

Presunción legal de
paternidad en la
unión marital de hecho:
Un estudio desde
el principio de igualdad

Guillermo Rodríguez Garrido

PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD EN LA UNIÓN MARITAL DE HECHO: UN ESTUDIO DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

AUTOR: Guillermo Rodríguez Garrido
FECHA DE RECEPCIÓN: Agosto 9 de 2012
DIRECCIÓN: guillorg@yahoo.es

RESUMEN: Trabajo de grado presentado en la Maestría de Derecho de Familia en el cual se explica que, el derecho a la igualdad que se persigue proteger en los artículos 1 y 2 de la ley 1060 de 2006, que reformó los artículos 213 y 214 del Código Civil, respectivamente, en los cuales se hizo extensiva la presunción de paternidad a favor de los hijos de la familia extramatrimonial conformada en la unión marital de hecho, vulnera el principio de igualdad de los hijos extramatrimoniales provenientes de familias diferentes a la referida unión que se encuentren en situaciones fácticas similares y de los que aun perteneciendo a ella también fueron excluidos.

PALABRAS CLAVES: Principios, ley, igualdad, presunción y filiación.

ABSTRACT: The right to equal protection is protect in the Articles 1 and 2 of the law 1060 of 2006, which reformed the Articles 213 and 214 of the Civil Code, respectively, which are made extensive the presumption of paternity for the children of the extramarital family formed in the marriage, violates the principle of equality of children born out of marriage different families from the union who are refered to factual similar situations and even those belonging to it were also excluded.

KEY WORDS: Principles, Law, equality, presumption and filiation.

Presunción legal de paternidad en la unión marital de hecho: Un estudio desde el principio de igualdad

Guillermo Rodríguez Garrido*

Introducción

La igualdad de los hijos ante la ley es un tema que ha sido objeto de abundante reflexión jurisprudencial y doctrinal en Colombia, hasta el punto de que todo pareciera indicar que se trata de una materia pacífica lo suficientemente estudiada, en especial respecto al trato que la norma legal le ha ofrecido a los otrora llamados hijos legítimos e ilegítimos; empero, respecto de estos últimos, hoy llamados extramatrimoniales, aún perviven preceptos normativos basados en una estructura filosófica formalista que quizá, por el afán del legislador de igualarlos, lo que ha logrado en algunas ocasiones es agrietar el tratamiento justo que merecen estos sujetos. (Atienza 2004; Ramírez Gómez, 2002).

Ese trato igualitario avanza paralelo a otro tema no menos importante, pero más específico, relativo al ejercicio y garantía de los derechos fundamentales de los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre.

Mucho antes de establecer el proceso de filiación que hiciera posible la obtención de los derechos fundamentales derivados de la misma, el legislador previó, desde los albores del Código Civil de 1887, art.328, la figura de la presunción de paternidad en la filiación extramatrimonial, la cual prescribía que los hijos habidos dentro de una relación concubinaria serían tenidos como hijos del hombre que los engendró. Así lo reseña la sentencia de casación del 10 de septiembre de 2003, Corte Suprema de Justicia, m. p. Manuel Isidro Ardila Velásquez; reiterada por la sentencia 591 de 2005, m. p. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, que indica:

En la base de todo se encuentra el concubinato, que así era uso y costumbre denominarlo, esto es, la convivencia de hombre y mujer, como si de matrimonio se

* Estudiante de la Maestría en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

tratara. Hecho social estigmatizado a través de los tiempos, pues consideróse que socavaba en lo más profundo los cimientos de la institución matrimonial. Es así que, con tal parecer, reprobada fue esa forma natural de vida, por el hecho de no observar la forma que el matrimonio apareja. El Código Civil, sin embargo, muy atento del desenvolvimiento social, trató de mitigar en parte tan deshonoroso señalamiento, y no ignoró del todo su realidad ontológica, como que a más de dar una idea de lo que por tal debía entenderse, quiso reconocerle algunos efectos en bien de la prole, llegando incluso a consagrar, con criterio de semejanza de lo que acontece en el matrimonio, la presunción de paternidad de los hijos de la mujer que de tal modo vivía, vale decir, públicamente, con un hombre "como si fueran casados" (artículos 328 y 329), amén de regular lo relativo al cuidado y la crianza de los hijos, permitía, aunque en casos muy reducidos, investigar la filiación natural (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 591, 2005)

No obstante que la norma referenciada fue derogada por el artículo 65 de la ley 153 de 1887, la ley 1060 de 2006 revivió el tema al modificar los artículos 213 y 214 del Código Civil, normativa que será el objeto principal de estudio en este ensayo, en el sentido de hacer extensiva la presunción de paternidad que protege al hijo matrimonial al concebido durante la unión marital de hecho o que nace después de expirados los ciento ochenta días siguientes a dicha declaración (Parra Benítez, 2008).

Si se comprende que el objetivo de la legislación mencionada es obtener la igualdad entre estos dos grupos de hijos, los matrimoniales y los provenientes de la unión marital, el problema consiste en establecer si los nacidos antes de la declaración de esta última quedan excluidos de la presunción, o si los que nacieron durante la misma pero que no ha sido declarada pueden presumirse o no como hijos de los compañeros permanentes. Así mismo, si se viola el principio de igualdad de los hijos provenientes de familias extramatrimoniales diferentes a la unión marital de hecho que se encuentren en situaciones similares a esta.

Al hacer un parangón se puede evidenciar que la situación de los hijos reconocidos por el padre y los que no lo han sido es notoriamente disímil en el ejercicio de los derechos derivados de la filiación, tales como el estado civil y los alimentos, ambos considerados fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano, circunstancia que cobra relevancia con la implementación legal de la presunción que será objeto de examen.

Plan de Trabajo

Para iniciar el estudio se hará un análisis comparativo de la situación jurídica de los hijos matrimoniales frente a la de los hijos extramatrimoniales reconocidos por el padre, con el fin de determinar la forma de aplicación del principio de igualdad en el ámbito legislativo y jurisprudencial.

Esclarecida esa situación, se analizarán los artículos 1 y 2 de la ley 1060 de 2006, modificadores de los artículos 213 y 214 del Código Civil, respectivamente, en orden a dilucidar si la presunción de paternidad de los hijos matrimoniales que se

hizo extensiva a los hijos concebidos en la unión marital de hecho, discrimina o no a dos grupos poblacionales de hijos: 1.) Los que no han sido reconocidos por el padre, nacidos dentro de la unión marital de hecho, antes de su declaración formal; y 2.) Los hijos extramatrimoniales no reconocidos de familias diferentes a la unión marital que se encuentren en situaciones similares a esta. Este análisis nos permitirá ventilar en qué medida se vulnera el principio de igualdad en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de estos dos últimos grupos de hijos.

Para tal fin se indagará sobre ¿Qué criterios determinantes tuvo el legislador para considerar que los hijos nacidos dentro de la unión marital de hecho declarada se presumen hijos de los padres que la conformaron? y a contrario sensu: ¿Por qué los nacidos dentro de la unión antes de su declaración o los extramatrimoniales provenientes de familias diferentes a esta deben ser reconocidos por el padre o demandar judicialmente la filiación?

Por último, para ahondar solamente sobre un caso específico derivado de la distinción del trato legislativo que atiende el origen familiar del hijo, se evidenciará en qué medida ese trato determina la manera limitada en que el legislador y la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia le ha brindado a los hijos no reconocidos aún por el padre la oportunidad para exigir el derecho de alimentos.

La línea o corriente de pensamiento que se utilizará parte de los estudios que sobre el principio de igualdad han realizado autores como Zagrebélski, Atienza, y Bernal Pulido; y los estudios de Diego López Medina sobre interpretación constitucional. Esta línea de pensamiento se integrará con la interpretación jurisprudencial que la Corte Constitucional ha realizado respecto del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política en casos análogos y de manera específica respecto de los hijos reconocidos por el padre y los que no lo han sido. La línea de pensamiento utilizada será vertida en un análisis crítico de casos relativos a la presunción de paternidad a la luz de la norma estudiada, trabajados a partir de la guía de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (EJRLB)

Por razones de espacio y especificidad solamente se abordará el estudio de la presunción de paternidad. La maternidad no será examinada, aunque la norma involucre también a la madre como sujeto de la misma, lo cual puede ser objeto de otro estudio. De igual manera, cuando se habla de niño o hijo, para efectos prácticos se entiende que cobija a los niños, niñas y adolescentes.

1. Situación de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales en el ordenamiento jurídico actual

La presunción de paternidad protege a los hijos matrimoniales por el solo hecho de estar sus padres casados, desde el momento en que contraen matrimonio. En contraste, tal presunción solo cobija a una parte de los hijos extramatrimoniales, a aquellos que sin haber sido reconocidos por el padre provengan de una familia de compañeros permanentes durante el interregno delimitado por la ley. Al hijo no reconocido por el padre que se encuentre por fuera del intervalo legal es menester

que este lo reconozca como tal para poder obtener su estado civil de hijo; si se niega a reconocerlo es preciso que presente demanda de investigación de paternidad.

La incertidumbre del hijo menor de edad no reconocido de desconocer quién es su padre torna diferente su situación jurídica frente a la seguridad de identidad que tienen los hijos de una pareja de personas casadas. Esta diferencia obliga a los primeros a determinar, por los medios procedimentales arriba indicados, la filiación que conlleve a establecer su estado civil de hijo; solamente cuando ya se haya declarado formalmente este estado es cuando puede aplicárseles el principio de igualdad frente a los hijos matrimoniales.

Este aserto lo confirma la doctrina judicial al definir los conceptos de filiación y estado civil en los siguientes términos:

La filiación estructura un estado civil porque implica la relación jurídica entre un hijo o hija, una hija y su padre o su madre, relación de ese hijo o hija con la familia de donde proviene, que va a determinar que el mismo o la misma pueda ser titular de derechos y obligaciones respecto a su padre o a su madre... La relación paterno-filial está regulada por la ley, que se encarga de dar efectos a la relación que nace entre esos miembros de la familia. La filiación es el grado de parentesco o relación de descendencia existente entre dos personas, una de las cuales es madre o padre de la otra (Abello, 2007).

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional cuando abordó el estudio del estado civil de hijo, tomando como base los 42 de la Constitución y 14 del Código Civil, y los relacionó con el derecho que tienen las personas a una personalidad jurídica, el cual analizó en la sentencia C-109 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Del estudio realizado en esa sentencia se concluyó que la filiación es uno de los elementos que componen al estado civil; el derecho que tienen a conocerla quienes la reclaman es un derecho fundamental, así lo itera la Corte en la sentencia referida (Parra Benítez, 2008; Ibáñez Otálora & Jiménez Fandiño, 2003).

La sentencia estudiada ratificó lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia n°. C-122 de Octubre 3 de 1991, magistrado ponente: Ricardo Medina Moyano, considerando que se trataba de cosa juzgada constitucional; de igual forma lo ratificó la Corte Constitucional en la sentencia C-009/01, magistrado ponente: Favio Morón Díaz.

