

**EL TRÁMITE DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL COMO CAUSAL PARA
DECRETAR LA SUSPENSIÓN DE LA PARTICIÓN: UNA REVISIÓN DESDE EL
PRINCIPIO DE IGUALDAD**

ANA CAROLINA BERNAL BUENO

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2010

**EL TRÁMITE DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL COMO CAUSAL PARA
DECRETAR LA SUSPENSIÓN DE LA PARTICIÓN: UNA REVISIÓN DESDE EL
PRINCIPIO DE IGUALDAD**

ANA CAROLINA BERNAL BUENO

**Proyecto de grado como requisito para optar
al título de Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho**

DIRECTOR: RENÉ ÁLVAREZ OROZCO

MAGISTER EN HISTORIA

CODIRECTOR

ROBERTO AGUDELO PINZON

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO

BUCARAMANGA

2010

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. INTRODUCCIÓN AL TEMA DE LA FILIACIÓN	10
2. VIGENCIA O NO DEL INCISO FINAL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 75 DE 1968, CON SUS CONSECUENCIAS EN TRÁMITE DEL PROCESO SUCESORAL Y LA PARTICIÓN	24
3. ¿DEBE SUSPENDERSE EL TRÁMITE DE PARTICIÓN?	42
4. PRINCIPIO Y DERECHO A LA IGUALDAD: LOS DESARROLLOS QUE LA CORTE HA TENIDO, PRINCIPALMENTE FRENTE A LA CALIDAD DE HIJO.	51
5. CONCLUSIONES	69
BIBLIOGRAFÍA	74

RESUMEN

TÍTULO: EL TRÁMITE DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL COMO CAUSAL PARA DECRETAR LA SUSPENSIÓN DE LA PARTICIÓN: UNA REVISIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD*

AUTOR: ANA CAROLINA BERNAL BUENO**

PALABRAS CLAVES

Filiación, hijo extramatrimonial, sucesión, partición, suspensión, igualdad.

DESCRIPCIÓN

Este estudio está referido a la viabilidad o inviabilidad de suspender el trámite de partición cuando el peticionario es un presunto hijo extramatrimonial del causante, que adelanta un proceso de filiación extramatrimonial con acción de petición de herencia y aún no se han resuelto sus pretensiones sobre la filiación.

La tesis que se sostiene en este documento es: La negativa de suspender el trámite de partición cuando el solicitante es un presunto hijo extramatrimonial del causante vulnera el derecho a la igualdad.

Esta conclusión tiene como fundamentos los siguientes argumentos: a) El hijo extramatrimonial debe iniciar el proceso de filiación extramatrimonial con petición de herencia en un término de 2 años con posterioridad a la muerte del presunto padre si desea perseguir efectos patrimoniales (inciso final del art. 10 de la ley 75 de 1968). b) Los jueces tradicionalmente al estudiar una solicitud de suspensión de partición lo hacen a la luz del artículo 1387 del CC., bajo el entendido que las causales de suspensión allí mencionadas son restrictivas. c) Una interpretación del artículo 1387 del CC., a la luz del principio de igualdad permite incluir el trámite de la filiación extramatrimonial con petición de herencia como causal de suspensión. Que se desarrollan en los capítulos dos a cinco del cuerpo del presente trabajo.

* Tesis de maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

* * Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Director: René Álvarez Orozco, Codirector: Roberto Agudelo Pinzón.

SUMMARY

TITLE: THE STEP OF EXTRAMARITAL AS CAUSAL FILIATION TO DECREE THE SUSPENSION OF THE PARTITION: A REVIEW FROM THE BEGINNING OF EQUALITY *

AUTHOR: ANA CAROLINA BERNAL BUENO**

KEY WORDS: Filiation, extramarital son, succession, partition, suspension, equality.

DESCRIPTION

This study is recounted to the viability or inviability of suspending the step of partition when the petitioner is a supposed extramarital son of the causer, who advances a process of extramarital filiation with action of request of inheritance and still his pretensions have not been solved on the filiation.

