídico familiares, que vienen a hacer cuestionados después de prolongados periodos,(como en el caso diez o más años), puede eventualmente y en el mayor de los casos desestabilizar de una manera profunda los vínculos psicoafectivos y familiares y afectar la estabilidad emocional. Y es que no proceder de esa manera es una clara afrenta contra el principio de la solidaridad cuando se prolonga por demasiado tiempo, afectando colateralmente el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, para impedir esa incertidumbre en las relaciones paterno filiales, y evitar sobre salto que implica desconocimiento de una paternidad que viene hacer cuestionada muchos años después de su establecimiento, es que la caducidad, viene al caso.

La posición que recoge el fallo en el sentido de darle prevalencia a la filiación biológica frente a la genética, pues ordena al tribunal que una vez remueva el instituto de la caducidad se pronuncie sobre la paternidad biológica, constituye indiscutiblemente un retroceso jurisprudencial en el derecho de familia.

La paternidad o maternidad no puede fundarse simplemente en el patrimonio genético. Habrá que buscar su respaldo en principios más respetuosos de la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad jurídica como atributo del ser humano, pero fundamentalmente en el principio de la solidaridad establecido en el preámbulo del estatuto superior y en otros principios y valores de raigambre constitucional y supra legal, como el principio del interés superior del menor. Esto último, por el carácter prevalente de los derechos fundamentales del niño y el derecho constitucional que tiene los niños, niñas ya adolescentes de ser afectados en las decisiones que lo afecten, lo anterior tiene respaldo en la jurisprudencia de tales fallos y en la doctrina de tales autores. De ahí que

Aunque exista en ocasiones la prueba biológica o por ADN (ácido desoxirribonucleico), existen casos como el aquí estudiado en los que se potencian los valores de paz familiar, seguridad jurídica, afecto filial y el rol o funcionalidad de la relación paterno filial, desvalorizando la realidad biológica y estableciendo unos esquemas de determinación de la filiación basados en la voluntad unilateral o en determinadas presunciones, y vedando la posibilidad de impugnación o investigación filial, por fuera de esquemas legales previstos. (CSJ, Sentencia SC12907-2017, Col.)

Para terminar, proponiendo una trascendental y adecuada regla de ponderación que se resume en el siguiente pasaje jurisprudencial:

Como afirma el citado auto español, ambos sistemas legales, el biológico y el jurídico o social, se advierten injustos si se aplican con toda rigurosidad y rigidez, por lo tanto debe estudiarse cada caso en particular para verificar si prevalecen los afectos y

el trato social, así como el consentimiento del padre sobre lo puramente biológico para que, aun conociendo la veracidad de la prueba científica, se dé prioridad a los afectos y se permita al hijo accionado mantener el statu quo civil en la forma en que lo ha sustentado durante toda su vida, impidiendo que razones ajenas a intereses puramente familiares permitan despojarlo de una filiación que ha detentado con la aquiescencia de aquel que la ha tratado siempre como su padre. Son casos en que una certeza jurídica o social debe primar sobre la verdad biológica. (CSJ, Sentencia SC12907-2017, Col.)

Luego, la imputación de la paternidad biológica no puede sustituir la paternidad de crianza si con ello se viola derechos fundamentales como el interés superior del menor, el derecho a tener una familia y no ser separa de ella, el derecho a la verdadera filiación que no es aquella que ha señalado la Corte de manera constante e invariable, si no la que esta respalda en vínculos socioafectivos; además,

la posesión de estado de filiación, consolidada en el tiempo, no puede ser contradicha por una investigación de la paternidad fundada en la prueba genética en razón, a que más valen las vivencias que los resultados biológicos. Si bien los primeros se van recomponiendo, los segundos son inalterables, pero no trascienden en la vida del hombre, solo afectan su genealogía al identificar su perfil genético respecto de otro, lo cual, no genera una relación de familia, simplemente una relación genética. La posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socioafectiva o como

también, se le conoce la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético¹⁵ (Lôbo, 2018, p. 212).

Por ello, en el caso se ignoró palmariamente la doctrina constante e invariable de nuestra honorable Corte Suprema de Justicia construida desde el año 1945 del tema de posesión notaria del estado de hijo, en el sentido de que establecidos los elementos del trato y fama establecidos en el tiempo de la posesión notoria de estado de hijo, demostrables de testimonios fidedignos o de cualquier otro prueba, había lugar al reconocimiento de la mentada posesión. Es que no fueron ni 5 ni 10 años de relaciones socioafectivas entre el implicado y su pretendido padre de crianza fincadas en el afecto, la protección durante todo este tiempo. El derecho foráneo ha demostrado:

En el derecho alemán a través de su Tribunal Constitucional, en una decisión de 1994 reconoció nítidamente el derecho a la personalidad, en el conocimiento del origen genético sin efecto en la relación de parentesco, ... (Allí se dijo) que negar la paternidad socioafectiva en particular por motivos patrimoniales es volver al pensamiento antiguo de monetización, estandarización, sacralización y deificación del mundo genético, el punto esencial que la relación de paternidad no depende más de la exclusiva relación biológica entre el padre y el hijo, siendo toda paternidad socioafectiva y esta tenerse aun origen biológico o no biológico. (Varsi-Rospigliosi & Chaves, 2010).

¹⁵ La simple ausencia de vínculos biológicos no tiene el poder para dismantelar una paternidad que resistió en el tiempo con base en la buena fe y en efecto.

Así, en términos de Varsi-Rospigliosi & Chaves (2010) a un ser humano no se le debe negar su derecho al conocimiento de su origen genésico, pero en la presencia de una relación de paternidad socioafectiva, la filiación genética sólo puede tener un efecto declarativo, sin ninguna implicación patrimonial o sucesoria en relación con el padre biológico, porque esto iría contra todos los principios democráticos e inclusivos que el Derecho de familia moderno viene construyendo.

No resulta ético que un hombre que ha reconocido a una persona como hijo o hija, acogiendo durante un prolongado tiempo, en una convivencia caracterizada como socorro, y la ayuda para colmar sus necesidades y especialmente en un ambiente emocional estable pretenda deshacerse de su condición de padre de crianza, con fines netamente económicos, monetizando la relación paternal, y lo que más resulta deplorable es que una impugnación de esta naturaleza se dote de una ilicitud que el ordenamiento no debe respaldar.

Y es que tampoco el deterioro de las relaciones afectivas entre padres e hijos biológicos o afectivos puede servir de acicate para desconocer la paternidad, y los vínculos que se han formado a través del tiempo, o caso que vale más para el derecho, la paternidad biológica o paternidad psicoafectiva, cuál de las “verdades” debe tener acogimiento en el mundo jurídico, la fría del patrimonio genético u aquella nutrida de convivencia en amor, la cultura y la lengua.

Igualmente resultaría censurable para un hijo que quiera hacer caso omiso de una relación socioafectiva prolongada en el tiempo para buscar un segundo padre “el

biológico” con propósitos meramente económicos porque también tal pretensión estaría manchada por la ilicitud, y la carencia de ética

Independientemente de la ruptura de los lazos socioafectivos que existían entre los litigantes, resultaba clara la prolongada convivencia y el trato que como padre le venía prodigando a la niña, quien no tuvo la oportunidad de enterarse de su paternidad biológica de lo cual, vino a tener noticia través de los medios de comunicación, generándose indudablemente daños psicológicos irreparables. El menor demandado había configurado su figura paterna con su padre afectivo, por la vivencia constante por más de una década, tiempo durante el cual, el demandante asumió el rol de verdadero padre, supliendo las necesidades básicas de crianza, educación y establecimiento; y lo más importante, colmando sus necesidades emocionales y afectivas. No es dable sostener que por el hecho de que se suscitara una demanda de alimentos, constituya el anuncio de una ruptura socioafectiva, pues aun así debía continuar haciendo honor a ese vínculo que voluntariamente construyo.

12.2. La Sentencia SC1947-2022. “Paternidad biológica vs. Paternidad socioafectiva”

En la providencia que seguidamente se analiza, proferida por la CSJ (Sentencia SC1947-2022, Col.), se perfila meridianamente una destrucción a las presunciones jurídicas que inspiran el derecho familiar.

la cual bajo su frase de que “Los niños no son mercancía”, impuso la relativización de los términos de caducidad en el derecho familiar, además de una responsabilidad civil al demandante airoso en su pretensión de impugnación de paternidad.

Respecto al núcleo fáctico, en esta oportunidad se decide el recurso de casación interpuesto por G.F.R. contra la sentencia pronunciada el 10 de octubre de 2019 por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso verbal de Investigación de Paternidad formulado en su contra y de H.Y.G. por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en nombre del niño J.D.R.

La señora I.P.C. contrajo matrimonio con el señor G.F.R., vínculo dentro del cual nació el niño J.R.D. fruto de relaciones sexuales extramatrimoniales con H.Y.G.

H.Y.G. se enteró del embarazo y de la convivencia y matrimonio que tenía la madre del menor con G.F.R. Al enterarse, H.Y.G. del embarazo de la señora I.P.C., la citó al ICBF con el propósito de determinar si él era el padre biológico del menor, ante lo cual, la señora I.P.C. manifestó sus dudas, razón por la cual a instancia del Defensor de Familia se practicó la prueba de ADN, con la que se determinó un nivel de probabilidad del 99.99999999993% de la paternidad de H.Y.G., y por ello, el Defensor de Familia inició proceso de Reclamación de la Paternidad, en representación del menor.

El juez de familia declaró que el menor no era hijo de G.F.R., igualmente declaró que la paternidad se le atribuía a H.Y.G. por ser el padre biológico, ordenando la respectiva inscripción en el Registro Civil del niño, y consecuentemente, los derechos

de patria potestad (potestad parental), fijando cuota alimentaria y reglamentando visitas, y ordenando al equipo interdisciplinario de la defensoría de familia, que realice “seguimiento y acercamiento terapéutico donde se involucre a ambos demandados y la progenitora” (Sentencia SC1947-2022, Col.).

El Tribunal Superior de Bogotá, tras reseñar los antecedentes del caso, refrendó la decisión adoptada, razón por la cual G.F.R. (padre de crianza y padre matrimonial) interpuso recurso de casación invocando la causal 1°, por ser violatoria de la Constitución (CP, 1991, art. 42-44, Col.) y el Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006, art. 22-23, Col.), por aplicación indebida, y adicionalmente por la “infracción de la doctrina constitucional imperante sobre los derechos de los niños niñas y adolescentes respecto de la filiación y la protección de la familia” (Sentencia SC1947-2022, Col.).

Respecto al cargo único, el censor acusó que la sentencia trasgredía de manera indirecta la legislación por apreciación probatoria, que se tradujo en la aplicación indebida de los cánones Constitucionales (CP, 1991, art. 42-44, Col.). Y es que

En su criterio, el Tribunal «priorizó el vínculo consanguíneo biológico, y por esta vía, atropelló derechos del menor que en este momento afectarían gravemente su desarrollo armónico y psicológico», debiendo tenerse en cuenta que el recurrente, aun a sabiendas del resultado de la prueba de ADN, «siguió fungiendo como lo que es su padre, pues así lo reconoció desde el nacimiento y le ha garantizado su derecho prevalente a tener un nombre y una nacionalidad y, en esta línea tiene definido su

estado civil ante la familia y la sociedad» y el cambio dispuesto en la sentencia implicaría gran afectación psicológica en el menor.