Dijo la Corte Suprema:

Según la doctrina nacional, la igualdad de derechos, especialmente la sucesoral, presupone la definición y certeza del estado civil que sirve de base a tales derechos; en consecuencia, no habiendo certidumbre sobre el estado civil, tal como ocurre en

** Sobre la filiación como derecho fundamental, ver las sentencias C-109 de 1995, T-191 de 1995, T-329 de 1996, C-004 de 1998, T-488 de 1999, T 183 de 2001, C-243 de 2001, T-641 de 2001, T-966 de 2001, T-979 de 2001, T-1227 de 2001, estudiadas en “la filiación en la jurisprudencia constitucional”, documento online.

el caso regulado por el artículo 10º de la ley 75 de 1968, tampoco puede haber igualdad sucesoral. En otros términos la igualdad sucesoral se predica de los estados civiles definitivos, pero no de aquellos derechos que son meramente eventuales por estar condicionados a la certidumbre previa del estado civil.

Es un presupuesto obligatorio entonces, según la jurisprudencia reseñada, que se haya establecido previamente respecto de los hijos extramatrimoniales su estado civil, para que éstos puedan exigir la aplicación del principio de igualdad frente a los hijos matrimoniales.

No obstante, entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales a quienes se les haya reconocido o declarado su estado civil de hijos, subyace un problema que merece atención, consistente en determinar si se deben estimar iguales ante la ley por su condición de sujetos individualmente considerados o si su protección debe ser igual dependiendo de la familia de la cual desciendan.

Al respecto, en la doctrina chilena, ante los proyectos de ley que perseguían obtener la igualdad de trato legal de los hijos extramatrimoniales y los matrimoniales, el profesor Hernán Corral Talsiani, retomando una cita de Somarriva, indicó: "...No se trata de los derechos que le correspondan a los hijos en cuanto a individuos, sino en consideración con la relación que tienen con un grupo intermedio que la misma Constitución reconoce como fundamental, la familia..." "...no solo puede ser justificable sino incluso ausplicable un distinto tratamiento ya que los hijos que nacen fuera de matrimonio están en una distinta situación de los que proceden de una unión conyugal . El pretender suprimir tal diferencia implicaría desconocer esta posición familiar y, por tanto, minar los presupuestos jurídicos de la familia" (Corral Talsiani, s.f.)

En contraste, en el derecho colombiano el legislador determinó expresamente que el tratamiento de igualdad es aplicable a ambas clases de hijos, matrimoniales y extramatrimoniales, como sujetos individuales y como grupo familiar, por cuanto la ley 29 de 1982 les confirió iguales derechos y obligaciones a los hijos otrora llamados naturales, hoy extramatrimoniales.

Así mismo, la Constitución en el artículo 42 autorizó y legitimó la conformación de ambas familias, la constituida por vínculos jurídicos (matrimonio) y la que se forma a través de lazos naturales (unión marital).

En Colombia se encuentra superada entonces la distinción que hacía el legislador entre hijos legítimos e ilegítimos por su procedencia familiar. Así lo ha determinado por vía jurisprudencial la Corte Constitucional en diversas sentencias. Dijo la Corte en la sentencia C-204 de 2005, magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería, en la cual se resume gran parte de la jurisprudencia que ha ratificado la igualdad de los hijos:

"De estos textos se desprende que el estatuto superior distingue entre la familia constituida por vínculos jurídicos y la conformada por vínculos naturales y que a ambas confiere una protección integral y en igualdad de condiciones.

...Por otra parte, el Art. 13 de la Constitución establece que todas las personas gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de origen familiar, entre otras razones, y el mismo Art. 42 citado preceptúa que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

Sobre este tema la Corte Constitucional ha expresado: "Por consiguiente, no puede el legislador expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él. Al respecto, esta Corporación ha señalado:

...Si la Constitución equiparó los derechos de la familia, sin parámetros en su origen, y reconoció también los mismos derechos a los hijos "habidos en el matrimonio o fuera de él", no puede la ley, ni mucho menos la Administración, mantener o favorecer diferencias que consagren regímenes discriminatorios, porque ello significa el quebrantamiento ostensible de la Carta al amparo de criterios éticos e históricos perfectamente superados e injustos. (Sentencia T-326 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell)

Y en sentencia posterior afirmó:

El esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo contractual.

Todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las dos formas de unión y se quebranta el principio de igualdad ante la ley que prescribe el mismo trato a situaciones idénticas. (Sentencia T- 553 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En anterior oportunidad había señalado:

12. Finalmente, la Corte estima necesario hacer algunas consideraciones en relación con la constitucionalidad de los numerales 2° y 3° del artículo 537 del Código Civil. Aunque los cargos aducidos en la demanda no se refieren a las expresiones "naturales" y "legítimos" contenidas en la norma, esta Corporación encuentra que ellas desconocen los artículos 13 y 42 superiores, como pasa a indicarse.

En efecto, el artículo en comentario señala a quiénes puede deferir el juez la curaduría legítima del pródigo o disipador. Al hacerlo incluye, en el numeral 2 a "los

ascendientes o padres naturales. La calificación “naturales”, parece dar a entender que si se trata de disipadores hijos de una familia que no se funda en el matrimonio, la curaduría podrá deferirse a los padres del pródigo, más no a sus demás ascendientes; al paso que tratándose de dilapidadores hijos de una familia fundada en el matrimonio, su curaduría puede ser deferida a cualquiera de sus ascendientes. Adicionalmente, el referido numeral indica que “los padres naturales casados no podrán ejercer este cargo”, mas no dice lo mismo respecto de los demás padres, esto es, de los que no se consideran “naturales”.

Así entendida, la norma resulta discriminatoria, pues trata desigualmente a los hijos habidos dentro del matrimonio frente a los habidos por fuera de él, y a los padres unidos por vínculo matrimonial frente a los que no mantienen este tipo de unión. Por esa razón, la expresión : “padres naturales ; los padres naturales casados no podrán ejercer este cargo ;” será retirada del ordenamiento jurídico.

...En sustento de estas determinaciones la Corte recuerda que la Constitución reconoce en un pie de igualdad a la familia constituida por vínculos jurídicos, esto es, la que procede del matrimonio, como a la familia llamada natural, es decir, la constituida por fuera de él. Es este el único sentido en el cual puede entenderse el artículo 42 superior, cuando afirma que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye 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”. Por ello las diferencias introducidas por la ley con fundamento en la diversa manera de conformar la familia, desconocen la Constitución. Siendo igualmente válido cualquier tipo de familia, las diferencias de trato resultan discriminatorias.

Por su parte, los citados Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y Convención americana sobre derechos humanos consagran la protección de la familia en sus Arts. 23 y 17, respectivamente.

Dentro de este orden de ideas se concluye que la familia matrimonial está regulada en Colombia por un régimen jurídico igual al de la familia extramatrimonial, en lo que se refiere a las obligaciones y a los derechos que pueden exigir los hijos de sus padres. En consecuencia, el legislador está obligado a observar un trato paritario cada vez que regule asuntos relacionados con estas familias.

Empero, aún perviven diferencias entre estos dos grupos familiares desde un punto de vista formal, puesto que los derechos que el legislador había radicado en cabeza de los hijos matrimoniales sólo por vía de interpretación se han ido haciendo extensivo a los extramatrimoniales, habida cuenta que la única familia que reconoció el Código Civil fue la matrimonial. De tal manera que le ha correspondido al legislador y a cada una las Cortes, especialmente la Corte Constitucional, encausar la aplicación del derecho a la igualdad en favor de los hijos extramatrimoniales reconocidos por el padre.

En este contexto, conforme a Ley 1060 de 2006 y teniendo en cuenta la evolución legislativa y jurisprudencial que hasta el momento ha tenido la filiación en Colombia, se concluye que a los hijos nacidos dentro del matrimonio se les considera matrimoniales, en tanto que los extramatrimoniales pueden provenir de filiaciones diferentes; así, de acuerdo con la normatividad positiva, y siguiendo la clasificación doctrinaria (EJRLB, 2007), los hijos extramatrimoniales pueden ser:

- a. Hijos extramatrimoniales habidos por fuera de la unión marital de hecho: incluye a los hijos de padres solteros, a los hijos de padres que tienen impedimentos legales para contraer matrimonio, y a los hijos de padre desconocido.
- b. Hijos extramatrimoniales concebidos a partir de la declaración legal de la unión marital de hecho.
- c. Hijos concebidos dentro de la unión marital de hecho.
- d. Hijos nacidos dentro de los 180 días posteriores a la declaración de la unión marital de hecho.

2. Aplicación del Principio de igualdad en la presunción legal de paternidad

Conforme al principio de igualdad, expuesto por Carlos Bernal Pulido en su obra “El derecho de los derechos”, es del caso considerar que los hijos extramatrimoniales deben recibir trato paritario, igual al de los hijos matrimoniales, pues sus situaciones presentan similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia). (Bernal Pulido, 2005).

Se advierte entonces que el trato debe ser igual, por cuanto esta diferencia solamente radica en la clase de familia de donde provienen los hijos y estos ya fueron igualados por el mismo ordenamiento jurídico.

Conforme a esta tesis, si se distingue la igualdad ante la ley, como la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares; y la igualdad en la ley, que alude al carácter que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador (Bernal Pulido, 2005), se concluye que en el caso de los hijos extramatrimoniales se puede utilizar este doble enfoque, cuando se legisle sobre sus derechos fundamentales y cuando al juez le corresponda resolver un caso concreto en relación con los mismos.

Si como ya se advirtió, la ley igualó en Colombia a los hijos extramatrimoniales con los matrimoniales aunque provengan de familias diferentes, este mandato de igualdad debe permanecer vigente en la mente del legislador cada vez que le corresponda regular sus derechos. El encargado de crear las leyes no debe olvidar que la eficacia vinculante de la igualdad real depende del respeto que se tenga por la misma.

Luego, si lo que se pretende es proteger a algunos de los destinatarios, en este caso los hijos de los compañeros permanentes, tal protección, aunque no contenga una

intención discriminatoria, no puede desconocer los derechos fundamentales de los otros hijos extramatrimoniales que sin ser hijos de la unión marital se encuentren en situaciones similares, o de los que aun siendo hijos de la misma no se hayan declarado formalmente como tales, los cuales deben recibir un trato igualitario por el legislador.

Sobre la falta de intención discriminatoria anota Bayefsky (1990):

“El material jurídico internacional sugiere que una intención discriminatoria no es un elemento necesario ni de la discriminación ni de una negación de la igualdad.”

Cuando el legislador discrimina le corresponde entonces a la autoridad administrativa encargada de aplicar el derecho regulado o al juez encargado de resolver el caso concreto de echar mano de interpretaciones que no todas las veces resultan las más justas, debido a que en Colombia se debe respetar el imperio de la ley como fuente principal de derecho (López Medina, 2006).