The thesis that is supported in this document is: The denial to suspend the step of partition when the solicitor is a supposed extramarital son of the causer damages the right to the equality. This conclusion takes the following arguments as foundations: a) The extramarital son must initiate the process of extramarital filiation with request of inheritance in a term of 2 years with posteridad to the death of the supposed father if it wants to chase patrimonial effects (final clause of the art. 10 of the law 75 of 1968). b) The judges traditionally on having studied a request of suspension of partition do it in the light of the article 1387 of the CC., under the understood one that the grounds of suspension there mentioned are restrictive. C) An interpretation of the article 1387 of the CC., in the light of the beginning of equality it allows to include the step of the extramarital filiation with request of inheritance as grounds of suspension. That develop in the chapters two to five of the body of the present work.

* Thesis of mastery in Juridical Hermeneutics and Law

** Faculty of Human Sciences, School of Law and Political Sciences, The Director: René Álvarez Orozco, Joint manager: Roberto Agudelo Pinzón.

INTRODUCCIÓN

En el ejercicio investigativo de la maestría en hermenéutica jurídica y derecho se propone la presentación de un trabajo de aplicación que dé cuenta de la forma como la hermenéutica incide en el mundo de lo jurídico y puntualmente frente a una reflexión de un tema específico. Es por ello que se pretende mostrar cómo en el estudio de la filiación extramatrimonial que se inicia con posterioridad a la muerte del presunto padre, se generan una suerte de cargas al hijo no reconocido, que pueden terminar en la pérdida de sus derechos patrimoniales si no cumple con las mismas en la forma y términos estipulados en la normatividad sustancial y procesal.

Para desarrollar la temática, se inicia hablando del proceso de filiación de hijo extramatrimonial cuando el presunto padre ha muerto se sigue con el trámite sucesoral en el que finalmente se resolverían los efectos patrimoniales del declarado hijo extramatrimonial después de la muerte de su padre. Y se concluye con una reflexión acerca del principio y derecho a la igualdad, la forma como éste ha sido entendido y desarrollado por nuestra Corte Constitucional frente al proceso de filiación, para sostener una postura acerca de la vulneración o no de éste en la *limitante* contemplada en el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968.

La tesis que se sostiene en este documento es: La negativa de suspender el trámite de partición cuando el solicitante es un presunto hijo extramatrimonial del causante vulnera el derecho a la igualdad.

Esta conclusión tiene como fundamentos los siguientes argumentos: a) El hijo extramatrimonial debe iniciar el proceso de filiación extramatrimonial con petición de herencia en un término de 2 años con posterioridad a la muerte del presunto padre si desea perseguir efectos patrimoniales (inciso final del art. 10 de la ley 75

de 1968). b) Los jueces tradicionalmente al estudiar una solicitud de suspensión de partición lo hacen a la luz del artículo 1387 del CC., bajo el entendido que las causales de suspensión allí mencionadas son restrictivas. c) Una interpretación del artículo 1387 del CC., a la luz del principio de igualdad permite incluir el trámite de la filiación extramatrimonial con petición de herencia como causal de suspensión. Que se desarrollan en los capítulos dos a cinco del cuerpo del presente trabajo.

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA DE LA FILIACIÓN

El concepto de filiación ha sido objeto de grandes desarrollos legislativos y jurisprudenciales, tanto de la calidad de hijo habido en el matrimonio, como de los hijos concebidos fuera de él –cuya denominación ha ido cambiando hasta llegar a la que actualmente se acepta “hijo extramatrimonial”- y las filiaciones producto de la adopción.

A su vez, los alcances jurídicos de este instituto han sido definidos en diferentes épocas por doctrinantes de orden local como de otros estados. Lo interesante es que sus textos son muy similares entre sí y no distan mucho de la forma como ha sido y es concebido por nuestro ordenamiento normativo. A continuación, nos permitimos transcribir algunos de ellos:

En la doctrina Mejicana: Rojina Villegas Rafael, la define como: “La filiación en estricto sentido se limita a una relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo”¹.