Afirmó, que dada la finalidad que tienen las acciones de impugnación e investigación de la paternidad, estas no se pueden utilizar «so pretexto de buscar 'su verdadero estado civil', generando un perjuicio irremediable al niño que ya lo tiene desde su nacimiento», resaltando que, en este caso el «niño, no solo es reconocido sino que se identifica dentro del contexto de quien lo reconoció, no es un niño que deba protegerse su derecho al estado civil, por carecer de él, o porque su padre no lo reconoció, no. el niño fue reconocido por el esposo de su madre, nació como hijo matrimonial, se ha criado en el seno de una familia, su padre, su figura paterna siempre ha sido quien figura como tal en el registro civil de nacimiento, por lo que priorizar sólo una situación biológica sobre una realidad de protección del niño es atropellar sus derechos so pretexto de protegerlos.

Y es que a diferencia de lo dicho en la sentencia, el niño de 7 años como lo es J.D.R., no fue escuchado, no le fueron tenidas en cuenta sus apreciaciones, no se estudió su sensibilidad, ni el impacto negativo que a la edad en que se encuentra puede tener que someterse a la situación de desapego de su hogar actual, tampoco se tuvo en cuenta su desarrollo mental y cognitivo, por lo que limitarse a decir que está en la primera infancia para minimizar el impacto de la decisión es además de

atentatorio de los derechos del niño, claramente una aplicación indebida de los artículos 42 y 44 superior»

2. El segundo aparte del reproche lo edificó en la presunta transgresión de la que denomina «doctrina constitucional imperante sobre derechos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes» transcribiendo la sentencia de tutela STC1979-2019 de esta Corte, para luego insistir en la relación que se ha conformado entre el menor y el padre reconociente, de suerte que «La sentencia quiebra abruptamente para J.D.R. esa identidad parental que ha y que viene desde la primera infancia en la cual está cursando, en la que se generó la identificación de las figuras materna y paterna, por lo que esto conlleva necesariamente a dañar su estabilidad emocional, que está en pleno proceso de formación»; que «en lugar de ser garante de los derechos del niño, los afecta directamente pues no tuvo en cuenta la situación particular y específica del caso que fue puesto en consideración de las instancias judiciales, ni se ahondó, de ser el caso en prueba que permitieran establecer la protección real del niño».

(Sentencia SC1947-2022, Col.).

Lo anterior, constituía el importantísimo marco fáctico en donde el Alto Tribunal debía responder al clamor del nexo de crianza entre las personas implicadas, pero lejos de eso, como se verá, soslayo la vida familiar fundada en los vínculos afectivos.

12.2.1. El problema jurídico. Las presunciones jurídicas y la paternidad biológica.

Está fuera de discusión quien es el genitor biológico del menor J.D.R., lo cual quedó establecido con la prueba de ADN que arrojó un índice de compatibilidad del 99.99999999993%, excluyéndose la paternidad de crianza en este caso ostentada por el cónyuge de la progenitora del niño.

La Corte, tras hacer un estudio sobre los principios constitucionales consagrados en la Carta Política en torno al problema jurídico que se debió plantear, invocando a la Constitución Política (CP, 1991, art. 42-44, Col.), así como los avances a nivel jurisprudencial y legislativo frente a las parejas y la prole, poniendo de presente los avances legislativos en el reconocimiento de Uniones Maritales de Hecho, además de la igualdad de los hijos en la familia.

Invocó también para resolver el asunto, la Convención Internacional de Derechos del Niño, en donde la ONU (1990, art. 7) dispone que:

El niño será inscrito 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.

Reconoció igualmente la decisión examinada, que el dinamismo social y los avances tecnológicos, así como las diversas estructuras familiares compuestas por padres separados, homoparentales...y de crianza, están protegidas constitucionalmente.

Se refirió a la diversidad en la estructura familiar y su incidencia en la definición de la filiación, habida cuenta de que en épocas pretéritas predominó en la familia nuclear biparental, la regla preponderante para establecer la filiación matrimonial *pater est quem nuptiae demonstrant*, acorde con la cual cada hijo nacido dentro del matrimonio era considerado o reputado como legítimo del esposo de la madre que había dado a luz. Argumentó igualmente que hoy por hoy tal postulado no responde a todas las hipótesis que se presentan para definir la paternidad, desde la perspectiva del interés superior del menor, máxime cuando es viable la procreación asistida, in vitro, u otras formas que se escapan de los esquemas tradicionales.

Consideró necesario establecer, con base en el interés superior del menor, si el cónyuge de la madre, que no es el padre biológico, pero que ha creado un vínculo emocional con el infante y lo ha reconocido legalmente como su hijo, o el progenitor biológico del pequeño, de acuerdo con la evidencia científica consolidada.

De esta manera, sostuvo que para cumplir cabalmente con el fin acá propuesto, era necesario entonces analizar el asunto desde el marco Convencional y Constitucional, de la ley colombiana, y la jurisprudencia y doctrinas disponibles sobre la materia, tomando en cuenta que el concepto de paternidad no es estanco, sino que ha de mirarse desde la doble perspectiva: de lo biológico y de lo socioafectivo, y que en toda decisión es insoslayable corresponde al mandato de preservar el interés superior del menor.

Pese a lo anterior y a las pruebas obrante del proceso, abrió paso a la paternidad biológica en contra de la paternidad socioafectiva que ha sostenido el menor con el esposo de la madre del niño.

Brota meridianamente del anterior argumento, que la Corte en este caso privilegia lo que denomina filiación real (biológica), afirmando que el niño tiene derecho a reclamar su verdadera filiación. Para concluir este argumento sostuvo que la

«verdad biológica» o «derecho a conocer los orígenes» «es lícita y, por consiguiente, procedente la investigación sobre el origen de las personas, considerado, incluso, por algunos como un derecho inalienable del ser humano de conocer su verdadero estatus jurídico, así como la identidad de sus padres. (Sentencia SC1947-2022, Col.).

Argumento que le va a servir de báculo en la parte resolutive de la sentencia, donde resuelve dejar incólume las decisiones de instancia, en contradicción de su propio precedente, y en flagrante violación al principio convencional que dice defender consagrado en la Convención Internacional de Derechos del Niño (ONU, 1990). Esto es el interés superior del niño.

Luce irónico que al descender al caso en concreto y de cara al alcance de los principios constitucionales (CP, 1991, art. 42-44, Col.), sostuvo que no era predicable la ocurrencia de los yerros endilgados al *ad quem*, bajo los siguientes argumentos:

(i) La filiación constituye un vínculo jurídico y un elemento del estado civil que desde el plano constitucional es considerado como un derecho fundamental innominado, indisolublemente ligado al nombre y al reconocimiento de la personalidad

jurídica, protegidos juntamente con la dignidad humana y el acceso a la administración de justicia y que incorpora otras garantías como *la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias y nacionalidad*»

(ii) Que de conformidad con el Código Civil (Ley 84 de 1873, art. 213, Col.), el hijo de mujer casada o de Unión Marital de Hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o impugnación de la paternidad.

(iii) Que el derecho fundamental a la filiación está debidamente reglado por el legislador, y que las decisiones que se adopten deben guardar correspondencia con el ordenamiento constitucional, resguardando la confianza legítima del menor que ha construido relaciones con su padre, pero sin desconocer la realidad contundente e irrefutable de los nexos científicos.

En ese contexto consideró la corte que era necesario realizar una cuidadosa hermenéutica de las normas para valorar adecuadamente los intereses en juego, porque a priori no puede llegarse a priorizar el vínculo afectivo, o el que surge producto de la verdad biológica subyacente a la prueba de ADN.

De ahí que el interés superior del menor debe ser el faro que guíe la decisión, llegando al caso de que, si la verdad biológica repercute en una ruptura abrupta de una unidad familiar voluntariamente conformada y que se desea preservar, el juzgador ha de tomar decisiones que armonicen los intereses en conflicto, y de no ser posible, darle prioridad indudablemente a los de los N.N.A. ya que no se pueden utilizar este tipo de acciones para desconocer los derechos de los padres biológicos, a quienes mediante

acciones ilegítimas o egoístas sean apartados injustificadamente de sus hijos, impidiéndoles que puedan establecer una relación socio afectiva, bien sea por razones económicas o personales, o so pretexto de brindarles un mejor bienestar.

Invocando la Convención Internacional de Derechos del Niño (ONU, 1990, art.7), señaló que en él se incorporó el Derecho de los Niños a conocer los padres y a ser cuidados por ellos, postulado que debe ser interpretado en relación con el contenido general o amplio, que garantiza al menor la preservación de su identidad, y las relaciones familiares de conformidad con la ley, **sin injerencias ilícitas**. Seguidamente, invoca la ponderación de los intereses a nivel constitucional y convencional, entre verdad biológica y vínculo socioafectivo, debiendo prevalecer el interés el menor (favor filii) que sirve como guía para ser aplicado en cada situación fáctica. Luego de examinar el interés del menor a la luz de la jurisprudencia.

Otro de los argumentos en los que se apoya la decisión examinada es el siguiente:

Los juicios en los que se investiga la paternidad o en los que se impugna la misma son, necesariamente, espacios que buscan proteger el interés superior de las personas que no han llegado a la mayoría de edad; pero, como el interés superior no es un concepto unívoco, no puede verse que en tales escenarios judiciales el triunfo de la verdad biológica sea la única forma en la que se atienda ese interés supremo, ya que, es indudable, que no merece reparo el criterio que ve que la búsqueda de la verdad biológica garantiza, en principio, varios derechos fundamentales, como el de ser integrado a una familia, conocer la genuina filiación, adquirir una identidad, un nombre,

etc. Sin embargo, el interés superior del menor, como principio, puede envolver algo más, verbigracia, la seguridad jurídica en el estado de la filiación y la defensa de la estabilidad del hijo en una determinada familia; la protección integral del niño, niña y adolescente desde lo material e inmaterial (felicidad, espiritualidad, tranquilidad); y la preponderancia del interés de los menores frente a las expectativas de los padres, independientemente de su legitimidad y legalidad.

La doctrina y la jurisprudencia, bien vistas, defienden que el derecho a conocer el origen de la persona no es absoluto y, en ese orden, la protección integral del menor se podrá conseguir, en ciertas situaciones, dando prevalencia a la filiación biológica, y en otras, a la socioafectiva. De manera que esta última puede llegar a sobreponerse a la otra, dejando de lado las aspiraciones particulares de los padres biológicos.

(Sentencia SC1947-2022, Col.).

Pero, valga aclarar que en el proceso las únicas pruebas que se practicaron fueron los interrogatorios de parte, que rindieron las personas involucradas en el proceso esto es el padre biológico, la madre del niño y el socio afectivo es decir (esposo de la madre del niño).

Al privilegiar la paternidad biológica, dio total crédito a las afirmaciones hechas por el padre biológico quien afirmaba que había tenido una relación de noviazgo con la madre del niño, desconociendo que esta era casada y que inclusive, hicieron planes para contraer matrimonio, menospreciando la declaración rendida por el padre socioafectivo, el cual afirmó que ha fungido como tal, desde que el niño se encontraba en el vientre materno y que siempre ha propendido por la protección y el cuidado del

niño, desde que nació y que a pesar de haberse enterado con posterioridad de que no era el padre biológico del menor continuo brindándole el apoyo emocional y económico al pequeño y que lo considera como su verdadero hijo. Que a pesar de la infidelidad de su esposa han mantenido la unión familiar y toda su disposición de proteger y cuidar al pequeño.

Ninguna importancia se dio a las afirmaciones hechas por el padre socioafectivo (cónyuge de la madre del niño), cuando puso de presente que el interés del padre biológico no era la paternidad del niño si no destruir el matrimonio por el engaño sufrido, hasta hacerle llorar lágrimas de sangre a la progenitora del niño, como así se lo hizo saber el padre biológico a la abuela materna del niño, ni tampoco al hecho de que el padre biológico no trabaja y vive en una zona de tolerancia ubicada en un lugar llena de marihuaneros y habitantes de la calle, es decir en una zona de prostitución.