El distinto tratamiento que el derecho otorga a las reglas y principios, en este caso la norma estudiada y el principio de igualdad, se debe a que las primeras deben ser obedecidas aunque provengan del lenguaje confuso del legislador, en cuyo caso deben ser interpretadas, en tanto que los principios proporcionan criterios para tomar posición frente a situaciones concretas. (Zagrebélski, 2009).

No obstante, se debe precisar que esta prohibición de discriminación es de rango constitucional y se encuentra establecida en la primera parte del artículo 13 de la Constitución, que dice:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (Constitución Política de Colombia, 1991)

Este principio fue retomado por el Constituyente del artículo 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que indica:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Naciones Unidas, 1966)

Al respecto, de acuerdo con Bayefsky (1990) la interpretación del artículo 26 citado se debe guiar por un Comentario General que el Comité de Derechos Humanos emitió respecto de la no discriminación. En él se dijo que ese artículo:

Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. 3 Res. A.G. 220(XXI), 21 ONU, GAOR. Supp. (N° 16) 52. Doc. ONUA63(6) (1966)

Siendo ello así, la interpretación que debe hacer el juez, dependiendo del caso concreto, debe atender el fin propuesto en la norma, entendiendo por norma la Constitución y la ley, con el fin de lograr el cumplimiento del derecho fundamental a la igualdad del hijo concebido dentro de la unión marital objeto de la presunción, pero sin desconocer el principio de igualdad para los hijos extramatrimoniales de los mismos padres no incluidos en la preceptiva legal y de los hijos extramatrimoniales que se encuentren en situaciones similares, en cuanto que esta dimensión objetiva de la igualdad no ha sido atendida de manera apropiada por el legislador.

En el caso puntual de los hijos extramatrimoniales distintos a los hijos de la unión marital la regla legal determina que al juez no le corresponde dirimir este asunto, por cuanto a estos sujetos el legislador los excluye tácitamente al momento de incluir en la presunción solamente a los hijos extramatrimoniales que tengan como padres a los compañeros permanentes, tomando como motivo principal de la inclusión el origen familiar, circunstancia que se encuentra enmarcada dentro de la esfera exclusiva del legislador (igualdad en la ley).

Sin embargo, cuando quiera que al juez le corresponda resolver un asunto concreto en el que esté involucrado esta clase de hijo extramatrimonial que exija la aplicación del principio de igualdad, debe analizar el caso, máxime si se trata de un niño cuyo derecho a la filiación es fundamental y atendiendo el interés superior del mismo; en este contexto es posible equipararlo u ofrecerle el trato paritario que el legislador no le brindó al crear la ley (igualdad ante la ley).

Estos casos, si bien no son usuales en el proceso ordinario, se pueden presentar en sede de tutela, escenario donde el juez debe realizar una interpretación constitucional y en algunos eventos aplicar la excepción de inconstitucionalidad. (López Medina, 2006). La acción de inconstitucionalidad es otra herramienta jurídica con que cuenta el ciudadano que coincida con este discurso.

En cualquiera de los casos le correspondería a la Corte Constitucional definir, a través del correspondiente test de igualdad, determinar si el trato diferenciado es discriminatorio y por consiguiente vulnera la Constitución o si, por el contrario, el trato diferenciado es constitucional, por no vulnerar la prohibición de discriminación. (Pulido, 2007)

** Sobre acciones de inconstitucionalidad en filiación véase: C-282-94 del Mag. Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. C-109/95 del Mag. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Empero, se debe precisar si la distinción que hace el legislador es justificada, en el sentido de determinar, de acuerdo con Bayesky, (1990) que *“no toda diferencia de trato es discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico.”*

Para establecer si se justificó expresamente en la ley estudiada la distinción contenida en la presunción objeto de análisis, se examinó el contenido de las actas de exposición de motivos que tuvo el legislador en cuenta para expedir la norma y en ninguno de sus apartes se hace referencia a las razones originarias atendidas para hacer extensiva la presunción de hijos matrimoniales a los hijos extramatrimoniales habidos dentro de la unión marital.

Como el objetivo principal de la ley se refiere a la impugnación de la paternidad las motivaciones del proyecto se centran en hacer relevancia en la caducidad para demandar y en el derecho que tienen los padres para impugnar a través de la práctica de la prueba genética de ADN.

Las justificaciones del proyecto de ley se refieren expresamente al derecho a la seguridad jurídica de los padres, no se argumenta respecto del principio de igualdad de los hijos, mucho menos de los extramatrimoniales, que no fueron cobijados por la norma.

Se transcribe en lo pertinente el texto justificatorio:

Consideraciones del proyecto

Como mencionamos anteriormente el objeto del proyecto de ley es modificar el Código Civil, con la finalidad de iniciar una acción de impugnación de la paternidad; igualmente busca consagrar un término de caducidad de la acción, para efectos de generar la seguridad jurídica tan necesaria para efectos de la definición de la paternidad de las personas. Actualmente los descubrimientos científicos tecnológicos vienen aportando una valiosa información que ha producido cambios estructurales y jurídicos dentro de la sociedad a nivel mundial; una de ellas ha sido el aporte de la prueba genética de ADN, este soporte médico científico ha generado importantes cambios jurídicos sustanciales hasta el punto de modificar y actualizar los códigos civiles de diversos países, especialmente lo relacionado con el derecho de familia, de manera concreta en el tema que corresponde a la impugnación de la presunción paterna y materna.

El descubrimiento médico científico de la prueba genética de ADN, hace que sea prioritario y de manera urgente modificar el Código Civil colombiano, el cual debe evolucionar, ya que en aspectos como la presunción ha permanecido rígido y no se encuentra acorde con la realidad del país, por lo que se hace necesario actualizarlo. Por lo anterior consideramos que la prueba genética de ADN es el método más confiable y contundente para aprobar o negar la paternidad, por lo cual confirma o desvirtúa las obligaciones respecto de unos y otros y evita conflictos en la familia, originados por el engaño y la infidelidad. Hay que aclarar que a esta solo se puede

recurrir, cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) lo autorice.

Propone el proyecto que el trámite administrativo debe ser dirigido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; lo que garantiza la seguridad jurídica, la estabilidad emocional de los menores, el derecho a establecer con certeza la paternidad, además evita congestión en los despachos judiciales con causas inviables jurídicamente, toda vez que los avances en materia científica permiten establecer con el mínimo margen de error, la verdadera filiación de una persona y es esa prueba la que valorará el juez competente atendiendo su sano criterio en un proceso. Se debe, por tanto, propender por una defensa concreta de los derechos del menor, reforzar el precepto constitucional de una progenitura responsable.

Corresponde entonces hacer un análisis más a fondo, para poder deducir que en realidad la norma examinada, que en apariencia persigue la igualdad entre los miembros de las diversas familias, termina excluyendo a un renglón amplio de los sujetos más débiles que las conforman: los niños.

Para llegar a esta conclusión debe examinarse la naturaleza jurídica de la familia en general, de la familia matrimonial, de las diversas clases de familia extramatrimonial y los derechos de la familia frente a los derechos de los niños.

En cuanto a la familia, genéricamente considerada, la Constitución Política colombiana señala la forma en que puede ser constituida. Dice el artículo 42: *“La familia se constituye 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”.*

Este es un marco normativo de textura abierta que permite la coexistencia de diversas familias; la dinámica de la institución familiar implica una permanente mutación en el tiempo, de acuerdo con los cambios socioculturales que se produzcan en el devenir histórico. No es la norma la que determina la conformación de la familia, sino las distintas maneras en las cuales se concibe como fenómeno social lo que obliga a que sea regulada de determinada forma. Así, hay familias nucleares, monoparentales, complejas, de padre o madre soltera, de pareja de hombres o de mujeres, entre otras. (Monroy Cabra, 2005)

Aun así, el legislador se limita a transcribir la descripción constitucional en la ley 1361 de 2009 que regula lo concerniente a la protección integral de la familia, pero no se ocupa de clasificarla.

En contraste, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se refiere a la diversidad familiar en la sentencia de tutela T-717 de 2011, m.p. Luis Ernesto Vargas Silva. Señala la providencia:

... del texto del inciso primero del artículo 42 de la Carta Política no se puede deducir que el constituyente haya contemplado un solo modelo de familia originado exclusivamente en el vínculo matrimonial, pues la convivencia

puede crear también la unión marital de hecho, en cuyo caso los compañeros permanentes ya constituyen familia o crear formas de familia monoparentales, encabezadas solamente por el padre o por la madre o aún las ensambladas que se conforman cuando uno de los cónyuges o compañeros ha tenido una relación previa de la cual han nacido hijos que ahora entran a formar parte de la nueva unión, de manera que en su ciclo vital una misma persona puede experimentar el paso por diversas clases de familia. En este sentido y de conformidad con la norma constitucional, la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen a su vez, a través de distintos “vínculos naturales o jurídicos”, según lo previsto en el precepto superior. De ahí, que la heterosexualidad no sea una característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza (Corte Constitucional, 2011)

De esta doctrina constitucional se colige que aunque la Constitución distingue dos formas de conformarla, eso no significa que sólo el matrimonio modélico y la unión marital de hecho sean las únicas existentes merecedoras de protección jurídica.

En un Estado de concepción pluralista que constitucionalmente autoriza la diversidad de familias todas deben recibir un trato similar del legislador, siempre que se encuentren en situaciones fácticas similares, máxime cuando en cualquiera de estas familias los hijos menores sean los destinatarios, directos o indirectos, de los derechos que el legislador ordene proteger.

A diferencia de lo que ocurre con la ley 1060 de 2006, la cual hizo extensiva la presunción únicamente a favor de los hijos de los compañeros permanentes, la diversidad familiar ha sido atendida por el legislador en otras normas; así, la Ley 294 de 1996, que desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política, para proteger a la familia de la violencia intrafamiliar, fue cuidadosa al clasificar los diversos tipos de familia y consideró como tales las siguientes: a.) Los cónyuges o compañeros permanentes; b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos y d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

Aun así, como ya se advirtió arriba, en Colombia la familia matrimonial ha sido tradicionalmente amparada por la ley como la única que legítimamente podía ser protegida por el Estado, especialmente la conformada en un matrimonio católico.

La familia matrimonial la conforman los cónyuges y los hijos, si los hay, pero estos últimos no hacen parte de su esencia, pues es válida la familia conformada únicamente por los dos esposos, a pesar de que una de las funciones del matrimonio sea la de procrear.

A la población de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero (LGBT), no se le ha hecho extensivo el derecho a casarse; sin embargo, se vislumbra con los avances de la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la equidad de

género, la dignidad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros valores constitucionales, que prontamente obtendrán este derecho. Y su interés lo valida el hecho de que el legislador siempre ha percibido a la matrimonial como la familia “legítima” que debe ser protegida por el Estado.

El origen de esta manera de protección familiar en Colombia deviene del Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional, suscritos en Montevideo el 12 de febrero de 1889 y ratificado por Colombia mediante la Ley 33 de 1992, en la cual se indica en los artículos 16, 17 y 18 que la ley que rige la celebración del matrimonio es la que determina la filiación legítima de un niño o niña (EJRLB, 2007).