En la doctrina Francesa, Josserand², define de manera genérica como: “Cadena que liga a una persona con sus antepasados, o de manera específica como: “relación de un hijo con sus progenitores inmediatos”, Carbonnier³, lo define como: “vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y el hijo” Planiol y Ripert⁴: “Lazo de descendencia que existe entre dos personas”.

1Citado por Lafont Pianetta en Derecho de Familia – Derecho Marital, Filial – Funcional, Leyes 54 de 1990; 979 de 2005, 721 de 2001; 1060 de 2006, Cuarta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2009, p. 342.

2 ibídem.

3 ibídem.

4 ibídem.

En la doctrina Italiana⁵, se concibe como: Relación jurídica, hecho: como el de la generación, estado: derivado de la relación, relación simétrica: la paternidad o maternidad en virtud de la cual el sujeto adquiere el status de padre o madre del nacido.

En la doctrina Española⁶: La filiación también comprende a ambos simultáneamente.

Galiano Humberto⁷: Nexo existente entre unas personas y sus progenitores

López del Carril Julio⁸: La filiación es una relación biológica que una persona tiene con el padre que lo engendró y la madre que lo alumbró aunque estos sean desconocidos ya que no existe la categoría legal de padre desconocido. De allí que la filiación adoptiva sea una abstracción del derecho.

D'Antonio, Hugo Daniel⁹: La filiación pertenece al orden natural.

Cesta, Saúl¹⁰: El vocablo filiación es correlativo a los vocablos paternidad y maternidad ya que designan la misma relación jurídica, si bien desde el punto de vista diferente.

López del Carril Julio¹¹: Parte de la doctrina subordina la filiación al matrimonio que “hay que proteger a los hijos, pero más hay que proteger al matrimonio por su carácter de institución social en que reposa la familia, ésta hace a la sociedad”

5 Ibídem

6 ibídem

7 Ibídem

8 Ibídem

9 Ibídem

10 Ibídem

11 Ibídem

Hermanos Mazeaud¹²: Derecho a la filiación: Es aquella facultad para investigar y establecer, modificar o extinguir las relaciones jurídicas que indican la descendencia de progenitores e hijos y el derecho a establecer la genealogía pues a diferencia del anterior, no es “una cuestión de estado civil” sino a establecer con base a pruebas formales e informales el estado de parentesco de un allegado a otro.

En nuestro estado, el maestro Pedro Lafont Pianetta, “En la época contemporánea la filiación continúa siendo una relación jurídico-materno filial, cuya tendencia es la de hacerla descansar, teniendo en cuenta los avances científicos y jurídicos del caso [...] la filiación no es sólo una cualidad humana [...] sino que también es un derecho de naturaleza humana (particularmente en su dignidad) que incluye los demás derechos conexos (tales como la igualdad¹³, la salud, la integridad corporal, actividad, la privacidad, la protección penal, etc.)”¹⁴

Ahora bien, siguiendo una postura jurisprudencial, se tiene que la filiación es “*un estado civil*”¹⁵ y como tal corresponde a la situación jurídica que un individuo ocupa

12 *Ibíd*em

13 La intención de otorgar igualdad entre los hijos legítimos e hijos naturales surge con la Revolución Francesa, con la expedición de la ley del 12 de mayo del año II (que consagró la igualdad hereditaria con la producción e investigación de paternidad. Más sin embargo (sic), la posterior expedición del Código de Napoleón restableció de desigualdad entre dichos hijos (Méndez Acosta, María José. Filiación Extramatrimonial. En Derecho de Familia. Ob. cit. No. 2º p. 61), citada por LAFONT PIANETTA, Pedro, Derecho de Familia – Derecho Marital – Filial – Funcional – Leyes 54 de 1990 – 979 de 2005 – 721 de 2001 – 1060 de 2006, Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional Ltda., Bogotá, 2009, p. 344.