El padre biológico, vio al menor en muy esporádicas oportunidades como quedó evidenciado en los interrogatorios, al punto de que la madre del niño sostuvo que ya no lo reconocía y desde el día en que se practicó la prueba de ADN de manera particular; no lo volvió a ver hasta cuando se presentó para la prueba de ADN a instancias del juzgado de conocimiento fecha desde la cual no volvió a ver al menor.

Paso también inadvertido, de que, al momento de dictar sentencia de casación, habían transcurrido más de 7 años, tiempo durante el cual se afianzaron los vínculos psicoafectivos del menor con sus padres de crianza. Es por ello que, la madre del menor, al absolver el interrogatorio en el proceso, manifestó su profunda preocupación por la integridad psicológica del pequeño, pues afirmó que no quiere causarle daño

psicológico al pequeño ya que él tiene un hogar establecido, con su esposo quien se ha encargado de su hijo desde la gestación y que esa es la única familia que conoce el menor, y además porque teme por la condición emocional y su integridad del niño no va dejar al pequeño con alguien que no conoce y que por eso tiene que protegerlo, pues además refirió que el sector donde vive el padre biológico es pesado y de condiciones higiénicas deplorables.

12.2.2. Perfiles críticos a la destrucción de las presunciones jurídicas

Al analizar la sentencia se concluye que la misma quebranta principios y valores constitucionales. La búsqueda de un orden justo, la protección que se le debe dar a la familia, en el que se le reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Asimismo, los principios sobre los que descansa constitucionalmente la familia (CP, 1991, art. 42-44, Col.), no solamente aquella que surge de los vínculos naturales sino también de los jurídicos, y la primacía de los derechos fundamentales de los niños, en los cuales, señala la salud y la seguridad social, como la alimentación equilibrada, a no ser separados de ella al cuidado y al amor, y a la libre expresión de su opinión.

Asimismo, la norma constitucional establece la obligación de la familia, la sociedad y el estado (en este caso encarnado en la rama jurisdiccional de asistir y proteger al niño, para garantizar el su desarrollo armónico e integral y el desarrollo pleno de sus derechos.

En la decisión se vulneraron los principios que gobiernan el derecho de la infancia (Ley 1098 de 2006, art. 1, Col.), en lo que tiene que ver con la finalidad de la ley estatutaria, cual es la de garantizar a los niños niñas y adolescentes su pleno y armónico y desarrollo para que crezca en el seno de la familia y de la comunidad en un ambiente de felicidad, amor, comprensión y en el que prevalecerá el principio de la dignidad humana, que dicho sea de paso, es un principio fundante de nuestro estado social y democrático derecho (CP, 1991, art. 1, Col.).

Por esta vía, se desconoció el principio del interés superior de los niños niñas y adolescentes (ONU, 1990, art.7); principio que también se encuentra consagrado en el Código de Infancia y Adolescencia, bajo “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. (Ley 1098 de 2006, art. 8, Col.).

Tampoco se procuró la “preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor” (CC, Sentencia T-294/04, Col.), pues la decisión arrancó de su núcleo familiar de crianza al menor para trasladarlo a una familia desconocida para el niño como quedó evidenciado en recaudo probatorio del proceso, donde sus condiciones materiales y emocionales de existencia resultan alteradas.

Ahora, sobre la protección contra los riesgos prohibidos, en particular, lejos de proteger al niño, la sentencia sometió al menor a riesgos en su integridad psicoafectiva como quiera que el pequeño ya había establecido sólidos lazos filiales no solamente con sus padres de crianza sino también con su familia extensa. Por otro lado, el

pequeño no tenía hasta el momento del fallo lazos afectivos con el padre biológico a quien desconoce como quedó plasmado en el interrogatorio rendido por la progenitora del menor.

Sobre la preservación de los derechos de los parientes biológicos, pero sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor, se refrendó la decisión adoptada por el juzgador de segunda instancia, afirmando que “el proceso de integración, después de largos años estaría dirigido y asistido por equipos interdisciplinarios en beneficio exclusivo del infante” (Sentencia SC1947-2022, Col.).

No obstante, la decisión comportó una abrupta ruptura de los lazos psicoafectivos que sostenía el menor con sus padres de crianza. El equilibrio con los derechos de los parientes biológicos debe mirarse sobre la base de la prevalencia de los derechos fundamentales y prevalentes del menor. En el caso la decisión adoptada trastoca de manera flagrante el bienestar físico, psicológico y moral del menor; recuérdese que a la fecha de la sentencia de casación habían pasado más de siete años de vivencias afectivas compartidas entre el menor y sus padres de crianza, en tanto que con el padre biológico ni siquiera existían tenues lazos de afecto y solidaridad.

Con relación a la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado, no solamente en su aspecto material, sino también en su aspecto psicológico, sin lugar a duda la decisión alteró de manera sorpresiva y perniciosa las condiciones existenciales del niño. Se impuso una paternidad que

desconoce y, unos vínculos de amor y afecto que no tiene con su padre biológico y que son muy intensos en su familia de crianza.

Era deber de los juzgadores colegiados, en este caso particular, como provisor de una disputa que tenía involucrado derechos fundamentales del niño protegidos por las normas internacionales, ejercer un control de convencionalidad escudriñando el contenido y alcance del principio del interés superior del niño, acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana; sin embargo, a pesar de invocar aquel inexcusable deber, la motivación de la decisión se queda en la mera retórica.

Así mismo, apoyada en el bloque de constitucionalidad, debió concluir que en el asunto poco o ninguna relevancia tenían los preceptos de la sangre, de cara al interés superior (ONU, 1990, art.7-8). Una interpretación fue aislada y fragmentada la llevo, a tomar un decisión absolutamente contraria a los principios que pretendía defender en el fallo, pues desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, no se puede llegar a la conclusión de que la invocar el derecho que tienen los niños al reconocimiento de sus progenitores solamente deba referirse a los padres biológicos, lo mismo puede decirse de la identidad, la cual, ya estaba claramente establecido en el caso, pues el menor J.D se identificada con los apellidos de G.F.R y de la señora I.P.C.

Sobre este tópico, la jurisprudencia y la doctrina han defendido el derecho de los niños a conocer su origen, derecho que no es absoluto. Los derechos tienen que ser ponderados, de acuerdo con las especiales circunstancias en las que discurre la vida de niño, dando unas veces prelación a la filiación biológica, y en otras a la paternidad

socioafectiva, de manera que, en ciertos contextos la paternidad socioafectiva puede tomar prevalencia frente a la biológica. Mas aún, como ya se señaló precedentemente, la paternidad biológica y la paternidad socioafectiva no resultan excluyentes en incompatibles ya que protegen intereses jurídicos distintos.

Del análisis en contexto respecto del núcleo fáctico podemos sostener las siguientes premisas:

La iniciativa para formular la acción de investigación de la paternidad no surgió de la madre, así haya otorgado el poder para tal efecto a la defensoría de familia, de ello se deduce de las afirmaciones hechas en el interrogatorio de parte, tanto por su conyugue, como por la madre del niño, pues de manera reiterada se dice que fue presionada y engañada por parte de H.Y.G. es decir el padre biológico. Lo anterior se surge de la meridiana calidad de la circunstancia de que la misma madre desistió de la demanda de investigación, la que le fuera negada.

El único interesado en formular la demanda de investigación era el padre biológico, tanto es así quien conmino a la madre del niño ante la defensoría de familia a la práctica de la prueba de ADN y ante sus resultados a través de la defensoría se promovió la investigación de la paternidad, tan es así, que se presentó al proceso y se allano a las pretensiones.

Lo anterior, se deduce del dicho del padre crianza (esposo de la progenitora) al afirmar que tenía conocimiento de lo manifestado por el padre biológico de que no le interesaba la paternidad si no dañarle al matrimonio a punto de decirle que quería era hacerla llorar lágrimas de sangre.

No se trató de una impugnación de la paternidad por parte del marido, por que este se opuso vehementemente con su esposa a la declaratoria de paternidad, el esposo al interponer el recurso de apelación y posteriormente el de casación que le fuera desfavorablemente. La madre del niño, es decir la conyugue del casacionista desde la primera instancia manifestó su oposición a que su hijo tuviera contacto permanente con su pretendido padre biológico.

El contacto permanente que mantuvo el padre biológico con el niño fue producto de la coerción ejercida por el hacia la madre, bajo la amenaza de que de no permitirlo le contaría la realidad a su esposo. Lo cual explica la negativa de la progenitora durante el trámite del todo el proceso a permitirle al señor H.Y.G., el contacto con el niño. Así lo afirmo el esposo de I.P.C. pues cuando se supo la verdad, su esposa le dijo que no quería que ese señor fuera el papa de su hijo.

Los encuentros del padre biológico con el niño fueron esporádicos y antes de la formulación de la demanda de investigación de la paternidad, y no en contextos familiares sino en centros comerciales, salvo en dos oportunidades en que compartió con el pequeño, cuando le autorizo su progenitora el retiro del colegio.

Que la negativa a permitir el contacto del niño con el padre biológico era para no traumatizarlo. Y también por la preocupación de la madre del niño al no tener claridad de la relaciones que tenía el padre biológico, pues no sabe con quién se relaciona, porque nunca le conoció amigos y por qué el lugar donde reside “*en la 14 con 15 (en la ciudad de Bogotá), que eso es zona de tolerancia una calle terrible llena de marihuaneros de habitantes de calle, de prostitución*” (Sentencia SC1947-2022, Col.)

es pesado, donde permanecen los habitantes de la calle, que hacen sus necesidades frente a la casa, lo cual, le preocupa, porque en ese sector de Bogotá permanecen personas que dedican a la prostitución (el paréntesis es nuestro).

En suma ni el padre de crianza, ni la madre del niño estaban interesados en la determinación de la paternidad porque consideraban que el niño ya tenía asignado la paternidad, por el acogimiento que tuvo el marido de la madre hacia al menor, como así lo manifestó enfáticamente el casacionista (padre de crianza), afirmando que, el niño fue reconocido por el esposo de la madre, se habría quedado en el seno de esa familia, su figura paterna siempre ha sido a aquella persona que figura en el registro civil de nacimiento. Es decir, su padre de crianza, que siempre lo van a brindar amor, protección y cuidado.

Que en ningún momento se estableció una relación paterno filial entre el padre biológico y el niño, al punto de que hoy si se le pregunta del padre biológico ni se acuerda de quien se trata. El niño al momento de proferirse la sentencia de casación tenía cerca de 10 años, y desde los 3 años no tiene ningún contacto con el padre biológico. También, debe destacarse que el menor no fue escuchado durante todo el proceso de la investigación de la paternidad.

En este contexto resulta irónico y contradictorio el colosal esfuerzo discursivo de la Corte respecto de la paternidad socio afectiva y la prevalencia de ésta, encontrándose de por medio el interés superior del niño, niña o a adolescente. En efecto en el fallo se expresa lo que hasta el momento ha dicho la Corte Suprema de

Justicia sobre este tópico y además se apoya en la jurisprudencia y doctrina extranjera, referente a la protección de los hijos de crianza que en este caso echamos de menos.

También resulta deplorable el abordaje que tuvo la Corte en la contemplación de la prueba llegando a conclusiones absurdas que riñen de manera palmaria con la realidad vertida dentro del proceso y traída en a colación en el fallo, y que además, de alguna manera lesiona la dignidad de la madre del niño.