A su vez, el Código Civil colombiano, en su artículo 113, siguiendo los lineamientos del código civil francés establece que *“el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”*

Aun hoy, el ciudadano común en nuestro entorno sociocultural, con la marcada influencia histórica de la Iglesia Católica, y el legislador, influido por ésta y el derecho romano, todos a una, hacen extensivos los derechos de los miembros de la familia matrimonial a la proveniente de la unión marital de hecho, tomando como modelo que debe seguirse para la conformación de las demás familias a la matrimonial, lo que constituye una costumbre arraigada en el imaginario popular, pero que debe ser erradicada de la mente del legislador.

Pero el legislador en Colombia aprecia los derechos de los integrantes de la familia extramatrimonial, llámese unión marital u otra, asumiendo una actitud de tolerancia, cuando ya la Constitución y la misma ley igualaron en sus derechos a los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales que las conforman.

Si se atiende la clasificación doctrinal ya expuesta en este estudio, la familia que el legislador ha querido igualar con mayor énfasis es la conformada por los compañeros permanentes en unión marital de hecho, por cuanto las demás arriba señaladas no han entrado de lleno a ser protegidas en el ámbito normativo jurídico, sin que por eso signifique que carezcan de derechos.

Ello es así, si se asume que dentro de las familias hay personas que, dada su condición de discriminadas históricamente, la Constitución Política de 1991 dispuso que se les protegiera, como los niños, las mujeres y los ancianos.

Si se reflexiona sobre la forma en que el legislador ha abordado la protección de estas familias en el asunto estudiado, se puede detectar que el pretendido trato igualitario en el fondo proviene del enfoque de superioridad sociocultural que siempre ha asumido aquel respecto del matrimonio.

Esta situación es anacrónica actualmente, pues no es sólo la Constitución la que impone el criterio de igualdad y legitimidad de la familia extramatrimonial, sino que la

fuerza de los hechos debe cambiar el paradigma matrimonial en la mente del legislador, toda vez que el número de familias extramatrimoniales cada vez es mayor, mientras que disminuye la proporción de las familias conformadas por parejas casadas. Al respecto, Amador, D. y R. Bernal (2009), indican que:

Es una tendencia mundial, la disminución de los hogares de padres casados y el aumento de los hogares de padres solteros, divorciados y en unión libre. Colombia no es la excepción. La fracción de hogares con padres casados pasó de 57% en 1982 a 28.8% en 2006 mientras que la fracción de hogares con padres divorciados pasó de 6.5% a 11.5% y de hogares de padres en unión libre creció dramáticamente de 12% a 30%.”

La actitud tolerante del legislador, proveniente de su cultura dominante, en cierta forma determina que la igualdad formal que se predica en los textos legales en realidad no lo sea. Ser tolerante no tiene cabida en las reglas de un sistema normativo, por cuanto las reglas autorizan o prohíben, pero no deben tolerar.

Si, como ya se ha visto, la regla asumió la igualdad para todas las familias como obligatoria, no puede seguirse tomando como modelo de familia a la matrimonial y tolerando a las otras. Esta actitud legislativa refleja un Estado moral deficitario, máxime cuando la ley sigue basada en la moral cristiana para regular los derechos familiares, siendo que la moral que exige aplicación en un Estado constitucional laico es la moral social. (Sentencia C-814, 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

El autor mexicano Ernesto Garzón Valdés (2004), al estudiar la tolerancia en los sistemas normativos indica: *“La tolerancia es expresión de una actitud que suele ser síntoma de un estado deficitario del sistema normativo básico desde el punto de vista moral. A contrario sensu, no tiene sentido practicarla cuando el déficit es superado.”*

La familia diferente a la matrimonial, en cualquiera de sus formas, cuando es tolerada por el legislador, a pesar de que la discrepancia sobre la igualdad ha sido superada, adquiere un matiz ofensivo, “tolerar significa insultar”, indica Goethe, citado por el autor precitado.

La familia como institución entonces debe recibir trato igualitario por el legislador independientemente de cual sea su conformación. Se reitera, no debe ser tolerada la extramatrimonial como “otra”, porque también fue reconocida como legítima por la norma constitucional. Sobre esta confrontación conceptual Garzón Valdés resalta:

Tolerancia y derecho reconocido son conceptos que se excluyen recíprocamente. La extensión del ámbito de la tolerancia es inversamente proporcional a la vigencia de estos derechos. Quien pretenda ser tolerante porque respeta un derecho recubre su arrogancia jurídico-moral con el manto de una supuesta virtud benevolente (Garzón Valdés, 2004)

La igualdad extensiva que la presunción normativa hizo en Colombia a otra familia diferente a la matrimonial en la práctica resulta entonces una inclusión incoherente, como ocurre en múltiples normas de este país, precisamente por estar cimentada en una democracia de moral deficitaria. Al respecto anota el autor referenciado:

En las democracias deficitarias, como lo son todas las de América Latina y de buena parte del mundo fuera del cuadrante noroccidental, no es que se intente desterrar derechos sino que ellos ni siquiera son tomados en serio. En estos países, más que una apelación a la tolerancia, lo que se necesita es una exhortación a tomar en serio las constituciones formalmente proclamadas (Garzón Valdés, 2004)

En contextos semejantes, sin ser familias extramatrimoniales propiamente, existen otras clases de familia, como la de los convivientes en una misma residencia con intereses colectivos familiares comunes, que en otros espacios legislativos son objeto de protección expresa por la ley; o el caso de los hijos de crianza, o el de la relación jurídica existente entre padrastros e hijastros, para mencionar algunos, que el legislador no se ha ocupado de regular y que también deben protegerse, de acuerdo con el principio constitucional de solidaridad.

Hilando más delgado, el problema discriminatorio que atañe a este estudio no se circunscribe únicamente a la clase de familia de la cual provengan los hijos extramatrimoniales, sino a la contradicción que representa el hecho de que durante varios decenios se ha protegido a la familia matrimonial tradicional como institución, sin valorar a los hijos menores como sujetos, circunstancia que la Constitución Política de 1991, al darle un rango constitucional tanto a la familia en general, como a los niños, coloca a estos últimos en un estadio de protección integral prevalente, basado en el principio del interés superior.

Paradójicamente el legislador, al confrontar los derechos de la familia como institución con los de los niños, presenta como consecuencia jurídica que, aunque invoque la protección de estos termina favoreciendo los intereses de los adultos, en este caso los de los padres. Nótese que la presunción que se estudia está enmarcada dentro de una ley cuyo fin principal no es precisamente la protección de los niños sino la de los padres. Es una ley de impugnación para destruir un estado civil de hijo.

Si se observa con detenimiento puede concluirse que el legislador aprovechó la coyuntura al crear la norma para añadir en la presunción de paternidad a los hijos de la unión marital, porque no le quedaba otra alternativa, pues al no ser incluidos éstos en la ley le sobrevendría una inconstitucionalidad a la ley. La consecuencia de esta forma ligera de actuar el legislador colombiano es la discriminación que ha sido objeto de estudio en este ensayo. Sobre este aspecto el módulo de la EJRLB señaló:

La discriminación entre los hijos o hijas fue un principio fundamental en la historia de la humanidad, hecho aún más recalcitrante en los periodos conservadores. Se fundamentaba la desigualdad en el deseo de proteger y

favorecer, quizás en exceso, a la familia constituida legalmente. A pesar de ello, ni en Colombia, ni en el resto del mundo, por este deseo bien intencionado se disminuyó el número de hijos o hijas nacidos de uniones de hecho. Por ello, y debido al auge que tienen hoy en día los derechos de los niños o niñas, se ha impuesto la tesis de que el problema radica en los padres y no en los niños o niñas; entonces, de acuerdo con la declaración universal de los derechos humanos, no parece que sea justo castigar y discriminar a los hijos o hijas por las conductas de su padres (EJRLB, 2007).

3. El principio de igualdad según la Corte Constitucional. Aplicación al caso estudiado

La Corte Constitucional, en la sentencia C-204 de 2005, indica que el punto de partida del análisis del principio de igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”.

En el análisis que hace la Corte sobre el principio de igualdad, indica que este se encuentra establecido en “algunas normas superiores en relación con materias específicas, tales como las confesiones religiosas e iglesias (Art. 19), los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica (Art. 42), la relación de género, masculino y femenino (Art. 43) y las oportunidades para los trabajadores (Art. 53).

Así mismo, indica que: “... En el plano internacional dicho principio es consagrado en tratados ratificados por Colombia, como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos suscrito en 1966 (Arts. 2 y 3), aprobado mediante la Ley 74 de 1968, y la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) suscrita en 1969 (Art. 24), aprobada mediante la Ley 16 de 1972”.

La Corte “deduce que la regla general es la igualdad entre las personas o grupos de personas y que sólo por excepción puede dárseles un trato desigual, por lo cual cuando la ley o la autoridad política les dispensan un trato igual no tienen carga alguna de argumentación y, por el contrario, cuando les otorgan un trato desigual deben justificar su decisión en forma objetiva y razonable; de no existir tal justificación, el trato desigual será constitucionalmente ilegítimo o inválido y configurará una discriminación”.

Para la Corte, la justificación de un trato desigual a las personas por parte del legislador requiere la concurrencia de los siguientes elementos

- i) La existencia de supuestos de hecho desiguales.
- ii) La existencia de un fin u objetivo del trato desigual, que debe ser válido a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales,
- iii) Que el medio previsto en la norma legal:
 - sea también válido a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales.
 - sea necesario, es decir, que no existan otros medios que no sacrifiquen los

valores, principios o derechos constitucionales o que los sacrifiquen en menor medida.

- sea adecuado o idóneo para la consecución del fin u objetivo.

- sea proporcional en sentido estricto, o sea, que sus beneficios sean superiores a la afectación de los valores, principios o derechos constitucionales.

La Corte, en diversas sentencias, a través de la recepción y asimilación en su jurisprudencia nacional de los test de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, influenciada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos y los Tribunales Constitucionales europeos ha elaborado una aproximación teórica sobre los referidos tests.

Específicamente la sentencia C-022/96, M.P. C. Gaviria Díaz., dijo:

En la evaluación de la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad, “fundada en la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos.” Muestra de lo anterior es la sorprendente coincidencia de los criterios utilizados por los distintos tribunales encargados de analizar casos que involucran el principio de igualdad. La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que “los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad” ; el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha afirmado que “la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable...” ; la Corte europea de Derechos Humanos ha dicho que “una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido (Corte Constitucional, 1996)

López Medina (EJRLB, 2007) recomienda que para una adecuada comprensión del test de igualdad es fundamental apreciar el análisis posterior desarrollado en las sentencias C-371/00, M.P. C. Gaviria (discutiendo la ley de cuotas), la C-093/01, M.P. A. Martínez (discutiendo los requisitos exigidos para adoptar) y la C-673/01, M.P. M. Cepeda.