14 LAFONT PIANETTA, Pedro, Derecho de Familia – Derecho Marital – Filial – Funcional – Leyes 54 de 1990 – 979 de 2005 – 721 de 2001 – 1060 de 2006, Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional Ltda., Bogotá, 2009, p. 343.

15 Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1260 de 1970, prevé: “ *el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley*”. En todo caso, la determinación del estado civil, su asignación, corresponde a la ley. Y es la misma ley la que señala los derechos y obligaciones correspondientes al estado civil (artículo 42 constitucional). Sentencia C-985 de 2005, Sala Plena, Corte Constitucional.

en la familia y en la sociedad, estado que tiene en la maternidad y paternidad su doble fuente”¹⁶ A partir de esta definición obliga a comprender que:

“el estado civil comporta el derecho a la certeza del origen genético, verdad de procedencia, familia e identidad genuina y, por ello, según el precepto, la acción de reclamación es imprescriptible para que las personas determinadas y legitimadas normativamente puedan obtenerlo [...] No obstante, tratándose de la paternidad extramatrimonial es menester su declaración judicial, momento a partir del cual se adquiere el statu o calidad jurídica de padre, el reconocimiento jurídico del vínculo biológico del padre con el hijo y la certidumbre de la relación paterno filial [...]”¹⁷

Es así como, al estudiar la constitucionalidad del artículo 92 del Código Civil, la Corte¹⁸, tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la filiación, sus implicaciones en el estado civil a la luz de la Constitución, haciendo alusión a los artículos 42 y 14 de la Carta Política, enunciando a su vez algunos de los atributos de la personalidad, indicando finalmente que, el no establecimiento de la filiación de una persona, vulnera además de los artículos ya enunciados, el artículo 228 y el 13 de la Constitución, en palabras de la Corte:

“...El estado civil a la luz de la Constitución.

De conformidad con el último inciso del artículo 42 de la Constitución, “la ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

Fuera de la anterior referencia al estado civil, ¿existe otra en la Constitución? Sin lugar a dudas hay otra, expresa: la del artículo 14: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. ¿Por qué hay en esta norma una referencia del estado civil? La respuesta es sencilla.

Según la teoría clásica, generalmente aceptada, “En la lengua del derecho, la persona es un sujeto de derechos y de obligaciones; es la que vive la vida jurídica... La personalidad es la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, Febrero 3 de 1998, M.P. Pedro Lafont Pianetta. Ref. Expediente No. 5000, citado por MARIA INÉS AWAD CUCALON y MONICA DE NARVAEZ CANO, “ASPECTOS JURÍDICOS EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA”, página web. http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Indice-Temas.htm#_Reproducción_Asistida, pág. 40

17 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 11001-3110-011-2002-00017-01, Sentencia del 17 de Julio de 2008 MP. Dr. William Namén Vargas.

18 Véase la Sentencia C-004 de 1998.

obligaciones". ("Lecciones de Derecho civil", Henri y León y Jean Mazeaud, Parte I, vol. 2º, pág., 5, E.J.E.A., 1965, Buenos Aires).

Pero, la personalidad tiene unos atributos, que implican derechos y obligaciones. Esos atributos son inseparables del ser humano, pues no se concibe, en el presente estado de la evolución jurídica, un ser humano carente de personalidad jurídica. Tales atributos son:

- a) La capacidad de goce;
- b) El patrimonio;
- c) El nombre;
- d) La nacionalidad;
- e) El domicilio; y,
- f) El estado civil, que corresponde sólo a las personas naturales.

De lo anterior cabe deducir que cuando la Constitución reconoce a toda persona (es decir, a todo ser humano, como lo ha reconocido esta Corte en la sentencia C-230 de 1995), el derecho a la personalidad jurídica, le está reconociendo esos atributos cuya suma es igual a tal personalidad.