Razones muy poderosas llevaron a la restricción de la investigación de la impugnación de la paternidad por parte de terceros (padres biológicos)¹⁶, unas por el acogimiento del padre al recién nacido; otras concernientes a la protección de la paz y sosiego del hogar, la cual, se vería perturbada por la acción judicial; otras por preservar la intimidad por lo que ocurre en el seno de la familia, en especial la dignidad de la mujer casada para que no fuera vituperada, enrostrándosele la infidelidad; otras conciernen al interés del hijo al conocer quién es su padre biológico y a establecer la afiliación con el padre biológico.

En el caso el marido siempre se quiso proteger la legitimidad del menor amparado en la máxima *pater is est quem nuptiae demonstrant*, y de esa manera defender la paz y el sosiego doméstico que se vio alterado indudablemente por la intromisión del padre biológico en la vida matrimonial y en perjuicio del interés superior

¹⁶ Como en realidad ocurrió acá, pues miradas las cosas en contexto quien tuvo la iniciativa de la investigación fue el padre biológico.

del niño. Así mismo, la honorabilidad y la dignidad de la mujer casada, fue cuestionada con especial vehemencia por la Corte Suprema de Justicia.

El padre de crianza (marido) a lo largo de toda su disertación se proclamó como padre del hijo dispuesto a amar, proteger y cuidar del niño y a brindarle las condiciones adecuadas para su desarrollo armónico e integral; sin embargo, deja entrever en su relato la conmoción que tuvo al enterarse que no era el padre biológico del niño, al punto de que no contestó la demanda, porque tuvo que viajar a Bucaramanga a apaciguar sus atribulados sentimientos, lo cual, tuvo de presente al afirmar que se había ido para Bucaramanga su tierra natal y duro 4 días pensando en la iglesia con los padres, ya que era del grupo juvenil de la iglesia de Girón Santander y allí permaneció pidiendo consejo y ayuda, mirando a ver qué podía hacer, porque en ese momento su vida se había derrumbado.

Tratar de sostener a todo trance la legitimidad del niño, cuyos padres no querían que quedara al descubierto, no puede llevar a la conclusión que de esta forma se protege el interés superior del menor, la moderna psicología ha demostrado cuánto daño se hace un niño cuando se altera de manera drástica sus vínculos psicoafectivos. Ello, sin lugar a duda, representa un ataque emocional profundo en el pequeño, el cual, nunca fue oído en el trámite procesal y respecto a la madre sus sinceras manifestaciones se tomaron como la prueba viviente y acusadora del adulterio.

De manera intuitiva el fallo de casación reconoce abiertamente que la madre fue presionada por H.Y.G (padre biológico), para determinar científicamente la paternidad; también se acepta implícitamente que el menor ha estado distante de su padre, aunque

no del todo, y que el contacto que tuvo con el padre biológico, no fue en el seno del hogar sino en centros comerciales.

La cohesión y la estabilidad de la familia, incluida la prole descansa sobre sentimientos auténticos y situaciones claras en las que florece el amor, el afecto, la solidaridad, la protección, en un ambiente de paz y no donde sentimientos perversos como pretender mediante un proceso de investigación destruir un matrimonio y con el propósito de “hacerle llorar lágrimas de sangre” a la madre del niño.

Donde cunde el afecto, el respeto y la solidaridad, no se pueden presentar situaciones como las vividas por quienes están inmersos en este conflicto, por ello, razón tienen el padre de crianza, al decir que lo correcto era haber dilucidado de manera personal lo que nunca sucedió, si no que acudió al disfraz para buscar el acercamiento. Se dirá que estas son manifestaciones de parte a lo que se responderá que de igual talante son las manifestaciones del padre biológico. Entonces, ¿por qué los jueces de instancia no desplegaron su actividad oficiosa, decretando pruebas?, más aún, ¿por qué la Corte privó a ese niño de un debido proceso y un juicio justo que respetara sus derechos fundamentales, pues estaba en la posibilidad, - la Corte – de quebrar el fallo y convertido en Tribunal de instancia decretar y practicar pruebas con el objeto de determinar qué era lo más conveniente para la protección del principio medular del interés superior del niño?

En este sentido, la psicología responde que:

Uno de los momentos más importantes en el ciclo vital es la infancia, donde se establecen las bases del desarrollo del ser humano. Es así como el contexto y los

sistemas de interacción en los que está inmerso el niño y la niña son indispensables para su funcionamiento en la vida adulta y su bienestar, al ser los cuidadores como integrantes del sistema familiar, quienes cubren las necesidades biológicas, psicológicas, emocionales y sociales de los niños y las niñas, desde un ambiente de afecto, tolerancia y comprensión, reafirmando entonces que el cuidado y el amor es un derecho primordial, que se debe garantizar por el bienestar de los niños y las niñas como ciudadanos y sujetos de derecho. (Russo de Sánchez, 2021).

Bajo esa égida, ¿Por qué teniendo la posibilidad, no acudió a la figura del revóculo si de casar la sentencia se trataba, para que el *ad quem* recabara sobre pruebas tendientes a determinar el interés superior del niño? ¿Por qué no se escuchó en ninguna de las instancias al pequeño?, ¿dónde militan las pruebas, en que soporta la Corte que el interés superior del niño?, se encuentra en el establecimiento de la paternidad biológica ¿dónde los dictámenes psicosociales que respalden su decisión? ¿De qué fuente probatoria la Corte concluyó que, ante la decisión, el niño no sufriría un daño emocional, un atentado a su integridad psíquica y emocional?

No se diga, que ese potencial daño se va a conjurar con la intervención del equipo interdisciplinario de la defensoría que lejos de proteger al niño, lo pone en una grave situación de trastorno emocional.

De esta manera, se concluye que la decisión estudiada no cumplió con la salvaguarda de los derechos fundamentales del niño, ni tuvo en cuenta la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia y se apartó de la unificación de la jurisprudencia nacional, causando un agravio injustificado a la parte recurrente en

casación, vulnerándose el principio de la igualdad y la confianza legítima en el sentido de que dado los presupuestos fácticos que se debatían debió adjudicar el derecho de la misma forma, que lo viene haciendo en situaciones como esta, denegando la paternidad biológica y reconociendo la posesión notoria del estado de hijo de crianza (Ley 1564 de 2012, art. 333, Col.).

13. CONCLUSIONES

Tal como quedó evidenciado, al analizar la jurisprudencia de nuestros Altos Tribunales, los precedentes han incursionado de manera tímida en el reconocimiento de algunos derechos de los hijos de crianza, sin abundar en el reconocimiento de una verdadera familia de crianza, como una nueva forma de constituir familia, entre las otras formas estudiadas en el presente estudio.

Los avances en el reconocimiento de los hijos de crianza por parte de la jurisprudencia, son el preludeo del reconocimiento jurídico de una nueva forma de constituir familia y un novel estado civil; aquella denominada, familia de crianza, fundada en poderosos vínculos de solidaridad y afecto, y en los principios y valores anteriormente aludidos que reclaman la atribución de todos los efectos que el ordenamiento jurídico establece para los vínculos de consanguinidad o de filiación que se fundan en el patrimonio genético, dando origen al reconocimiento de un nuevo estado civil, el de hijo de crianza con las consecuencias y repercusiones que irradian todo el ordenamiento jurídico.

En efecto, debe reconocerse la familia de crianza, y el estatus de hijo de crianza, en salvaguardia de otros intereses que subyacen en las normas que rigen las inhabilidades y las incompatibilidades a nivel constitucional y administrativo, el principio de no auto incriminación en materia penal y disciplinaria, las causales de agravación punitiva establecidas en el derecho penal, en fin, todos aquellos aspectos sobre los cuales, tiene incidencia el estado civil de hijo, como el derecho de herencia, derechos y

obligaciones en materia alimentaria, ejercicio de potestad parental, custodia, visitas, etc.

En efecto, como quedó demostrado en las líneas jurisprudenciales correspondientes a esos tribunales han oscilado la jurisprudencia en unas ocasiones, no se ha reconocido la existencia de familia de crianza, ni los hijos de crianza, ni los hijos provenientes de estas familias.

Abundante ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el reconocimiento de la familia de crianza, en materia de custodia, de indemnizaciones por la muerte del padre de crianza o indemnizaciones a los padres de crianza por la muerte de sus hijos, en materia de adopción otro tanto a ocurrido con la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en ceder la tutela; sin embargo, el reconocimiento jurisprudencial ha sido muy tímido, salvo en algunos pronunciamientos que consideramos paradigmáticos.

Importante resulta considerar el interés superior del niño, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía de la voluntad, intimidad, paz en las familias, honor conyugal, honra de la madre, amor o afectividad, estabilidad emocional, realidad familiar, reconocimiento del pluralismo, igualdad, libertad, orden público familiar, derecho sexuales y reproductivos, libertad de opiniones en el seno familiar, verdad biológica, responsabilidad parental, búsqueda de la felicidad, científicidad social, eticidad, axiología, seguridad jurídica, justicia familiar, prevalencia de los sustancia sobre lo formal, buena fe y respeto al acto propio, convencionalidad, bloque de constitucionalidad, potestad parental, estado civil, no auto no incriminación en materia

penal y disciplinaria, regímenes de inhabilidades e incompatibilidades
inconstitucionales en la contratación estatal, matrimonialidad vs emparejamientos
consensuales.

No parece adecuado hacer una apología de las relaciones poliamorosas por los
intrigados problemas que hecho suscitan, sin embargo, desde la óptica del libre
desarrollo de la personalidad, autonomía e intimidad, tenemos que aceptar que en
nuestra sociedad hay gérmenes de este tipo de relacionamientos, por lo tanto, el
derecho no puede permanecer indiferente ante estos nuevos fenómenos sociales, cada
vez más frecuentes. Así ocurrió con las uniones con personas del mismo sexo, razón
por la cual, urge el diseño de nuevas figuras legales, no para que sirvan de dique de
comprensión para evitar su diseminación, si no para, adoptar nuestras instituciones
jurídicas, a esas nuevas formas de constituir familia y para ello los principios y valores
que hemos pregonado y examinado a lo largo de este trabajo han de servir de faro que
guie esa arquitectura jurídica, pues hay fuertes corrientes de opinión que así lo
demandan.

La teoría decimonónica, de presunción de paternidad se edificó cuando se
estimaba que la generación humana no podía ser posible, sino mediante relaciones
sexuales, sin embargo, se reitera los avances de la biogenética y la implementación de
técnicas de reproducción asistida dejaron sin piso sus bases desde sus propios
cimientos, en el campo de la adopción se habían exceptuado desde el mismo derecho
y se consolidó en el Código Civil, dando lugar a una especie de filiación que en

occidente se denominó civil adoptiva; en línea de principio con prescindencia de vínculos genéticos aunque se aceptó también la adopción por parte de consanguíneos.

Sin embargo, una cosa es cierta. La familia de ayer no es la misma de hoy ni será la misma del futuro, siempre estará empapa de lo social, de lo cual se nutre, y estará condicionada a honrar los principio y valores reinantes en un periodo determinado y orientados por ello; la familia, siempre estará ligada al ambiente socio cultural de su época, por eso esta incesante evolución.

Frente a esos nuevos paradigmas corresponde al derecho familiar modificar o por lo menos adaptar el fundamento de esas instituciones, en pro de una verdadera rehumanización del derecho, con una visión más social, más humana, y digna de las personas que integran las diferentes formas que toma la sociedad.

14. BIBLIOGRAFÍA

14.1. Lista de autores

Alvear, R., & Icaza, M. (2011). ENTRE ESTADO DE NATURALEZA Y ESTADO CIVIL: SOCIOLOGÍA DE POST-CATÁSTROFES. *Revista de Ciencias Sociales (CI)*, 21–42. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70822580002>

Amézquita de Almeida, J. (1980). *Lecciones de derecho de familia: de la patria potestad a la autoridad compartida de los padres*. Editorial Temis.