Traída esta doctrina constitucional al caso examinado se observa que el legislador crea una presunción para igualar a los hijos extramatrimoniales concebidos en la unión marital, pero el objetivo perseguido se afinca en el establecimiento del trato desigual, en cuanto que no se compadece con el principio de igualdad el hecho de no cobijar a los demás hijos extramatrimoniales, tanto a los hijos de los compañeros permanentes nacidos por fuera del intervalo establecido en la norma, como a aquellos extramatrimoniales que aun con fundamentos plausibles no fueron incluidos en la preceptiva legal.

De esta manera el legislador está aceptando que la ley tomó como motivo para establecer la presunción el origen familiar de los hijos, lo cual, además de reñir con la norma constitucional y legal contradice valores y principios constitucionales, que prohíben la discriminación por estos motivos.

Siendo ello así, es lógico pensar que el objetivo del legislador de igualación filial podría carecer de validez si se analiza a la luz de otros principios constitucionales, tales como la prevalencia de los derechos de los niños y el interés superior de los mismos, los que al no ser atendidos agreden a su vez el derecho a la identidad, a tener una familia y la dignidad de los niños excluidos tácitamente por la norma.

Sobre estos principios, en jurisprudencia reciente contenida en la sentencia T-012 de 2012 la Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en el desarrollo conceptual del artículo 44 de la Constitución expuso en un caso judicial concreto:

...Según la jurisprudencia de esta Corte, de la disposición citada, se desprende: ... (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus progenitores. Es decir, en caso de conflicto entre los derechos de unos y de otros, la solución ofrecida debe ajustarse a la preservación de los intereses superiores de la niñez y, (iv) la necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales [18], de tal manera que no se incurra en conductas arbitrarias, desmesuradas e injustificadas. De esta forma, la Constitución resalta la importancia de los nexos familiares, circunstancia concebida igualmente por el Código de la Infancia y de la adolescencia (Ley 1098 de 2006), al afirmar que la familia es el pilar fundamental en el desarrollo de los niños, de las niñas y de los adolescentes [19] (Corte Constitucional, 2012).

La razonabilidad del trato desigual no se observa en la norma estudiada, pues no se detecta relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. Así, si el fin perseguido por la norma es la igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales concebidos en la unión marital, este propósito no tiene suficiente peso para ignorar a los otros que siendo también extramatrimoniales son excluidos a pesar de ser hijos de los mismos padres, o para excluir a los hijos extramatrimoniales que provengan de familias diferentes que se hallen en situaciones similares a las de la unión marital.

Si se intenta aplicar el principio de proporcionalidad, en sentido estricto, propuesto por Robert Alexi, (2004), según el cual, “cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”, se observa que en el caso estudiado se trata del mismo principio, el de igualdad de los hijos, al que el legislador inclina únicamente a favor de algunos hijos, sin exponer o evidenciar razones determinantes que lo obliguen a desconocer idéntico principio a los otros.

Es importante reflexionar, por eso se trajo a colación la aplicación de los principios constitucionales en el caso judicial específico de tutela premencionado, que el trato del legislador a los asuntos objeto de regulación en muchos casos como en el

estudiado carecen de la ponderación de derechos que elabora la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de una norma o decidir un caso en revisión de tutela en materia de igualdad u otro derecho fundamental, lo cual es entendible si se comprende que el abordaje del tema es diferente en sede legislativa, escenario que se circunscribe a casos específicos que involuntariamente pueden comprometer derechos fundamentales de personas ajenas a la norma.

López Medina (s.f.), se refiere al asunto así:

Podría decirse que gran parte de la obra contemporánea de teoría del derecho (en gran parte aceptada por la Corte Constitucional) radica en un esfuerzo por mostrar que las ponderaciones constitucionales, aunque abiertas, no son análogas a la promulgación de una nueva norma en sede legislativa (como pensaba la jurisprudencia de intereses). Me refiero evidentemente a la obra de Ronald Dworkin y Robert Alexy.

4. Ejercicio analítico de la presunción legal a los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre

La presunción normativa contenida en la norma estudiada presenta ambigüedades en su redacción que dificultan sobremanera su aplicación práctica (Vergel Causado, 2011).

Con esta advertencia, retomando la clasificación de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (EJRLB) de los hijos extramatrimoniales, se procede a analizar puntualmente los eventuales resultados que supone la aplicación de la presunción de paternidad prevista en la referida ley a la luz del principio constitucional de igualdad. Como un derecho derivado de la filiación se estudiará el caso de los alimentos.

PRIMER CASO

Hijos extramatrimoniales habidos por fuera de la unión marital de hecho: incluye a los hijos de padres solteros, a los hijos de padres que tienen impedimentos legales para contraer matrimonio, y a los hijos de padre desconocido.

Hijos de padres solteros. Este caso comprende a los hijos de padres que no están unidos como marido y mujer, sino que son amantes o que en ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad sostuvieron relaciones sexuales.

Un niño nacido bajo estas circunstancias no lo cobija la presunción que el legislador estableció para los hijos matrimoniales y a los que de hecho descienden de una familia cuyos padres convivan en unión libre, en el sentido de presumir legalmente al compañero como padre.

Se observa en este caso que la presunción normativa únicamente cobija a estos dos grupos de hijos, pero específicamente a los extramatrimoniales concebidos durante

la unión marital, los cuales no tienen la necesidad de ser reconocidos como hijos por el padre, en tanto que a sus pares nacidos de una relación en la cual los padres no convivan en unión marital quedan excluidos de la norma.

Este trato legal puede constituir una discriminación en contra de estos últimos hijos, cuando sus padres, a pesar de convivir, no se enmarquen dentro de una situación familiar idéntica a la de los compañeros permanentes, toda vez que a pesar de ser hijos extramatrimoniales, al igual que los primeros, son tratados de manera diferente respecto del derecho fundamental de filiación, el cual deben rogar o demandar al padre para poder definir su estado civil de hijo.

En este caso el legislador está determinando dentro de su potestad legislativa, por vía de presunción, un estado civil de hijo sólo para un grupo de hijos extramatrimoniales, lo cual es loable, pero el peso de sus motivos no es suficiente para excluir a aquellos que se encuentran en situaciones similares.

Piénsese, de manera ilustrativa, en el caso del padre soltero que teniendo de hecho a su hijo bajo custodia y cuidado por cualquier motivo se niegue a reconocerlo como tal; si el padre soltero también puede constituir una familia protegible, no es justo ni equitativo que la norma omita proteger a este niño en la presunción de paternidad porque dicha familia no esté conformada con la madre del menor como compañera permanente.

Lo que significa, en otras palabras, que el derecho que se le otorgó a los hijos de la unión marital también debió cobijar otros casos plausibles del resto de la población de hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre.

Otro caso, muy usual en la práctica, es aquel en que se haya practicado prueba genética extraprocésal al hijo y sus padres y el resultado haya sido incluyente; no parece justo que se excluya de la norma presuntiva a ese niño, por no pertenecer al molde jurídico familiar previsto por el legislador, pues le corresponde presentar demanda de filiación si el padre se niega a reconocerlo, mientras que aquellos niños que hayan sido concebidos dentro de la unión marital la presunción los ampare sin tener la certeza de que en realidad sean hijos del compañero permanente.

Hijos de padres que tienen impedimentos legales para contraer matrimonio

Estos casos pueden presentarse en las familias ensambladas o reconstituidas conformadas por una pareja cuyos respectivos cónyuges no se han divorciado.

Si dicha pareja procrea un hijo, este tampoco puede ser cobijado por la presunción, ni puede ser reconocido siquiera por el padre, porque se presume hijo de ambos matrimonios, por lo cual no quedaría otro camino que impugnar su paternidad y maternidad matrimonial, respectivamente.

En este caso no se observa discriminación en la norma estudiada, por cuanto se impone como obligatoria la impugnación, precisamente para desvirtuar la

presunción que protege a los hijos matrimoniales. La presunción protege y la impugnación destruye.

Hijos de padre desconocido. En este caso la madre, por circunstancias que no es del caso mencionar, pero que por lo general evidencia la pluralidad de relaciones sexuales con varios hombres para la misma época de la concepción, no tiene certeza para determinar cuál de ellos es el padre, en cuyo evento el legislador no puede presumir paternidad alguna, lo cual descarta violación del principio de igualdad en relación con estos niños.

Hijos extramatrimoniales concebidos a partir de la declaración legal de la unión marital de hecho. En este punto se presentan diversos problemas, derivados de la forma en que la declaración legal de la unión marital se haya obtenido, por cuanto existen distintos procedimientos para lograrlo, los cuales al parecer no fueron tenidos en cuenta con el suficiente rigor por el legislador al momento de establecer la declaración como punto de referencia para establecer la presunción.

Al inicio, la regulación normativa de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes contenida en la ley 54 de 1990 previó la sentencia judicial como única forma para declarar la existencia de esa unión, motivado el legislador por la discriminación de que venían siendo objeto las concubinas; a estas se les venía protegiendo su patrimonio a través de la figura de la sociedad de hecho, traída jurisprudencialmente por vía analógica del derecho comercial por conducto de la Corte Suprema de Justicia (1990)

Posteriormente, con base en la interpretación extensiva que continuaron haciendo las diversas cortes para asimilar los derechos de la familia matrimonial a la derivada de la unión marital, el legislador creyó conveniente permitir que esta unión fuera obtenida por medio de acuerdo o conciliación ante una autoridad administrativa como requisito previo de procedibilidad para acudir ante un juez (art. 40 de la ley 640 de 2001).

Luego, el artículo 1 de la ley 979 de 2005 permitió que de mutuo acuerdo los miembros de la pareja elevaran a escritura pública ante notario su consenso y se declararan como compañeros permanentes.

De tal forma que existen tres maneras de declarar en vida de los compañeros la unión marital de hecho, a saber: a) Por sentencia judicial. b) Por conciliación; y c) Por escritura pública ante notario.

Cuando uno de los compañeros permanentes fallece es menester adelantar un proceso ordinario contra los herederos del presunto compañero fallecido, para obtener la sentencia que declare la existencia de la unión marital y la disolución automática de la sociedad patrimonial que la ley presume que se conformó en ella,

** Ver Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 7 de febrero de 1990. Sentencias S- 057 de 2004; y sentencia del 7 de marzo de 2000. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp: 5123”. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 4 de septiembre del 2000, G.J. LXXXVII. ---SC- 319 de 2005 M.P. Jaime Alberto Arrubla Exp: 41001-31-03-001-1989-05259-01, del 12 de diciembre de 2005.

quedando así en estado de ser liquidada en un proceso de sucesión o por vía notarial si hay acuerdo para hacerlo.

En resumen, estas formas de declaración de la unión libre se obtienen entonces a través de procedimientos distintos: adversarial, cuando se trata de sentencia judicial, semiadversarial, cuando se logre consenso de su existencia en la conciliación, y de mutuo acuerdo cuando se obtenga a través de escritura pública; en cada uno de los casos, si bien siempre se persiguen los efectos patrimoniales al declararse formalmente la unión, también produce efectos personales respecto de los miembros de la pareja y de los hijos.