No puede aceptarse, en efecto, un ser humano que no tenga aptitud para adquirir derechos (capacidad de goce); que no tenga un patrimonio, entendido éste como la universalidad de derechos y obligaciones, actuales y futuros, que tienen por titular a una persona; que carezca de un nombre, que es elemento esencial del estado de las personas; que no tenga una nacionalidad, como generalmente acontece, salvo casos excepcionales; que carezca de domicilio, es decir, una persona que no tenga una sede jurídica; o que, finalmente, no tenga el estado civil que le corresponde.

Sobre este último atributo de la personalidad, conviene recordar la definición del artículo 1º del decreto 1260 de 1970:

"El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible y la asignación corresponde a la ley".

El estado civil lo definen los Mazeaud, en la obra citada, como "la imagen jurídica de la persona", definición exacta a la luz del artículo 5º del decreto 1260, que señala los hechos y actos relativos al estado civil que deben ser inscritos en el registro del mismo:

" Los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, deben ser inscritos en el competente registro civil, especialmente los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonios, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones, nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpo y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimo, manifestaciones de avecindamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, así como los hijos inscritos, con indicación del folio y el lugar del respectivo registro".

El derecho a la personalidad jurídica (y a la suma de los atributos que la conforman), es una manifestación concreta, acaso la más importante, del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley...”

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

El nacimiento, y en particular la condición de hijo, es la fuente principal del estado civil. El determina la situación de una persona en la familia y en la sociedad, y trae consigo una serie de derechos y obligaciones, como la herencia, los alimentos legales, el ejercicio de tutelas y curadurías, etc. Por eso, a quien en un caso determinado no tiene la posibilidad de probar su condición de hijo de alguna persona en particular, se le vulneran estos derechos fundamentales:

- a) El que tiene a un estado civil derivado de su condición de hijo de una determinada persona, atributo de su personalidad (arts. 14 y 42 de la Constitución);
- b) El que tiene a demostrar ante la administración de justicia su verdadero estado civil (art. 228 de la Constitución);
- c) Por lo anterior, se quebranta en su perjuicio el principio de igualdad (art. 13 de la Constitución)...”

Frente a los alcances que en nuestro estado tiene la calidad de hijo, la Corte al hacer un estudio sobre el derecho del niño a un nombre y a una filiación en la Sentencia T-191 de 1995, determinó que: “...*Toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores*¹⁹...”

19 A continuación se transcriben unos apartes de la referida Sentencia, donde con muy buen tino la Corte ilustra más a fondo el alcance de este resumen: “...En cuanto al padre se refiere, transmite al hijo su apellido mediante el matrimonio o por acto de reconocimiento otorgado en los términos previstos en la ley, o como consecuencia de la investigación de la paternidad (Ley 75 de 1968). Determinada la filiación del hijo, los padres asumen las obligaciones y responsabilidades propias de su condición, tales como las de manutención, crianza y educación del menor, de acuerdo con las leyes.

La definición acerca de la paternidad y la maternidad es, por otra parte, necesario fundamento de los derechos sucesorales del hijo, según las reglas del Código Civil (Artículos 1226, 1239 y concordantes).

Así, pues, toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores.

Es necesario recordar que en tratándose del hijo extramatrimonial, fruto de las uniones maritales de hecho, la ley 1060 de 2006²⁰, le amplió los alcances de presunción de paternidad que cobijara en antaño solamente al hijo nacido en una unión matrimonial.

En esa misma línea, la Corte Constitucional²¹ ha querido equiparar el derecho de filiación con el derecho a la personalidad jurídica consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política y con la dignidad humana:

“...La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (CP art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica. Así, en el Informe- Ponencia para primer debate en Plenaria en materia de derechos, deberes, garantías y libertades, el

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 7º que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a adquirir un nombre y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Miradas las cosas a la inversa, también es de interés de los progenitores establecer jurídicamente que en efecto gozan de esa condición respecto de determinada persona, no solamente para los fines de cumplir con sus propias obligaciones sino por la natural inclinación a brindar a sus hijos cariño y apoyo, y aun para definir igualmente los derechos que la ley les otorga sobre la persona y el patrimonio de aquellos, tales como la patria potestad.