<https://books.google.com.co/books?id=2o9AAAAAYAAJ>

Angulo Pérez, T. de los Á. (2015). Derecho a la protección de la familia. *Perfiles de Las Ciencias Sociales*, 3(5).

<https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/992/847>

Aramburo Restrepo, J. Luis. (2017). *Derecho de familia*. Leyer Editores.

A/63/635, (December 22, 2008).

https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_declaracion_onu.pdf

Bacca Garzón, C. O. (1992). *Paternidad extramatrimonial*. Biblioteca Jurídica Equidad.

<https://books.google.com.co/books?id=7StOAAAAMAAJ>

Bachofen, J. J., & García, M. M. L. (1987). *El matriarcado*. Ediciones Akal.

Belluscio, A. C. (1979). *Derecho de familia: Parte general. Matrimonio*. Depalma.

<https://books.google.com.co/books?id=zHsoAQAAMAAJ>

Bladilo, A. (2019). Familias pluriparentales: donde tres (¿o más?) no son multitud.

Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 38, 135.

<https://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.005>

Bolívar Sánchez, N. P. (2021). Debates ético políticos en torno al concepto de familia.

Una mirada desde algunas sentencias de la Corte. In N. P. Bolívar Sánchez & C.

P. Mosquera Rosero Labbé (Eds.), *Debates contemporáneos sobre familias:*

algunas reflexiones desde la práctica del trabajo social (1st ed.). Universidad

Nacional de Colombia, sede Bogotá, Facultad de Ciencias Humanas,

Departamento de Trabajo social.

Borillo, D. (2014). Uniones libres, convivenciales y conyugales en el derecho francés.

HAL Open Science Revista de Derecho Privado y Comunitario, Hal 01231004,

535–536.

Burgos, J. M. (2005). ¿ES LA FAMILIA UNA INSTITUCIÓN NATURAL? *Cuadernos de*

Bioética, XVI, 359–374. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87512622004>

Calera, M. C. G. A., & Resina, J. S. (2021). *Actualización del derecho de filiación:*

repensando la maternidad y la paternidad. Tirant lo Blanch.

Carbonnier, J. (1955). *Droit civil / Jean Carbonnier.* Presses universitaires de France.

Cardin, V. S. G., & Wysoski, A. M. (2009). Da Filiação Socioafetiva. *Revista Jurídica*

Cesumar - Mestrado, 9(2).

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1242>

Castro de Arenas, R. H. (2002). *Pruebas de ADN en investigación de la paternidad*

(Universidad Nacional de Colombia & Consejo Superior de la Judicatura, Eds.).

Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla.”

<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m6-9.pdf>

Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2013). *Matrimonio y constitución (presente, y posible futuro)* (1ª ed. REUS, Issue sp). :Reus.

<http://catalogo.rebiun.org/rebiun/record/Rebiun16869922>

Corral Talciani, H. F., & Oviedo Albán, J. (2016). *Estudios sobre contratos y obligaciones*. Grupo Editorial Ibáñez.

Cuervo Martinez, Á. (2010). Pautas de crianza y desarrollo socioafectivo en la infancia. *Diversitas*, 6(1), 111. <https://doi.org/10.15332/s1794-9998.2010.0001.08>

de la O, C., & Mondrágón-Ceballos, R. (2014). Resolución de conflictos sociales en primates: 35 años de investigación. *Acta Zoológica Mexicana*, 30(3), 662–687.

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0065-17372014000300015&lng=es&nrm=iso&tlng=es

de Ramírez, R. B. (2009). *El precedente judicial*. Doctrina y Ley.

Dias, M. B. (2009). Filiación socioafectiva : nuevo paradigma de los vínculos parentales. *Revista Jurídica*, 13, 83–90.

Díaz de León, J. F. (2013). Perspectiva geográfico-histórica del desarrollo azteca. *Horizonte Histórico - Revista Semestral de Los Estudiantes de La Licenciatura En Historia de La UAA, Especial*, 6–22.

<https://revistas.uaa.mx/index.php/horizontehistorico/article/view/1229>

Echeverri Ángel, L. (2021). ¿Acabose o transfiguración de la familia en Colombia? In N. P. Bolívar Sánchez & C. P. Mosquera Rosero Labbé (Eds.), *Debates contemporáneos sobre familias: algunas reflexiones desde la práctica del trabajo*

- social* (1st ed., pp. 207–220). Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Departamento de Trabajo social.
- Elena, M., & Pérez, B. (2017). La familia: Desde lo tradicional a lo discutible. *Novedades En Población, XIII(26)*, 58–68.
- Engels, F. (1891). *Origen de la familia, de la propiedad privada y del estado*. Editorial Roja. <https://books.google.com.co/books?id=-U9YAAAACAAJ>
- Engels, F. (2014). *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre y otros textos*. Ediciones Godot. <https://books.google.com.co/books?id=NfXujGEACAAJ>
- Esborraz, D. F. (2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones. In *Revista de Derecho Privado* (Issue 29, pp. 15–55). Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.18601/01234366.n29.02>
- Escalante, C., Valderrama, R., Escalante G., C., & Valderrama Fernández, R. (2020). Ayllus Incas, tierras del Sol y agua del Huanacauri en Sucusu Aucaille, San Jerónimo, Cusco. *Anthropologica*, 38(45), 161–185. <https://doi.org/10.18800/anthropologica.202002.007>
- Estacio, M. del M. J. (2015). La invisibilidad de la mujer china: Las mui tsai, y otras formas de explotación. *VII Congreso Virtual Sobre Historia de Las Mujeres*, 371–392.
- Feldman, F., Hualde Sanchez, J. J., Muniz Espada, E., & Roy, E. (2015). *Código Civil*. HAL Open science Revista de derecho privado y comunitario. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01402630>

- Flores, A. S. (2009). El derecho maya prehispánico, un acercamiento a su fundamentación socio-política. *Alegatos*, 71, 155–178.
- Flores Salgado, L. L. (2016). Las instituciones fundamentales del derecho civil en el siglo XXI. Una visión contemporánea. *Revista Ius*, 6(29).
<https://doi.org/10.35487/rius.v6i29.2012.54>
- Freud, F. (1972). *Tótem y tabú*. Alianza.
<https://books.google.com.co/books?id=VQEuAAAAYAAJ>
- Fuentes Santibáñez, P. (2012). ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CONDICIÓN DE LA MUJER EN LA GRECIA ANTIGUA. *Intus - Legere Historia*; Vol. 6, Nº 1 (2012); 8-18. <https://doi.org/10.15691/07198949.168>
- Gallego-Montes, G., & Villegas-Arenas, G. (2015). El estado civil como determinante del crecimiento de los hogares unipersonales en Colombia. *Papeles de Poblacion*, 21(86), 219–251.
- García Alonso, L. L. (2021). *Amor sin límites : hacia un reconocimiento jurídico de las familias poliamorosas pluriparentales en el derecho civil argentino* [Universidad de San Andrés].
https://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/4300593#.ZD2_K-j2ltM.mendeley
- Gatti, G., & Mahlke, K. (2018). *Sangre y filiación en los relatos del dolor* (Vol. 99). Iberoamericana. <https://books.google.com.co/books?id=9MDouQEACAAJ>
- Gómez García, P. (2011). El parentesco como sistema en la interfaz bio-cultural. *Gazeta de Antropología*, 27(2). <http://hdl.handle.net/10481/20098>

- Gómez García, P. (2012). Los confines del sistema de parentesco y su evolución histórica. *Gazeta de Antropología*, 28(1). <http://hdl.handle.net/10481/20099>
- González Díaz Granados, J. L., & Parra Solano, W. J. (2020). Los Vínculos Familiares Y El Avance Sobre La Familia De Crianza. *Advocatus*, 34, 61–81.
<https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.34.6590>
- Guzmán Brito, A., Herrera Henríquez, I., & Corral Talciani, H. F. (2004). *El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855: influencias, confluencias y divergencias : escritos en conmemoración del bicentenario del código civil francés*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
<https://books.google.com.co/books?id=S00GAQAACAAJ>
- Han, B.-C. (2018). *Hiperculturalidad*. Herder Editorial.
- Han, S. (2022). Spectacular Reproduction Revealed: Genetic Genealogy Testing as a Re(tro)productive Technology. In V. Boydell & K. Dow (Eds.), *Technologies of Reproduction Across the Lifecourse* (pp. 131–147). Emerald Publishing Limited.
<https://doi.org/10.1108/978-1-80071-733-620221012>
- Holanda Júnior, F. W. N. (2017). Evitação e proibição do incesto: fatores psicobiológicos e culturais. *Psicologia USP*, 28(2), 287–297.
<https://doi.org/10.1590/0103-656420160050>
- Instituto de Política Familiar. (2013). *Documentos de la Unión Europea sobre familia*.
www.ipfe.org
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial: Vol. I*. Rubinzal Culzoni.

Lévi-Strauss, C. (1992a). *Las estructuras elementales del parentesco*. Planeta-Agostini.

<https://books.google.com.co/books?id=56VLPwAACAAJ>

Lévi-Strauss, C. (1992b). *Las estructuras elementales del parentesco*. Planeta-Agostini.

<https://books.google.com.co/books?id=56VLPwAACAAJ>

Lôbo, P. (2018). *Direito Civil 5 – Famílias*. Saraiva Educação S.A.

<https://books.google.com.co/books?id=c9JiDwAAQBAJ>

Londoño Laverde, E. (1996). Linajes y circuitos de matrimonio en tres grupos chibcha:

u'wa, kogui y muisca. *Boletín Museo Del Oro*, 0(38–39), 87–111.

<https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/bmo/article/view/6977>

López Medina, D. E., & Universidad de los Andes (Bogotá, C. (2006). *El derecho de los*

jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y

líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Legis.

Lopez Yepes, O. A., & Diaz Villanueva, M. C. (2017). Garantías de filiación en

subrogación uterina. *Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Ibagué*.

<https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/13824>

Manrique Reyes, A. (1991). *La constitución de la nueva Colombia: con comentarios y*

concordancias (Universidad de California, Ed.; 2nd ed.). CEREC.

<https://books.google.com.co/books?id=zSACAAAAIAAJ>

Martínez-Muñoz, K. X., & Rodríguez-Yong, C. A. (2020). La familia de crianza: una

mirada comparada entre Estados Unidos y Colombia. *Revista de Derecho Privado*,

39, 85–107. <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.05>

Mazeaud, H., Alcalá-Zamora y Castillo, L., Mazeaud, J., & Mazeaud, L. (1898).

Lecciones de derecho civil: Vol. III. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Montagna, P. (2016). Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales. *Derecho*

PUCP, 77, 219–233. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.010>

Morgan, L. H. (1971). *La sociedad primitiva*. Ayuso.

Mosquera, V. J. M., & Tamayo, J. F. R. (2020). Jurisprudential analysis of the judgment stc-1976 of 2019 of the Colombian supreme court of justice: a case of constitutional correction in social parenthood. *Estudios Constitucionales*, 18(2), 363–381.

<https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000200363>

Mukherjee, S., & Mielke, J. C. (2017). *El gen (edición en castellano): Una historia personal*. Penguin Random House Grupo Editorial España.

<https://books.google.com.co/books?id=r-boDQAAQBAJ>

Navarrete, U., Varela, A. M. R., & de Paolis, V. (2007). *Derecho matrimonial canónico: evolución a la luz del Concilio Vaticano II*. Biblioteca de Autores Cristianos.

<https://books.google.com.co/books?id=sojJwAACAAJ>

Nieves López, J. G. (2013). El papel creador del juez en el Estado Social de Derecho

The judge's role in social state of law. *Justicia Juris*, 9(2), 13–19.