Declaración de la unión marital a través de sentencia judicial. El primer problema de aplicación que presenta la ley que establece la presunción de paternidad a favor de los hijos concebidos o nacidos en la unión marital es haber colocado como punto de referencia para presumirla a la declaración formal de la unión marital de hecho, puesto que de entrada desnaturaliza la esencia de ésta como unión libre (Pianeta, s.f.).

Pero también es cierto que si no se obtiene la publicidad legal a través de la declaratoria formal de la unión no se producen los efectos patrimoniales ni los personales precavidos por la presunción.

En esto el legislador asimiló la declaración de la unión marital a la celebración del matrimonio, el cual también debe ser inscrito ante el correspondiente funcionario del estado civil para hacerlo valer ante terceros como contrato o convenio.

No obstante, la validez del matrimonio no se la otorga la inscripción en el registro del estado civil, sino su debida celebración, en la que se expresa la voluntad recíproca de casarse ante el funcionario civil (juez o notario), cuando se trata de matrimonio civil, o ante el cura párroco u autoridad eclesiástica autorizada por la ley para celebrar matrimonio religioso, pero para hacer valer los derechos matrimoniales ante terceros es obligatorio registrarlos.

En contraste, la unión marital es una relación de facto que depende necesariamente de la comunidad doméstica permanente de los miembros de la pareja en un lapso de tiempo mínimo de dos años, cuya naturaleza jurídica constituye un hecho jurídico cuyas consecuencias no necesariamente están sujetas a su declaración, como si lo está el matrimonio en su celebración.

En todo caso, la ley asimiló la condición de los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre en la unión marital en el privilegio de que venían gozando los hijos matrimoniales, a quienes se presume que son hijos de su padre por el hecho de nacer dentro del matrimonio de este, tomando como punto de partida, en el caso de los hijos extramatrimoniales la declaratoria de unión marital en la sentencia judicial obtenida al final de un proceso, , y en el caso del matrimonio a partir de la celebración del mismo.

Paradójicamente, para este último evento, como para el caso en que se declara en sede de conciliación la existencia de la unión marital, el hijo nacido a partir de esta declaración queda protegido por la presunción legal, pero no va a disfrutar de la unión familiar con ambos padres, por cuanto estos se acaban de separar como pareja formalmente, porque lo usual es que cuando se declara la existencia de la unión marital esta de hecho ya no existe.

Declaratoria de la unión marital de hecho por vía de conciliación. Cuando se obtiene la declaratoria de la unión libre por conciliación se pueden presentar dos situaciones: i) que sea voluntad de las partes continuar conviviendo como compañeros permanentes o ii) que una vez se declare la existencia de la misma de inmediato se declare terminada.

Para el evento de que los padres concilien respecto de la existencia de la unión libre y deseen seguir conviviendo la presunción de hijo abarca solamente a los que nazcan dentro de los 180 días subsiguientes a la declaración de la unión, lo cual excluye a aquellos que siendo hijos de la misma nazcan por fuera de ese interregno, situación que configura una discriminación.

Declaración de la unión marital por escritura pública. Si la unión se declara mediante un acto voluntario, en escritura pública, el trato que la ley les da a los hijos extramatrimoniales es idéntico al que les da a los matrimoniales, ya que la norma exige la declaración acordada y todos los hijos habidos a partir de la declaración escrituraria de esa unión se presume que lo son del padre que la celebró.

Cuando ya existen hijos de la unión marital la EJRLB propone que se resuelva el asunto así: *“...en la escritura pública o en el acta de conciliación donde se declara que existe o existió una unión marital, se manifiesta que esta Unión fue durante la concepción del hijo o hija.”*

Hijos nacidos dentro de la unión marital. Al establecer la declaratoria de unión marital por vía judicial, a través de sentencia, si se hace una interpretación textualista de la norma que contiene la presunción, los hijos no reconocidos por el padre habidos antes de la declaratoria formal de la unión quedan excluidos de esta.

Una interpretación de esa índole debe estimarse injusta si se tiene en cuenta que los hijos matrimoniales gozan de la oportunidad legal de ser legitimados por sus padres cuando hayan nacido antes de la celebración del matrimonio, conforme a los Artículos 236 y subsiguientes del Código Civil.

En este caso se vulnera el principio de igualdad, por cuanto al intérprete le resulta difícil, sino imposible, hacer una aplicación analógica de la presunción a los hijos de la unión nacidos antes de la declaración de la misma, porque el legislador no estableció la legitimación para ellos. Sobre este aspecto coincide la doctrina judicial al distinguir cuáles son los hijos que cobija la presunción de la ley 1060 de 2006, se ha dicho al respecto:

*Hija o hijo o hija concebido antes del matrimonio y nacido dentro del matrimonio antes de los 180 días de celebrado el matrimonio. Este hijo o hija se presume legítimo por legitimación “ipso jure” o sea de pleno derecho sin declaración judicial, en los términos del artículo 236 C.C., pero el marido puede impugnar la paternidad de ese hijo o hija nacido en ese evento por las causales anotadas por la ley. **En este caso no se igualó al hijo o hija extramatrimonial proveniente de la unión marital por lo que en este caso solo puede impugnar la paternidad el esposo y no el compañero permanente. Salvo el compañero permanente, las demás personas legitimadas para impugnar son las mismas que se indicaron en la parte general (artículo 216 C.C.) y deberán iniciar la acción de impugnación en los mismos plazos generales ya estudiados.** (El resalto en negrillas es nuestro). (EJRLB, 2007)*

Sobre esta variante profundiza la doctrina de la EJRLB:

En este caso no se especifica que sea concebido dentro de la declaración de la unión marital (sic) simplemente que se le conciba dentro de la unión marital. Cabe la pregunta: ¿y si esta unión no ha sido declarada podrá presumirse que el padre es el compañero? En este punto, al tenor de los lineamientos de la reforma de la Ley 1060 de 2006 y de la Ley 54 de 1990, se podría pensar que este niño o niña no se reputaría del compañero permanente. ¿La razón? No se tendría la certeza jurídica sobre la existencia de la unión; es un hecho que deberá probarse judicialmente si no hay acuerdo entre las partes; aquí radica la diferencia entre la filiación matrimonial y este tipo de filiación extramatrimonial, porque a pesar de que la ley quiso equipararlas no es posible hacerlo, pues el hecho de que una pareja viva en una comunidad de vida permanente y singular, no es un hecho cierto, hasta que el hecho se haya declarado por alguno de los medios legales, en cambio por el matrimonio sí se genera la certeza jurídica de la existencia de la unión (EJRLB, 2007)

Para resolver el asunto se plantea la posibilidad de utilizar la siguiente interpretación analógica: aplicar el efecto retroactivo que tiene la sentencia que declara la existencia de la unión marital respecto de los bienes sociales adquiridos en la sociedad patrimonial, la cual también es presumida por el legislador.

Dice la norma: Art. 1º de la ley 979 de 2005: El artículo 2º. de la Ley 54 de 1990, quedará así: Artículo 2º. **Se presume sociedad patrimonial** entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio; b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho”.

Porque, de lo contrario, debe aceptarse que la norma discrimina sin una causa razonable al establecer el derecho a la presunción sólo para algunos de los hijos extramatrimoniales de la unión, mientras que los otros son excluidos porque la norma estableció como límite para aplicar la presunción la declaratoria formal; en cambio, cuando se trata de derechos patrimoniales, los cuales por regla general no son fundamentales y se encaminan a proteger a los compañeros permanentes adultos, los efectos que produce la sentencia son de carácter retroactivo y se remontan hasta el momento en que comenzó la convivencia marital.

La EJRLB plantea un caso con la siguiente solución:

Nace el hijo o hija en una unión marital pero no había certeza jurídica sobre la existencia de la misma; posteriormente se inicia un proceso declarativo de Unión Marital de Hecho y si en ese proceso se dicta sentencia que acoja las pretensiones del demandado ¿qué pasará con los hijos o hijas que fueron concebidos en el tiempo que según el Juez o Jueza se dio la unión marital? Este será tema de discusión, pues la ley no dijo nada. ¿Será posible que el Juez o Jueza atendiendo la sana crítica declare de la paternidad de ese hijo o hija? De ser la respuesta positiva con ella se generaría una nueva causal de investigación de paternidad que ya no sería la causal que establece las relaciones sexuales del padre con la madre sino otra distinta: la existencia de una unión marital. En este evento no se hablaría de la prescripción a que se refiere el artículo 8° de la Ley 54 de 1990, porque esta prescripción es para disolver y liquidar la unión marital, no para la paternidad (EJRLB, 2007)

Hijos nacidos dentro de los 180 días posteriores a la declaración de la unión marital de hecho

Sobre esta variable normativa conceptúa la EJRLB:

Los hijos o hijas nacidos dentro de los 180 días posteriores a la declaración de la unión marital de hecho se presumen del compañero permanente. La diferencia radica en que en la filiación matrimonial, el matrimonio es el punto de partida y aquí lo es la declaración de la unión marital de hecho. Esta norma se aplica fácilmente y produce efectos “ipso ure” (por el mismo derecho) sin necesidad de reconocimiento o decisión judicial. Para este tipo de filiación se requiere tener certeza jurídica de conformidad con la ley, sobre la existencia de la unión marital por esta razón el artículo 214 exige que la unión marital haya sido declarada. Es importante subrayar que a partir de la declaración se empieza a contar el término para las presunciones de paternidad o maternidad (EJRLB, 2007)

Como ya se indicó, cuando la declaración de la unión se produce a través de escritura pública el trato del legislador hacia los hijos de la misma es igual al de los hijos matrimoniales, luego también son favorecidos con la presunción al ser incluidos en ella, con lo cual se discrimina a los nacidos fuera del interregno establecido por la norma aunque sean hijos de los compañeros. Con un agravante, si los esposos se separan corporalmente de hecho por un lapso superior al

establecido por la ley y vuelven a convivir luego, los hijos habidos dentro de los 180 días siguientes siguen siendo matrimoniales, lo cual no puede predicarse de los compañeros que se separan por más de un año, por cuanto prescribe el derecho para declarar la unión, lo que de paso acaba con la presunción que el legislador previó para el hijo extramatrimonial cuyos padres no declararon la unión marital oportunamente.

Si la declaratoria proviene de sentencia judicial o conciliación y los padres no conviven desde antes de la sentencia o la resolución que defina la existencia de la unión, se presenta otro vacío legislativo porque no se puede contabilizar el término de los ciento ochenta días desde la declaratoria de la unión, habida cuenta que la falta de convivencia marital se produjo antes.