También los padres pueden heredar a sus hijos, en las condiciones previstas por la ley (Artículos 1239 y siguientes del Código Civil), y en las circunstancias que ella contempla, tienen derecho a reclamar alimentos (Artículo 411 **ibidem**).

Por lo que hace al acto de reconocimiento de un hijo, se supone que quien lo lleva a cabo tiene cabal conciencia y convicción acerca de la paternidad, no solamente por las obligaciones que contrae sino por todo lo que ello representa en el campo de la propia realización personal...”

20 “...La ley 1060 de 2006 consagra reglas modificatorias, como las de vincular de oficio o a solicitud de parte, “al presunto padre biológico o a la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma destinación procesal la paternidad o maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y nombre” (art. 218 CC. [en la redacción del artículo 6º de la Ley 1060 de 2006])...” LAFONT PIANETTA, Pedro, Derecho de Familia – Derecho Marital – Filial – Funcional – Leyes 54 de 1990; 979 de 2005; 721 de 2001; 1060 de 2006, Cuarta Edición Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá – Colombia, 2009, p. 389.

21 Véase entre otras las Sentencias: C- 109 de 1995, T-329 de 1996, C-004 de 1998, T-488 de 1999, C-243 de 2001, C-807 de 2002, T-997 de 2003, T-411 de 2004, C-831 de 2006, T-875 de 2007.

constituyente Diego Uribe Vargas, se refiere a la personalidad jurídica como ese:

“reconocimiento del individuo como sujeto principal de derecho, cuyos atributos tienen valor inminente.

Los atributos que la doctrina reconoce a la persona son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, la nacionalidad y la capacidad. No puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.”²²

Continúa la Corte en la Sentencia C-109 de 1995, frente a la dignidad humana, indicando que la filiación “...supone la posibilidad de ser identificado y diferenciado respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento...”

Y en un pronunciamiento más reciente, la Corte recoge el concepto de filiación en la Sentencia C-807 de 2002, donde reiteran los pronunciamientos referidos a este importante instituto, la incidencia en el mundo de lo jurídico y los derechos que se le han venido aparejando a lo largo de estos años de desarrollo jurisprudencial. En palabras de la Corte:

“...De por sí el acto de reconocimiento es un acto libre y voluntario, sin embargo, cuando quiera que los progenitores se niegan a reconocer a sus hijos, el Estado en defensa de los derechos fundamentales de éstos, ha dispuesto los medios y procedimientos a través del proceso de filiación a fin de lograr la efectividad de los mismos.

...

Mediante los procesos de filiación en suma el legislador busca proteger y hacer efectivos derechos fundamentales de las personas, tales como, la personalidad jurídica (art. 14 C. P.), derecho a tener una familia y formar parte de ella (art. 5 C. P.), derecho a tener un estado civil; además cuando se trata de menores los derechos fundamentales de éstos adquieren un carácter de prevalente (art. 44 C. P.), y en la mayoría de los casos es en relación con dichos menores que se demanda en busca de establecer quién es su verdadero padre o madre...”

22 Gaceta Constitucional No.82 de mayo 25 de 1991. Págs. 14, citado en la Sentencia de la Corte Constitucional C-109 de 1995.

CON RELACIÓN A LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Atrás se hizo alusión a las concepciones y alcances de la filiación, ahora, se pretende retomar un muy corto resumen que atiende a la filiación extramatrimonial, desde la época primitiva (con base en las culturas que más han incidido en el mundo de lo jurídico, trascendiendo en parte sus instituciones al derecho colombiano), hasta la contemporaneidad.