<http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v9n2/v9n2a02.pdf>

Nuñez Cantillo, A. (1979). *Derecho de familia*. Librería del Profesional.

Órzhytskyi, Í. (2011). Incesto de la pareja procreadora incaica como culturologema identitario en la literatura ecuatoriana. *Mitologías Hoy*, 2(0).

<https://raco.cat/index.php/mitologias/article/view/283859>

Paniza Fullana, A. (2017). *Realidad biológica versus realidad jurídica : el necesario replanteamiento de la filiación.*

Perlingieri, P. (2015). *El derecho civil en la legalidad constitucional* (A. Luna Serrano & C. Maluquer, Eds.; 3rd ed.). Grupo Editorial Ibañez.

Perrino, J. O. (2006). *Derecho de familia* (Vol. 1, Issue v. 1). LexisNexis.

<https://books.google.com.co/books?id=H285GwAACAAJ>

Pinzón, G. (1988). *Sociedades comerciales: Teoría general.* Editorial Temis.

https://books.google.com.co/books?id=_s9qPgAACAAJ

Portalis, J.-É.-M. (2020). *Discurso preliminar del primer proyecto de Código Civil.*

UNAM, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial.

Quinche Ramírez, M. F., & Peña Huertas, R. del P. (2013). *El derecho judicial de la población LGTBI y de la familia diversa* (Universidad del Rosario, Ed.; 1st ed.).

[https://sibu.unab.edu.co/cgi-bin/koha/opac-](https://sibu.unab.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=162186#.ZD13FUg7MJg.mendeley)

[detail.pl?biblionumber=162186#.ZD13FUg7MJg.mendeley](https://sibu.unab.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=162186#.ZD13FUg7MJg.mendeley)

Randall, M. (1973). *Examen de la opresión y la liberación de la mujer.* Editorial Barricada.

Renard, G. (1930). *La théorie de l'institution: essai d'ontologie juridique* (Issue v. 1).

Recueil Sirey. <https://books.google.com.co/books?id=nSR3nQAACAAJ>

Rivero Hernández, F., & Lacruz Berdejo, J. L. (1971). La presunción de paternidad legítima: estudio de derecho comparado y derecho español. In *Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos.* Tecnos.

Roca Trias, E. (1999). *Familia y cambio social : (De la casa a la persona)* (Issue sp).

:Civitas. <http://catalogo.rebiun.org/rebiun/record/Rebiun25424725>

Rodotà, S. (2019). *Derecho de amor* (1st ed.). Editorial Trotta.

Rojas Gómez, M. E. (2014). *Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad*. Universidad externado de Colombia.

<https://books.openedition.org/uec/155?lang=es>

Rojas Gómez, M. E. (2021). *Lecciones de Derecho Procesal. Procesos de Familia e Infancia* (Escuela de Actualización Jurídica, Ed.; 1st ed., Vol. 6).

Russo de Sánchez, A. R. (2021, June 30). *Cuidado y amor, un derecho fundamental para el desarrollo armónico de nuestros niños y niñas*. NiñezYa .

<https://ninezya.org/cuidado-y-amor-un-derecho-fundamental-para-el-desarrollo-armonico-de-nuestros-ninos-y-ninas/>

Samper, F. (2019). *Derecho romano*. EDICIONES UC.

<https://books.google.com.co/books?id=TpzqDwAAQBAJ>

Sánchez Sánchez, A. (2004). *Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad en Colombia*.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=186346&info=resumen&idioma=SPA>

Tirado Pertuz, C. A. (2020). Análisis jurisprudencial de la caracterización de la familia de crianza. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, 12(24), 271–289.

<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2675>

Uribe Escobar, M. (2000). *La Familia en la Constitución de 1991 y su Desarrollo Legal* (1st ed.). Biblioteca Jurídica Diké .

Valencia Zea, A. (1957). *Derecho civil: Derecho de familia*. Editorial Temis.

<https://books.google.com.co/books?id=L5-OvQEACAAJ>

Valencia Zea, A. (1972). *Derecho civil: Parte general y personas*. Editorial Temis.

<https://books.google.com.co/books?id=aF1pAAAACAAJ>

Various. (2010). *The Project Gutenberg eBook of L'illustration, No. 3239, 25 Mars 1905*

(J. Hellingman & R. Lévesque, Eds.). <https://www.gutenberg.org/files/34231/34231-h/34231-h.htm>

Varsi Rospigliosi, E., & Varsi Rospigliosi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS*, 11(39), 0–0.

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006&lng=es&nrm=iso&tlng=

Varsi-Rospigliosi, E., & Chaves, M. (2010). Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. *Universidad de Lima*.

<https://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/3323555#.ZD31SpuPIU>.
mendeley

Vélez, E. G. E., & Hurtado, B. L. (1994). *La unión marital de hecho*. Editora Jurídica de Colombia.

Vico, L. A. V. (2004). Conceptualización del matrimonio en una comunidad maya.

Universidad Rafael Landívar Facultad de Humanidades Departamento de Psicología.

Villamil Portilla, E. (1999). *Protección familiar: visión constitucional*. Ediciones Doctrina y Ley. <https://books.google.com.co/books?id=bB0WAQAIAAJ>

Villela, J. B. (1979). Desbiologizacáo da paternidade. *Revista de Direito Da Univeridade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte*, 21, 400–419.
<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>

14.2. Lista de normativa nacional e internacional

Constitución Política [CP] 7 de julio, 1991, GJ núm. 116,[Col.].

Constitución de la República [CP] 10 de abril, 2019, GO núm. 5, [Cub.].

Ley 156 de 2022. Código de Familias de la República de Cuba. 17 de agosto, 2022. GO núm. 87 (Cub.).

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. 08 de noviembre, 2006. DO núm. 46.446 (Col.).

Ley 84 de 1873. Código Civil. 26 de mayo, 1873. DO núm. 2.867 (Col.).

Ley 45 de 1936. Sobre reformas civiles (filiación natural). 30 de marzo, 1936. DO núm. 23.147 (Col.).

Ley 1464 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio, 2012. DO núm. 48.489 (Col.).

Ley 721 de 2001. Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968. 24 de diciembre, 2001. DO núm. 44.661 (Col.).

Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 7-22 de noviembre, 1969, Ley 16 de 1972.

Organización de Estados Americanos [ONU], Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de septiembre, 1990, Ley 12 de 1991.

14.3. Lista de jurisprudencia nacional e internacional

Corte Constitucional [CC], 13 de enero, 1992, MP: C. Angarita Barón, Sentencia T-523/92, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 13 de JUNIO, 1999, MP: C. Gaviria Díaz, Sentencia T-503/99, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 10 de mayo, 2000, MP: V. Naranjo Mesa, Sentencia C-533/00, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 08 de junio, 2000, MP: A. Tafur Galvis, Sentencia C-660/00, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 01 de abril, 2003, MP: R. Escobar Gil, Sentencia C-271/03, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 24 de mayo, 2004, MP: M. J. Cepeda Espinosa, Sentencia C-507/04, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 09 de agosto, 2005, MP: R. Escobar Gil, Sentencia C-821/05, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 26 de agosto, 2009, MP: H. A. Sierra Porto, Sentencia T-572/09, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 02 de diciembre, 2010, MP: J. I. Pretelt Chaljub, Sentencia C-985/10, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 27 de marzo, 2015, MP: M. V. Sáchica Méndez, Sentencia T-129/15, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 20 de febrero, 2020, MP: G. S. Ortiz Delgado, Sentencia SU074/20, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 01 de abril, 2003, MP: R. Escobar Gil, Sentencia C-271/03, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 05 de junio, 1992, MP: C. Angarita Baron, Sentencia T-406/92, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 23 de noviembre, 1995, MP: J.G. Hernández Galindo, Sentencia T-543/95, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 22 de junio, 2016, MP: L. A. Tolosa Villabona, Sentencia SC8225-2016, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 07 de febrero, 2007, MP: R. Escobar Gil, Sentencia C-075/07, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 01 de octubre, 1993, MP: J.G. Hernández Galindo, C-543/92, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 06 de marzo, 2002, MP: C. I. Jaramillo Jaramillo, Sentencia Exp. 6609, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 27 de febrero, 2001,
MP: C. I. Jaramillo Jaramillo, Sentencia Exp. 5839, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 28 de agosto, 2000,
MP: J. Santos Ballesteros, Sentencia Exp. 6418, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 22 de septiembre,
1955, MP: M. Barrera Parra, Sentencia del 22 de septiembre de 1955, GJ LXXXI, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 06 de agosto, 1969,
MP: G. Ospina Fernández, Sentencia del 06 de agosto de 1969, GJ CXXXI, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 22 de marzo, 1979,
MP: G. Giraldo Zuluaga, Sentencia del 22 de marzo de 1979, GJ CLIX, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 05 de septiembre,
2014, MP: F. Giraldo Gutiérrez, Sentencia STC11908-2014, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 03 de diciembre, 2015,
MP: L. A. Tolosa Villabona, Sentencia STC16635-2015, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 22 de mayo, 2019, MP:
L. A. Rico Puerta, Sentencia STC6270-2019, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 19 de octubre, 2017,
MP: A. W. Quiroz Monsalvo, Sentencia STC16969-2017, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 07 de diciembre, 2018,
MP: O. A. Tejeiro Duque, Sentencia STC16139 -2018, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 23 de mayo, 2019, MP:
A. Salazar Ramírez, Sentencia STC6435 -2019, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 23 de mayo, 2019, MP:

A. Salazar Ramírez, Sentencia STC6435 -2019, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 16 de enero, 2020,
MP: L. A. Tolosa Villabona, Sentencia STC066-2020, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 07 de octubre, 2021,
MP: O. A. Tejeiro Duque, Sentencia STC13369-2021, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 08 de abril, 2022, MP:
A. W. Quiroz Monsalvo, Sentencia SC1171-2022, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 30 de junio, 2022, MP:
H. González Neira, Sentencia SC1947-2022, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 21 de septiembre,
2017, MP: A. F. García Restrepo, Sentencia SC12907-2017, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 04 de abril, 2017, MP: A. J. Lizarazo Ocampo, T-
207/17, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 25 de marzo, 2004, MP: M. J. Cepeda Espinosa, T-
294/04, [Col.].

Ivan Somers v. Hungary (Communication No. 566/1993), 1996 OHCHR (23 de
julio).

Caso Atala Riffo y Niñas VS. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo y
Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Poder Judicial de Tucumán [PJT], Juzgado de Familia y Sucesiones, 07 de febrero, 2020, MP: M. J. Rey Galindo, L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación Expte. N° 659/17, [Arg.].

15. ANEXOS

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional	
Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Corporación: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. ▪ Número de sentencia o radicación: STC11908-2014 ▪ Fecha: Cinco (05) de septiembre de dos mil catorce (2014) ▪ Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez. 	
Tema:	
Obligatoriedad de la prueba de ADN.	
Hechos relevantes:	
El Juzgado Segundo de Familia de Cartagena impuso a la hija de la accionante la realización de la prueba de ADN, dentro del ordinario de impugnación de la paternidad iniciado por Juan Antonio Arrauth. La promotora afirma que dicha orden trasgrede los derechos de su hija al debido proceso, intimidación, dignidad humana, integridad personal y libertad para decidir sobre su cuerpo. Además, alega que existe suficiente material para definir el litigio.	
Problema (s) jurídico (s):	
¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?	
Consideraciones de la Corte:	
Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta afirmativa, pues el Juzgado confutado obró en cumplimiento de los mandatos del parágrafo 1° del artículo 8° de la Ley 721 de 2001 que modificó el artículo 14 de la Ley 75 de 1968. Reiteró que el proceso no tiene otro propósito que definir quién es el progenitor de una determinada persona, imponiéndose la prueba de los nexos biológicos y naturales existentes entre el padre y el descendiente cuya paternidad es puesta en duda.	
Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:	
Artículo 8° de la Ley 721 de 2001.	
Decisión:	
Estimó constitucional la imposición de los mecanismos necesarios para asegurar la comparecencia de la hija de la accionante y así lograr la efectividad de la práctica de la prueba de ADN.	
Regla jurídica aplicable:	
La prueba del ADN es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad.	
Jurisprudencia citada:	
Corte Constitucional. Sentencia C-808 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.	