La EJRLB incluye además los siguientes casos:

Los hijos o hijas nacidos después de 300 días de terminada la unión marital, por cualquiera de las causas legales

Este es otro caso de exclusión de la norma estudiada, que arriba ha sido planteada en otros contextos. La doctrina de la EJRLB, señala que el problema se debe resolver de manera análoga al caso del matrimonio, pero atendiendo las aristas propias de la unión marital. Indica la Escuela:

...en este punto no hubo reforma, la Ley 1060 de 2006 no modificó el artículo 220 del CC. La reforma de la Ley 1060 de 2006 debió aclarar este artículo y no lo hizo; era importante hacerlo, puesto que si un niño o niña concebidos dentro de la unión marital se reputa del compañero permanente, ¿Qué pasa si entre la concepción y el nacimiento la unión marital se disuelve y se liquida? ¿Cómo este artículo no se reformó, cómo se debe interpretar este fenómeno?, ¿Qué pasa si el hijo o hija nace dentro de los 300 días siguientes a la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho, en la cual los compañeros declaran que no vivirán mas juntos? A pesar de no haberse aclarado este punto en la ley, para resolver el problema y estos tres interrogantes se debe, en primer término, recurrir al artículo 92 sobre la presunción de la paternidad en conjunción con el espíritu de la Ley 1060, que nos llevaría a seguir en la misma línea establecida para los hijos o hijas legítimos (EJRLB, 2007)

El niño o niña proveniente de una unión marital declarada nula

La naturaleza de la unión marital indica que es un consenso de convivencia fáctica en el tiempo. De acuerdo con este criterio jurídico inicialmente se puede colegir que no es un contrato propiamente dicho. Por eso, es nuestra consideración que se puede declarar nula la unión marital cuando se materializa a través de escritura pública, mas no cuando surja de una controversia judicial o conciliatoria, pues en este caso un tercero, juez o conciliador, le agrega un plus de fuerza normativa a la relación que la hace inmutable cuando es declarada y queda en firme. En este aspecto, el criterio jurídico de este ensayo difiere en general de la doctrina judicial de

la EJRLB, pero la comparte en el caso de que la unión haya sido declarada en escritura pública.

Para confrontar las dos tesis se expone, in extenso, la opinión de dicha escuela:

El primer interrogante que surge es si ¿se puede declarar la nulidad la unión marital? Para este caso, debemos remitirnos a las normativa del artículo 1740 y siguientes del Código Civil; en ella prevé, en primer término la nulidad de todo acto o contrato al cual falta alguno de los requisitos que la ley señala. ¿Puede ser la unión marital un contrato?. Un contrato en general es “un acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones, a cuya formación deben concurrir dos partes”(CSJ sala de casación civil sentencia de sep. 30 de 1994). En opinión de esta autora la unión marital es un acuerdo de voluntades y por tanto encaja en la definición de contrato, de modo que podría hablarse de nulidad de este contrato; es así que se puede declarar nula una unión marital, por no llenarse alguno de los requisitos para ser declarada, por ejemplo, no cumplirse el tiempo de los dos años que habla el Art. 1 de la Ley 54 de 1990, por tanto podría haber una nulidad en esa declaración. Este punto ha sido muy discutido por muchos tratadistas sin que haya uniformidad de criterios al respecto, por lo que independientemente de la opinión esbozada es un tema que estará abierto a la discusión y en el cual se tendrán que tener en cuenta los diferentes criterios hasta que el tema sea aclarado específicamente por la ley o la jurisprudencia.

El segundo interrogante es ¿Qué pasa con los hijos o hijas de una unión marital que fue declarada nula? Estos seguirían siendo extramatrimoniales pero con respecto al padre ¿Qué pasaría? ¿Tendría el padre que reconocerlos? ¿Aquí podríamos asimilarlos al hijo o hija legítimo que sigue siendo legítimo, aunque se declare la nulidad del matrimonio? ¿Son figuras equiparables? En esto puede haber discusión, pero para esta autora la declaratoria de nulidad no podría cambiar el estado civil del hijo o hija y hacer que ahora se necesitara el reconocimiento, de acuerdo con las tendencias hacia la igualdad de tratamiento no solo de la Constitución y la ley sino de la misma jurisprudencia para hijos o hijas extramatrimoniales y legítimos, dando pie a que la declaratoria de la nulidad de una unión marital no afecte la filiación del hijo o hija (EJRLB, 2007)

En conclusión, la EJRLB reconoce que si bien la norma estudiada:

...representa un avance en el cambio del sistema clásico que diferenciaba entre la filiación legítima y la extramatrimonial; trata de igualarlas en el caso de uniones maritales de hecho, sin técnica jurídica real, pues dentro del título de los hijos o hijas legítimos concebidos en el matrimonio, incluye a los que provienen de una unión marital. Sin embargo la filiación propiamente dicha no se ha igualado (EJRLB, 2007)

El Caso de los Alimentos. La norma que se examina irradia el trato discriminatorio necesariamente en el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños no

reconocidos por el padre, provenientes de familias extramatrimoniales diferentes a la protegida por la presunción legal analizada.

Dentro de estos derechos se escoge de manera enunciativa, el derecho de alimentos, como uno de los más importantes derechos fundamentales que se menoscaba a este sector poblacional.

Como ya se estableció arriba, la forma de acceso a los derechos fundamentales que tienen los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales concebidos en la unión marital declarada es diferente a la que tienen los demás hijos extramatrimoniales, quienes están obligados a reclamar la paternidad a través de un proceso de filiación para determinar su identidad filial.

Para desdicha de estos últimos, la ley excluye el acceso inmediato al derecho fundamental de alimentos desde el momento de la reclamación de la paternidad, por cuanto el artículo 421 del Código Civil colombiano prevé que el derecho alimentario se debe desde la primera demanda, entendiéndose como tal la demanda de alimentos que presenta aquella persona que tenga definido el estado civil de hijo, en cuya regla se incluye a los adultos y a los niños, por ser de carácter general.

Nuevamente el criterio formalista con que se reguló el tema por parte del legislador y el mismo criterio con el cual analiza la normatividad legal por parte de algunos jueces, esta vez liderados jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, según la cual la ley no autoriza el ejercicio del derecho fundamental de alimentos desde el momento en que se exige la reclamación de la filiación, impide la concreción material oportuna de este derecho fundamental.

En este caso se hace prevalecer la seguridad jurídica del padre que se niega a reconocer al hijo voluntariamente, precisamente para no cumplir con su obligación alimentaria; el hijo debe esperar que se demuestre la paternidad para poder pedir los alimentos, derecho fundamental que exige un cumplimiento inmediato, con lo cual se vulnera ostensiblemente la prevalencia de protección integral de derechos que tienen los niños frente a los adultos y el interés superior de los mismos.

El Tribunal Superior de Santander sostenía la tesis de que si bien los alimentos se decretaban a favor del hijo en la sentencia dictada en el proceso de filiación, esta decisión tenía efectos retroactivos, que obligaba al padre presunto a pagar los alimentos a partir del auto admisorio de la demanda, pero la Corte Suprema consideró lo contrario, que los alimentos se deben pagar a partir de la firmeza de la sentencia de filiación que declara la paternidad.

Dijo la Corte en la sentencia el 28 de enero de 2010, Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda:

(...)Para resolver la demanda objeto de estudio, conviene liminarmente rememorar lo puntualizado recientemente por esta colegiatura sobre el hito temporal a partir del cual procede la condena a suministrar alimentos, a

propósito de un proceso de investigación de paternidad – sentencia 20-08-08 exp. 11001-02-03-000-2008-01304:

(...) En la relación con la diferencia de criterio advertida en las decisiones de instancia, esta Sala considera que el recurso de alzada ha debido desatarse teniendo en cuenta el precedente en materia de filiación extramatrimonial contenido en la sentencia de casación citada por el a-quo (de 20 de abril de 2001 dentro del expediente n°. 6190), pues si bien el principio de autonomía e independencia judicial permite a los jueces apartarse de los argumentos esgrimidos por otras autoridades judiciales ello no autoriza per se la aplicación de normas ajenas al proceso de filiación, como sucede en el presente caso, en el cual, existiendo precedente judicial que definía el alcance y la oportunidad en que debe fijarse la cuota alimentaria en los procesos de filiación extramatrimonial, se aplicaron normas del proceso de alimentos, en el entendimiento de que la interpretación del art. 421 del C. C. alude a los alimentos provisionales.

Y aunque se haya admitido que se trata de un tema de interpretación, en el cual, en principio, debe respetarse el criterio de los juzgadores de instancia, no puede descartarse ahora la aparición del Código de la Infancia y la Adolescencia, que reguló el tema en los artículos 24, 111 y 129, con vocación de que esos alimentos operen hacia el futuro y vinculados al reconocimiento, ejemplo de lo cual es la actualización atada al índice de precios al consumidor.

Así las cosas, los argumentos esgrimidos por el ad-quem, relativos a posibles consecuencias prácticas de adoptarse el precedente judicial y la interpretación de normas del proceso de alimentos, no son suficientes para apartarse del precedente judicial aplicable al caso concreto, sin tomar en cuenta las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Lo que acaba de decirse no mengua la protección debida a los niños, ni premia la dilación de los procesos, pues para conjurar las estrategias desleales de las partes se han dispuesto mecanismos correccionales específicos.

Así, el uso de los recursos no puede mermarse bajo la sanción, tampoco la oposición y el ejercicio del derecho de defensa.

Entonces, las normas ahora vigentes vienen a corroborar lo que fueran los precedentes mayoritarios adoptados especialmente en casación; en los que esta Sala ha definido la oportunidad a partir de la cual debe fijarse la cuota alimentaria; en efecto, mediante la providencia de 5 de diciembre de 2003, expediente 00373, esta Corporación señaló:

... Para este caso particular se dice vulnerado el debido proceso en razón a que la condena en alimentos la procedió a hacer efectiva el juez de

conocimiento desde el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia de primer grado que, con base en lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 75 de 1968, fijó la condena provisional en mención.

Bajo dicho entendimiento, es preciso concluir que para este caso particular, la obligación alimentaria se hizo exigible a partir del 16 de abril de 1996, fecha en que quedó ejecutoriada para dicho fin la sentencia del tribunal (fl. 39 Cdo. De copias), de manera que en lo pertinente se concederá la tutela, toda vez que el juzgado de conocimiento consideró con dicho fin el 11 de agosto de 1995”.

“Así las cosas, al existir identidad en los supuestos de hecho de la sentencia referenciada y los que dieron lugar al trámite de tutela que nos ocupa, respecto del debate relativo a la oportunidad invocada por el promotor del amparo para hacer efectiva la cuota alimentaria que le fue fijada por el a-quo, deviene aplicable el precedente anotado y en consecuencia, habrá de concederse el amparo deprecado, revocando para el efecto, el numeral primero de la sentencia de 3 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

“En virtud de lo anterior, la obligación alimentaria se entenderá fijada a partir de la ejecutoria del fallo de segunda instancia proferido dentro del proceso de filiación extramatrimonial sobre el cual versa la queja constitucional (Corte Constitucional, 2010)

Siguiendo el precedente de la Corte Suprema el Tribunal Superior de Santander decidió variar su tesis, por demás justa, y acogió la jurisprudencia de su superior jerárquico, el cual, si bien realizó una interpretación sistemática, no deja de ser textualista y desconoce el acceso oportuno al derecho fundamental de alimentos de los niños.