En época primitiva: “En las legislaciones orientales los hijos extramatrimoniales fueron tratados con exagerado rigor [permitiéndose el abandono (China) y la negación de derechos a la herencia del padre (Persia e India)] [...] La legislación de Moisés dispuso que los hijos naturales no heredarían a sus padres [...] Imperando tal dureza en el trato del hijo natural, no había lugar, lógicamente, a la investigación de la paternidad en aquellas legislaciones”²³

En Grecia: “... Si bien es cierto que estuvieron privados de todo derecho sucesoral [...] se les concedió el derecho a la ciudadanía...”²⁴

En Roma: “En la época pagana, el hijo extramatrimonial era diferente para el derecho civil, se reconocía el vínculo entre él y la madre [...] la paternidad natural jamás existió...”²⁵

En los inicios del derecho español: “Las siete partidas [...] admiten la investigación de la paternidad [...] para] pedir alimentos. [El hijo extramatrimonial] heredaba a falta de hijos legítimos o legitimados, en la sexta parte de la herencia, la cual debía dividir con su madre...”²⁶

23 NARANJO OCHOA, Fabio, Derecho Civil Personal y Familia, 12ª Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2009, p. 499.

24 *Ibíd.*

25 *Ibíd.*

26 NARANJO, Ochoa, Fabio, *Ob. cit.* p. 500.

Las legislaciones modernas: “Estas adoptan el sistema de investigar la paternidad, pues resulta injusto privar a un individuo que no ha tenido participación en el hecho del cual se deriva su origen, de los derechos que le corresponden como ente natural y unidad social...”²⁷

Es oportuno ahora indicar que alguna parte de la doctrina²⁸ ha considerado que en tratándose de filiación legítima rige el principio de indivisibilidad, entendiéndose que sólo se puede ser hijo legítimo de una mujer cuando se es en las mismas condiciones del marido de ésta, mientras que en la natural, se concibe como una doble filiación, la maternidad y la paternidad con carácter absolutamente independiente. Siendo ello sustento para la presunción de paternidad en los hijos habidos en el matrimonio y en las uniones maritales de hecho, y debiéndose otorgar el reconocimiento bien sea voluntario o por medio de declaratoria judicial para que quien no goza de estas presunciones adquiera jurídicamente la calidad de hijo.

Dentro de este contexto, desde el punto de vista legislativo, los procesos de filiación extramatrimonial que determinan el “*parentesco de consanguinidad base de relaciones familiares y origen de los órdenes sucesorales*”²⁹, recientemente han estado regulados por la ley 45 de 1936, disposición que fue modificada por la ley 75 de 1968 y finalmente por la ley 721 de 2001. Y tal como se dejó atrás expresado por la ley 1060 de 2006 que equipara los alcances de la presunción de paternidad a los hijos nacidos de las uniones maritales de hecho como la de los hijos fruto del matrimonio de sus padres –naturalmente nacidos dentro de los términos legalmente establecidos-.

27 *Ibíd.*

28 Mazeaud Hnos. Citados por LAFONT PIANETTA, Pedro, Derecho de Familia – Derecho Marital – Filial – Funcional – Leyes 54 de 1990; 979 de 2005; 721 de 2001; 1060 de 2006, Cuarta Edición Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá – Colombia, 2009, p. 352.

29 BUENDÍA DE PUENTES, Gissela, y otros, PROCEDIMIENTO EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL, Tesis de Especialización en Derecho Procesal Civil, UNAB, 1993, Pág. 4.

En este punto, es prudente hacer alusión al avance introducido por la ley 721 de 2001, dado que ha permitido una mayor certeza³⁰ en las resoluciones de las controversias que sobre la materia se hayan podido suscitar. Este tema en Colombia ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional³¹, y estudiado a fondo por doctrinantes como el maestro Pedro Lafont Pianetta, Fabio Naranjo Ochoa entre otros. Para citar alguno de ellos, nos referiremos a la profesora Beatriz Espinosa Pérez, quien ha revisado los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia y ha publicado ensayos al respecto³²; mientras que en Costa Rica se tiene conocimiento que han trabajado académicamente la temática los licenciados Irene Montacanaro Lacayo y Luis Antonio Bolaños Bolaños³³, quienes, recogen y transcriben un interesante referente histórico de la legislación civil en Latinoamérica.