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional

Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:

- **Corporación:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- **Número de sentencia o radicación:** STC16635-2015
- **Fecha:** Tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015).
- **Magistrado Ponente:** Luis Armando Tolosa Villabona.

Tema:

Obligatoriedad de la prueba de ADN.

Hechos relevantes:

El Juzgado Quinto de Familia de Bucaramanga decretó oficiosamente la realización de la prueba de ADN, dentro del ordinario de impugnación en donde el demandante allegó, junto con el libelo introductor, los resultados de la “prueba de ADN” emitidos por el Instituto de Genética Molecular y Forense Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. El actor recurrió dicha decisión, pero fue mantenida por el Juzgado confutado. Estima que se debe dejar sin efectos lo decidido y en su lugar se dé curso al dictamen aportado con la demanda.

Problema (s) jurídico (s):

¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?

Consideraciones de la Corte:

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta afirmativa, en tanto que el Estado civil es de orden público, y frente al mismo, el juez está revestido de un deber-poder que rebasa el marco estrictamente dispositivo.

Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:

Artículo 8° de la Ley 721 de 2001.

Decisión:

Estimó constitucional el decreto oficioso de la prueba de ADN, en respeto del artículo 8 de la Ley 721 de 2001, disposición especial, frente a los preceptos generales establecidos en el Código de Procedimiento Civil relativos a la producción del medio de prueba pericial.

Regla jurídica aplicable:

La prueba del ADN es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad.

Jurisprudencia citada:

Corte Suprema de Justicia. CSJ SC, 30 Agos. 2006, Rad. 7157. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional
Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Corporación: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. ▪ Número de sentencia o radicación: STC12118-2016 ▪ Fecha: Treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016). ▪ Magistrado Ponente: Margarita Cabello Blanco.
Tema:
Obligatoriedad de la prueba de ADN.
Hechos relevantes:
<p>En el juicio ordinario de filiación extramatrimonial con petición de herencia que William Hernán Pabón Rojas instauró en contra de Marilú González Martínez y Francly Liliana González Martínez, el Juzgado Promiscuo de Familia de Miraflores profiere decisión de primera instancia en donde declara prospera la excepción previa de cosa juzgada. Lo anterior, por cuanto en proceso de investigación de paternidad del 20 de agosto de 1992 bajo el radicado No. 1991-338 se declaró que Hernando González Q. E. P. D. no era su progenitor.</p> <p>Dicha decisión es conocida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en segunda instancia, el cual profiere fallo en donde resuelve revocar la decisión de primer grado, y ordena la realización de la prueba de ADN, junto con la condena en costas en ambas instancias contra las demandadas. Una de las demandadas alega la configuración de una vía de hecho, al sobreponer a la institución de la cosa juzgada, ligada con el principio de seguridad jurídica, a la científicidad de la prueba de ADN.</p>
Problema (s) jurídico (s):
¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?
Consideraciones de la Corte:
Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta afirmativa, pues en el trámite judicial previo, y referente a la filiación intentada, solamente se ventiló y tuvo en cuenta la prueba antropoheredobiológica recaudada, a pesar de que es deber decretar y practicar la prueba de índice de probabilidad del vínculo biológico a través de la técnica del ADN. Que de proceder como lo claman la accionante lesionaría caras prerrogativas atañederas con, grosso modo, el conocimiento cierto de las raíces parentales de un individuo.
Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:
Artículo 8° de la Ley 721 de 2001.
Decisión:
Estimó constitucional el decreto oficioso de la prueba de ADN, en respeto del artículo 8 de la Ley 721 de 2001, por sobre el instituto de cosa juzgada. Sólo accedió al resguardo atendiendo a la condena en costas injustificadas.
Regla jurídica aplicable:
La prueba del ADN es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad.
Jurisprudencia citada:
Corte Suprema de Justicia. STC11908-2014. Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional

Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:

- **Corporación:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- **Número de sentencia o radicación:** STC16969-2017
- **Fecha:** Diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017).
- **Magistrado Ponente:** Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Tema:

Obligatoriedad de la prueba de ADN.

Hechos relevantes:

El señor John Jairo Solano Trujillo promueve proceso de impugnación de la paternidad en contra de su hija, el cual le corresponde al Juzgado Quinto de Familia de Neiva, y que fue conocida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. En el proceso fue practicada la prueba de ADN, dando como resultado su exclusión como progenitor de la convocada. Sin embargo, una vez agotadas las etapas de rigor, los estrados judiciales dictaron sentencias de primera y segunda instancia, de fechas 8 de abril de 2016 y el 3 de mayo de 2017, en las que desestimaron su pretensión porque caducó la acción. Alega el accionante que en las decisiones se desconoció la experticia aludida, a pesar de su valor científico, al punto que la ley 1060 de 2006 consagró como obligatoria su práctica.

Problema (s) jurídico (s):

¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?

Consideraciones de la Corte:

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta afirmativa, en tanto que los accionados debieron establecer la real filiación de la menor, contabilizando el término de caducidad a partir de la práctica de la prueba de ADN evacuada. Estimó que era forzoso ponderar los derechos a la personalidad jurídica de la infante y a su estado civil, que se encontraban enfrentados con la caducidad de la acción de impugnación, dándose prelación a aquellos frente a estos, esto es ceder la operancia de la caducidad frente a las prerrogativas a la personalidad jurídica, al nombre, a la familia y al estado civil de la menor de edad.

Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:

Artículo 8° de la Ley 721 de 2001.

Decisión:

Ordenó a la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito judicial de Neiva, que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, deje sin valor ni efecto la sentencia que dictó el 3 de mayo de 2017 y decida nuevamente el caso sometido a su estudio.

Regla jurídica aplicable:

La prueba del ADN es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad.

Jurisprudencia citada:

Corte Constitucional. T-352-2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Observaciones:

Es de resaltar que es una providencia que adoctrina una eventual indemnización de perjuicios a favor del menor, en contra de quien procedió a su reconocimiento voluntario, a sabiendas de que la realidad biológica no era tal, y que ahora la repele.

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional

Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:

- **Corporación:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- **Número de sentencia o radicación:** STC16139-2018
- **Fecha:** Siete (7) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).
- **Magistrado Ponente:** Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Tema:

Obligatoriedad de la prueba de ADN.

Hechos relevantes:

El señor Luis José Torres demandó a Santos Nava ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Duitama para que se declarara que es su padre biológico. El 16 de marzo de 2017 se admitió el libelo y se decretó la prueba de marcadores genéticos de ADN, de lo cual fue notificado el convocado mediante aviso, pero guardó silencio. Por ello, el Despacho dictó sentencia de plano en la que dio por sentado el vínculo filial con apoyo en el numeral tercero del artículo 386 del Código General del Proceso, lo que tampoco fue objeto de reproche. El demandado afirma que se trasgredió el debido proceso al abstenerse de practicar la prueba de ADN decretada en el auto admisorio, la cual era indispensable para zanjar el litigio.

Problema (s) jurídico (s):

¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?

Consideraciones de la Corte:

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta negativa, en tanto que no siempre es obligatoria la práctica de la prueba de ADN, ya que, en la actualidad, si se trata de filiación de mayor de edad la sola falta de oposición del reconvenido faculta al juzgador para tener por establecido el nexo sanguíneo reclamado.

Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:

Artículo 386° de la Ley 1564 de 2012.

Decisión:

Estimó constitucional la sentencia dictada de plano acogiendo la filiación.

Regla jurídica aplicable:

La prueba del ADN no siempre es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad.

Jurisprudencia citada:

Corte Suprema de Justicia. STC9546-2017. Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional

Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:

- **Corporación:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- **Número de sentencia o radicación:** STC1976-2019
- **Fecha:** Veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019).
- **Magistrado Ponente:** Ariel Salazar Ramírez.

Tema:

Obligatoriedad de la prueba de ADN.

Hechos relevantes:

El señor Javier Giovanni Capera Quintana, presentó demanda de impugnación de la paternidad contra la adolescente tutelante. El asunto correspondió por reparto al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Girardot, autoridad que mediante auto de 7 de junio de 2018, lo admitió a trámite, ordenó la notificación del extremo demandado y la práctica de la prueba de ADN. Según la accionante de 15 años, sus derechos fundamentales fueron vulnerados por el juzgador accionado al obligarla a practicarse la prueba de ADN con miras a establecer su filiación natural, no obstante que no es su deseo saber si el demandante es o no su progenitor, pues desde su nacimiento tiene establecida plenamente su familia.

Problema (s) jurídico (s):

¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?

Consideraciones de la Corte:

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta negativa, tildando de reprochable la decisión del Juez confutado que optó por dar aplicación a los preceptos legales que imponen la práctica de la prueba de ADN, sin reparar en que el artículo 5° de la Ley 1098 de 2006 consagra la preferencia de los principios contenidos en esa normativa como el del “interés superior del menor” sobre otras disposiciones jurídicas. Que la paternidad psicológica plantea la relación parental con alguien a quien se le considera hijo, exista o no un lazo de sangre, y en acatamiento al “interés superior del menor” el Juzgador debía abstenerse de adoptar cualquier medida que le ocasionara a la adolescente una afectación psicológica o espiritual, como la que le produce la exigencia del examen genético al sentir amenazado y resquebrajado los vínculos con su familia.

Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:

Artículo 5° de la Ley 1098 de 2006

Decisión:

Ordenó al Juez Primero Promiscuo de Familia de Girardot (Cund), que disponga el archivo inmediato de las diligencias adelantadas con fundamento en la demanda de impugnación e investigación de paternidad, promovida por Javier Giovanni Capera Quintana.

Regla jurídica aplicable:

La prueba del ADN no siempre es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad, la filiación es un concepto social, familiar, cultural y hasta político, antes que biológico.

Jurisprudencia citada:

Corte Suprema de Justicia. SC12907-2017. Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional

Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:

- **Corporación:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- **Número de sentencia o radicación:** STC6270-2019
- **Fecha:** Veintidós (22) de mayo de dos mil diecinueve (2019).
- **Magistrado Ponente:** Luis Alonso Rico Puerta.

Tema:

Obligatoriedad de la prueba de ADN.

Hechos relevantes:

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y el Juzgado Quince de Familia de la misma ciudad, se adelantó impugnación de la paternidad del señor Francisco Javier Morales Gómez respecto del niño agenciado, que concluyó con sentencia favorable al demandante. Se invocan trasgredidos los derechos constitucionales a tener una familia, identidad, estado civil, debido proceso e igualdad, porque Francisco Javier Morales Gómez, ahora fallecido, tenía el conocimiento de la prueba de ADN negativa desde junio de 2010, e hizo el reconocimiento del menor en el registro civil de nacimiento.

Problema (s) jurídico (s):

¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?

Consideraciones de la Corte:

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta afirmativa, ya que el cómputo de la caducidad solo puede comenzar a correr con posterioridad a la muerte del causante, y a partir de que el accionante haya tenido conocimiento cierto de que aquél no es el padre biológico de la persona cuya paternidad se cuestiona. Que el conocimiento ocurrió en el curso del proceso, cuando fue puesto en conocimiento de las partes el resultado de la prueba con marcadores genéticos, cuya práctica impone el numeral 2º del artículo 386 del Código General del Proceso.

Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:

Artículo 386º de la Ley 1564 de 2012.

Decisión:

Desestimó el amparo al considerar que la interpretación del accionado fue acorde al ordenamiento jurídico.

Regla jurídica aplicable:

La prueba del ADN es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad.

Jurisprudencia citada:

Corte Suprema de Justicia. STC2293-2018. Magistrado Ponente: Luis Alonso Rico Puerta.

Observaciones:

Esta decisión contiene dos salvamentos de voto, siendo el más destacable el del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, en donde sostiene que la filiación es una institución cultural, social y jurídica, no sometida irremediablemente a los fríos y pétreos mandatos de la ciencia. Es su criterio que el reconocimiento del hijo es una manifestación expresa y vinculante de la autonomía de la voluntad del padre reconocedor, y que invocar el interés superior del menor para justificar la caducidad, conduce a un sofisma a fin de justificar el cercenamiento de las prerrogativas del niño opositor, a quien –curiosamente- dice estar protegiendo.

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional (Nicho citacional)

Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:

- **Corporación:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- **Número de sentencia o radicación:** STC6435-2019
- **Fecha:** Veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019).
- **Magistrado Ponente:** Ariel Salazar Ramírez.

Tema:

Obligatoriedad de la prueba de ADN.

Hechos relevantes:

La accionante y Eduardo Hawkins Gómez contrajeron matrimonio civil el 5 de julio de 2008, y la primera dio a luz a un niño el 19 de diciembre de 2008. Eduardo Hawkins Payares, progenitor de Eduardo Hawkins Gómez, reconoció como su hijo a la criatura el 29 de diciembre de 2008. Por parte Margarita Paut de Hawkins, se impugna la paternidad conocimiento que le correspondió al Juzgado Sexto de Familia de Cartagena, quien ordenó la práctica de la prueba de ADN, pero ante la renuencia de Hawkins Gómez profririó sentencia en la que declaró que el niño no es hijo de Eduardo Hawkins Payares, y dispuso que, en adelante, debía llevar los dos apellidos maternos. Su razón fundamental fue la renuencia a la práctica de la prueba pericial, la no concurrencia de los demandados a la audiencia y el indicio derivado de una regla de la experiencia .

Problema (s) jurídico (s):

¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?

Consideraciones de la Corte:

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta afirmativa, exaltó la importancia de la prueba de ADN en los procesos de filiación y su sinergia con la protección efectiva y cierta de los derechos fundamentales del menor. Que la presunción y consecuencia negativas de la asistencia del presunto padre no puede reparar en las repercusiones que habrían de derivarse en su derecho a la personalidad jurídica del que hacen parte los atributos del estado civil y la filiación.

Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:

Artículo 386° de la Ley 1564 de 2012.

Decisión:

Concedió el amparo al considerar que la interpretación del Juzgado atacado fue contrario a derecho, toda vez que la prueba de ADN propende a la protección de la personalidad jurídica, la dignidad humana, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, el derecho al estado civil, y el derecho a conocer con certeza la identidad de los progenitores.

Regla jurídica aplicable:

La prueba del ADN es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad.

Jurisprudencia citada:

Corte Constitucional. Sentencia T-249-2018. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

Observaciones:

Esta decisión contiene dos salvamentos de voto, siendo el más destacable el del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, en donde sostiene que la filiación es una institución cultural, social y jurídica, no sometida irremediabilmente a los fríos y pétreos mandatos de la ciencia. Es su criterio que el reconocimiento del hijo es una manifestación expresa y vinculante de la autonomía de la voluntad del padre reconocedor, y que invocar el interés superior del menor para justificar la caducidad, conduce a un sofisma a fin de justificar el cercenamiento de las prerrogativas del niño opositor, a quien –curiosamente- dice estar protegiendo.

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional (Nicho citacional)

Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:

- **Corporación:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- **Número de sentencia o radicación:** STC066-2020
- **Fecha:** Dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020)
- **Magistrado Ponente:** Luis Armando Tolosa Villabona.

Tema:

Obligatoriedad de la prueba de ADN.

Hechos relevantes:

El 16 de junio de 2017 se admitió el juicio de filiación extramatrimonial adelantado por la promotora del amparo frente a Guillermo Rodríguez Ricci, ordenándose la práctica de la prueba de ADN. Afirma que el demandado no asistió a las diversas diligencias para la práctica de la mencionada prueba. Con todo, El 22 de agosto de 2019, se dictó sentencia denegatoria de las pretensiones, providencia donde se incurrió en vía de hecho, pues no se dio correcto valor probatorio a los testimonios recaudados, no se tuvieron en cuenta las implicaciones de la falta de la prueba de ADN por la renuencia de Rodríguez Ricci, ni mucho menos las consecuencias derivadas de la inasistencia de éste a cada una de las audiencias.

Problema (s) jurídico (s):

¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?

Consideraciones de la Corte:

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta afirmativa, exaltó que si bien se decretó la práctica de la prueba de ADN, no se ejercieron los poderes de ordenación, instrucción y corrección, otorgados por los artículos 43 y 44 del Código General del Proceso, en aras de lograr la materialización del referido examen. No obstante, también aclaró que debió valorarse lo relativo a la inasistencia del demandado a la audiencia inicial y a las demás diligencias, para evaluar la imposición de las sanciones previstas en el numeral 4° del artículo 372 del Código General del Proceso y, con ello, proferir el fallo correspondiente.

Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:

Artículos 43 ° y 44 ° de la Ley 1564 de 2012.

Decisión:

Dejó sin efectos el veredicto de 22 de agosto de 2019 y ordenó proferir una nueva determinación, rehaciendo cada una de las actuaciones a efectos de lograr la práctica de la prueba de ADN y, de no ser posible su evacuación, dictar la correspondiente sentencia efectuando una nueva valoración probatoria ajustada a los lineamientos jurisprudenciales y legales pertinentes.

Regla jurídica aplicable:

La prueba del ADN es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad, además de que debe evaluarse la conducta renuente en su práctica.

Jurisprudencia citada:

Corte Suprema de Justicia. STC6435-2019. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional (Sentencia Arquimédica)

Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:

- **Corporación:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- **Número de sentencia o radicación:** STC13369-2021
- **Fecha:** Siete (7) de octubre de dos mil veintiuno (2021)
- **Magistrado Ponente:** Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Tema:

Obligatoriedad de la prueba de ADN.

Hechos relevantes:

La accionante tiene dos registros civiles con diferentes padres; con fundamento en el que aparece como padre a Arnol Puente Arnedo y madre a Miladis Quintana Paternina, en el año 2015 inició el trámite para la obtención de su cédula de ciudadanía y de manera provisional recibió una contraseña, actualmente vencida. La Registraduría Nacional del Estado Civil rechazó la solicitud de expedición de cédula de ciudadanía, porque aquella debe definir mediante sentencia judicial su verdadera identidad.

La afectada promovió el litigio, el cual fue admitido por el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, tras decretar la práctica de la prueba de ADN al grupo familiar conformado por los demandados, la demandante y su progenitora Miladis Quintana Paternina. El Juzgado confutado se ha negado a convocar audiencia alegando la falta de notificación personal de los demandados, pero la promotora radicó cinco (5) memoriales en los que recalcó que los integrantes del extremo pasivo estaban debidamente notificados y que no contestaron la demanda, por ende, solicitó fijar fecha y hora para la audiencia de pruebas y juzgamiento de forma virtual, amén de poner de presente en uno de los escritos que no ha podido registrar a su hijo menor de edad por la duplicidad de sus registros civiles de nacimiento.

Problema (s) jurídico (s):

¿Es siempre obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad, a efectos de establecer la verdadera filiación de las personas?

Consideraciones de la Corte:

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la respuesta del problema jurídico resulta afirmativa, iteró que el deber del juez no se agota en el decreto de la prueba de ADN, sino que se le impone su práctica y valoración, como inestimable elemento de juicio para solucionar las controversias relacionadas con el estado civil y la filiación.

Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:

Artículos 42° y 43° de la Ley 1564 de 2012.

Decisión:

Ordenó Ordenar al Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena que, dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de este proveído, efectúe las gestiones tendientes a recaudar la prueba de ADN y dictar sentencia en el proceso de impugnación que Josefa María Puente Quintana formuló contra Wilberto Paternina Mangonis y Arnol Puente Arnedo.

Regla jurídica aplicable:

La prueba del ADN es obligatoria y oficiosa en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad, el Juez debe adoptar medidas para establecer los vínculos familiares.

Jurisprudencia citada:

Corte Suprema de Justicia. STC066-2020. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

Comentarios Finales

Toda línea comienza con una sentencia fundadora, generalmente de los primeros años de los Altos Tribunales, en donde se imponen criterios ambiciosos y reformistas. En el caso bajo examen, amén de la expedición de la Ley 721 de 2001, mediante la sentencia STC11908-2014 se inaugura un periodo en donde la prueba científica de ADN, juega un papel preponderante en los juicios de filiación. En este caso la Corte concede la tutela a la madre argumentando que el comentado medio probatorio es obligatorio y oficioso por parte de los juzgadores. Razones como la identidad y Estado Civil fundan el nexo biológico de su importancia. Esta sentencia, por tanto, sirve como preludeo para la posición de la Corte respecto de proteger los derechos de identidad biológica de manera automática.

Posteriormente, las providencias STC16635-2015, STC12118-2016 y STC16969-2017 asumen un criterio irrestrictivo en la aplicación de la prueba científica de ADN, incluso sobre criterios jurídicos como el de la cosa juzgada en pro de hacer prevalecer la verdad biológica. Resulta interesante destacar sobre todo el criterio de la última providencia, en tanto que propone una eventual reparación de perjuicios a favor de los niños, en caso de reconocimientos por complacencia a sabiendas de la verdad biológica, además adoctrinar una ponderación de los intereses de los niños en los juicios de filiación.

Hasta este punto la Corte ha seguido la corriente dominante de la total prevalencia a la verdad biológica, sobre todo cuando se encuentra involucrados niños. Pero es aquí cuando la ideología de la Corte empieza a virar. Con la llegada del Código General del Proceso, en la sentencia STC16139-2018 se modula el rigorismo impuesto en el caso de personas mayores de edad, afirmando que no siempre se debe acudir a la prueba de ADN para establecer el nexo filial, sino que puede admitirse el silencio del demandado.

No obstante, en el año 2019 se profiere la sentencia STC1976-2019 que rechaza la obligatoriedad total de la prueba de ADN y adoctrina su inaplicación por ser incompatible al interés superior del menor. A pesar de sus profundos avances en materia de filiación, se trata de una decisión que utilizó una técnica ilegítima de decisión al alejarse abruptamente de la Ratio decidendi vigente sin explicar sus motivos. De hecho es el motivo que suscitó el salvamento de voto de tres de los integrantes de la Sala Civil, en donde se resalta dicho yerro. Como respuesta se profieren las decisiones STC6270-2019 y STC6435-2019 que si bien detallan la ponderación de los derechos del niño, dan prevalencia a la prueba de ADN estableciendo la filiación como un hecho biológico. Estas dos últimas decisiones contienen los aquilatados salvamentos de voto del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, en donde se expone la filiación como un hecho social antes que genético.

Finalmente, las decisiones STC066-2020 y STC13369-2021 se han convertido en providencias reiterativas de la STC6435-2019, proferida paradójicamente por el mismo ponente de la STC1976-2019, y en donde se adopta un criterio de ponderación de la prueba de ADN que tiende a la realidad biológica.