Esta situación injusta parece que al fin va a culminar con la ley que crea el Código General del Proceso, que en su artículo 386, numeral 4, al referirse al proceso de filiación dice: *“Podrán decretarse alimentos provisionales desde la admisión de la demanda, siempre que el juez encuentre que la demanda tiene un fundamento plausible o desde el momento en que se presente un dictamen de inclusión de la paternidad”.*

Como puede observarse, la presunción de paternidad de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, no solo excluye a los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre que no pertenezcan a estas clases de familia, sino que enfrenta a estos últimos a diversas violaciones adicionales del principio de igualdad que la norma legal consagra, como el acceso oportuno al derecho a los alimentos que se ha puesto de ejemplo.

Conclusiones

Del estudio realizado se puede concluir que el derecho a la igualdad que se persigue proteger en los artículos 1 y 2 de la ley 1060 de 2006, que reformaron los artículos

213 y 214 del Código Civil, en los cuales se hizo extensiva la presunción de paternidad a favor de los hijos de la familia extramatrimonial conformada en la unión marital, vulnera el principio de igualdad de los hijos extramatrimoniales provenientes de familias diferentes a la unión que se encuentren en situaciones fácticas similares y de los que aun perteneciendo a ella también fueron excluidos.

Deben explorarse nuevas formas de interpretar las normas en los cuales se abra cabida a una armonización de la subsunción tradicional con la principalística del derecho constitucional que sirva de contrapeso al afán del legislador de formalizar las situaciones fácticas de manera sesgada, como ocurre en el caso de la unión marital de hecho, que surgió como unión libre y hoy es más complicada en su aplicación que el mismo matrimonio, con lo cual termina excluyendo injustamente a otras personas.

Se deduce que resulta discriminatoria la no inclusión aunque esa no haya sido la intención expresa del legislador, si se tiene en cuenta que el principio de prevalencia e interés superior agregan un plus a favor del principio de igualdad de los niños excluidos de la presunción normativa.

El Estado, la sociedad y la familia están en la obligación irrefutable de proteger a los niños y esta protección debe ser globalizante para los casos similares, no se debe proteger a algunos y de paso desatender a los otros, por cuanto equivaldría a regresar al paradigma del Estado proteccionista que subvaloraba a algunos "menores", y sólo los protegía cuando se encontraran en situaciones de irregularidad.

En el Estado Social de Derecho que se pregona en la Carta Política se mira al niño como sujeto de derecho que debe ser protegido atendiendo su situación de vulnerabilidad; la protección de sus derechos fundamentales no puede distinguir la familia a la cual pertenezca por muy altruista que aparezca la intención del legislador.

Las desigualdades de trato surgen porque simplemente el legislador utiliza la analogía partiendo del modelo matrimonial ya existente en la ley, cuando el modelo no debe ser conceptual legalista sino extraído del programa constitucional de la Carta Política, que si bien autoriza la conformación de dos clases de familia, matrimonial y por vínculos naturales, es una norma abierta que permite a los ciudadanos construir diversas clases de familia de acuerdo con las circunstancias en que se encuentren las personas en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad.

Queda entonces abierto el debate para reconsiderar la doctrina según la cual solamente cuando esté consolidado el estado civil de hijo extramatrimonial de un niño es cuando se puede predicar el principio de igualdad frente al hijo de origen matrimonial, dado que la mayoría de los derechos de los niños son fundamentales y de aplicación inmediata.

* Ver sentencias C-237/97, C-1033/02 y C-016/04

Si se sigue practicando la filosofía formalista en la creación de las leyes respecto de los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre estos seguirán siendo tratados de manera desigual, lo cual contradice los postulados garantistas del Estado Social de Derecho pregonado en la Carta Política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abello, J. (2007). *Filiación en el derecho de familia. Programa de formación judicial especializada para el área de familia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla*. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado el 21 de abril de 2012.

Aguilar Cavallo, G. (2008). *El principio del interés superior del niño y la Corte interamericana de derechos humanos*. En: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6, n°. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Recuperado el 30 de abril de 2012, de

Albin, H. de Saint. (2007). *El argumento jurídico*. Bogotá. Editorial Leyer.

Alexy, R. & Garzón Valdés, E. (2004). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México. Distribuciones Fontamara.

Amador, D. y R. Bernal, R. (2009). *La brecha matrimonial y el bienestar de los hogares*, Bogotá. Mimeo Facultad de Economía, Universidad de los Andes. Citado en revista "la silla vacía". Blog-Economistas.

Atienza, M. (2004). *Cuestiones judiciales*. México. Ediciones Coyoacán, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política.

Bacca Garzón, C.O. (1992). *Paternidad extramatrimonial*. Primera Edición. Biblioteca Jurídica Equidad.

Ballesteros Beltrán, J. (1999). *La unión libre o marital. ¿Hacia un verdadero matrimonio?* Jaime Ballesteros Beltrán. *Revista de Derecho Privado*. n°. 4. Recuperado el 2 de mayo de 2012, de

Bayefsky, A. F. (1990) *El Principio de Igualdad o no discriminación en el derecho internacional*. Título original: "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", publicado en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, p. 1-34.

Beltrán Cristancho, M. (2008). *Una visión sociológica del derecho de familia en Colombia. Radicalismo-1945*. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Vol. 10, Núm. 2 (julio-diciembre), 2008, p. 129-158 Recuperado el 30 de abril de 2012, de <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73310206.pdf>

Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. (1ª ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (2008). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Instituto de estudios constitucionales.

Celis, J. (2009). *Homenaje a Luis Carlos Galán Sarmiento, Demostración-Argumentación: Caso de Debate entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombianas*. *Universitas*, Núm. 119 (julio-diciembre). Pontificia Universidad Javeriana Colombia. p. 137-160.

Código Civil Colombiano (2012). Bogotá: Editorial Leyer.

Congreso de la República de Colombia (2006). *Código de la Infancia y la adolescencia*. En: Diario Oficial n°. 46.446. Bogotá, D.C.

Congreso de la República de Colombia (2006). *Ley 1060 de 2006*. En: *Diario Oficial n°. 46.341*. Bogotá, D.C.

Constitución Política de Colombia (1991). Bogotá: Legis.

Corral Talciani, H. (1993). *Igualdad de lo desigual. Notas sobre la equiparación jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos*. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 1, p. 21-37.

Corral Talciani, H. (s.f.). *Ensayo: "Igualdad de lo desigual. Notas sobre la equiparación jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos"*. Universidad Católica de Chile.

Corte Constitucional (1994). *Sentencia C-239*.

Corte Constitucional (1994). *Sentencia C-282*, Mag. ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional (1995). *Sentencia C-109*, Mag. ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1996). *Sentencia C-114*.

Corte Constitucional (1999). *Sentencia C-336*.

Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-814 2001*. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2005). *Sentencia C-204*.

Corte Constitucional (2012). *Sentencia T-012*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Suprema de Justicia (2010). *Sentencia de Casación*, Magistrada ponente Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

Escobar Martínez, L.M. (2009). *El argumento semántico en la jurisprudencia colombiana, una manifestación del neoconstitucionalismo y el positivismo*. En. *Revista de Derecho* N.º 32, Universidad del Norte. Barranquilla.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2007). *Prueba Genética*.

Faralli, C. (2007). *La filosofía del derecho contemporáneo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

García Sarmiento (1999). *Elementos de Derecho de Familia*. Primera Edición.

Gómez Serrano, L. (2008) *Teorías de los derechos fundamentales*. Volumen II. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.

Gómez Serrano, L. (2008). *Hermenéutica jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.

González, J.B. (1991). *Procedimiento de familia y de menores*. Quinta Edición.

González, J.B. (2006). *Vademecum de Familia Revistas Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.* Año 1 : 1,3,4 -1997; año 2: n.º. 5,6,7,8- 1998. Año 3: n.º. 9 a 12- 1999. Año 4: n.º. 13-13- 2000. Año 5. n.º. 17 a 20- 2001. Año 6 n.º. 21, 23, 24, 25- 2002. año 7 n.º. 26 a 28- 2003. Año 8 n.º. 29 a 32- 2004. Año 9 n.º. 33 a 36- 2005. año 10 n.º. 37 a 40- 2006.

Henoa Quintero, M. & Gil Marín, L. (1995). *Políticas del Estado acerca del reconocimiento legal de la familia por su origen*. Bogotá.

Hernández Valle, R. (s.f.). *El principio de igualdad y las omisiones legislativas*. Costa Rica. Recuperado el 21 de abril de 2012, de <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/igualdad/ruben%20HERNANDEZ.pdf>

Lafont Pianeta, P. (2005). *La Unión Marital de Hecho*. Bogotá, D.C.: Ediciones Librería del Profesional.

Lafont Pianeta, P. (2010). *Derecho de familia Unión Marital de Hecho (ley 54 de 1990)*. Bogotá, D.C.: Librería Ediciones del Profesional, ISBN: 9586354159.

López Medina, D. (2006). *La interpretación constitucional*. (2ª ed.) Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Medina, G. (2010). *Voces: Filiación, Filiación extramatrimonial (Igualdad total con la filiación matrimonial)*. Publicado en: la Ley 1987-C, 713. Argentina.

Monroy Cabra (2001). *Derecho de Familia y de Menores. Derecho de Familia y de Menores*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.

- Montoya Echeverry (2001). *Introducción al derecho de familia*. Primera Edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1966). *Pacto Internacional de derechos civiles, políticos, sociales y culturales*.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1989). *Convención de los derechos del niño*.
- Parra Benítez, J. (2008). *La filiación en derecho de familia*. Bogotá. Editorial Leyer.
- Ramírez Gómez, J. (2002). *Violaciones al derecho a la igualdad en la ley colombiana*. En: *Revista de Derecho*. Barranquilla. Universidad del Norte. p. 54-58.
- Serrano García, I. (2009). *La obligación de derechos en caso de crisis matrimoniales*. Universidad de Murcia. En: *Anales del Derecho*, No. 14.
- Taborda León, I.D. (2010). *Problemática Probatoria frente al tema de las Uniones Maritales de Hecho*. *Revista Vía Iuris*, ISSN 1909-5759, N° 9, p. 109-120.
- Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del niño. Tomos I y II, Segunda Edición. 1993 Ediculco
- Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (2000). *Origen y Evolución de la Unión Marital de Hecho*. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá.
- Vallejo Tobón, J.A.; Echeverry Ceballos, J.C. & Palacio Laverde, R.L. (2001). *La unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*. Bogotá. Biblioteca Jurídica Díké.
- Vergel Causado, M (2001). *Acción de impugnación de paternidad a la luz de la Ley 1060 de 2006*. Tesis de grado aprobada. Bucaramanga. Maestría en derecho de familia. UNAB. Sin publicar.
- Zagrebélski, G. (2006) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (9ª ed.) Traducción de Marina Gascón. México. Editorial Trotta.