30 En la Sentencia C-807 de 2002 ha dicho la Corte Constitucional: *La finalidad del Estado al imponer la prueba del ADN como obligatoria y única en los procesos de filiación, no es otra distinta a su interés de llegar a la verdad, de establecer quién es el verdadero padre o madre, a través de esta prueba por estar demostrado científicamente que su grado de certeza es del 99.99%.*

En la doctrina, el maestro Pedro Lafont Pianetta, ha consignado una reflexión acerca de la certeza jurídica: “Pero no basta con la certeza científica tal como suele presentarse en el mundo científico, sino que es necesario la certeza jurídica que se tenga sobre aquélla, no sólo para asegurar que ella exista sino también para que el Juez autónomamente pueda apreciarla. De allí que la certeza jurídica venga a ser entonces la convicción que adquiere el Juez de que la prueba científica existe como tal y que ella, por haberse sujetado en todas sus fases a la ley, y por su contenido científico debidamente fundado, **resulte razonable tener o no por verdadero lo que indica sobre la relación parterno filial...**” (el subrayado es original). Derecho de Familia – Derecho Marital – Filial – Funcional – Leyes 54 de 1990; 979 de 2005; 721 de 2001; 1060 de 2006, Cuarta Edición Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá – Colombia, 2009, pp. 439-440.

31 Véase entre otras las sentencias: C-807 de 2002, C-808 de 2002, T-997 de 2003, T-411 de 2004, T-875 de 2007.

32 Véase el artículo **DERECHO A PROBAR EN JUICIOS DE FILIACIÓN**

Nuevas narrativas en giros doctrinales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, página web: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/espinosa11.pdf.

33 Véase Ley de paternidad responsable y registro civil, página web: http://www.tse.go.cr/revista/art/4/bolanos_num4.pdf, “La legislación de familia costarricense, estuvo regida durante ochenta y seis años por el Código Civil de 1886, que tuvo como antecedente el famoso Código Civil Francés de 1808, también llamado “Código de Napoleón”, pues fue dictado por el famoso Emperador francés durante los años de su mandato. Pero no sólo Costa Rica estuvo influenciada por el “Código de Napoleón”, también éste tuvo enorme importancia e influencia en los demás códigos latinoamericanos que se promulgaron el siglo pasado. Cabe mencionar además que el Código Civil nuestro de 1886, tuvo mucha influencia también del proyecto de Código Civil español, que se dictó después del nuestro y de la doctrina del derecho francés representada en esa época por “Cours de Droit Civil Francais”, del autor Aubry et Rau.3 (GUIER (Jorge Enrique). Historia del Derecho. San José: Editorial Costa Rica, 1968. Tomo II, p.1205-1206.)

Es así como la necesidad y obligatoriedad por parte del Juez que conoce del juicio de filiación, de ordenar y procurar la práctica de la prueba de ADN, mandada por la ley 721 de 2001, ha sido entendida por parte de la Corte Constitucional en Sentencia T-997 de 2003³⁴, como una forma de hacer efectiva la administración de justicia y de dar prevalencia al Derecho sustancial sobre el procesal.

Por su parte en la sentencia T-875 de 2007 la Corte se ha pronunciado acerca de la prueba antropoheredobiológica en los siguientes términos: "...Entonces se tiene que i) la prueba antro-po-heredo-biológica [ADN] es obligatoria en los procesos de filiación; ii) la realización de la prueba garantiza el goce efectivo de los derechos a la dignidad, la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y el derecho a tener un estado civil..."

Adicional a la obligatoriedad de la práctica de la prueba antropoheredobiológica, la Corte Constitucional ha enunciado una serie de exigencias -cuando el interesado sea un menor de edad-, para la validez de la misma dentro del proceso de filiación, a saber:

"...A criterio de la Corporación, en caso de que el examen sea realizado a un menor, para que la obtención de la prueba antropoheredobiológica sea válida, se requieren otras garantías. A saber, que ésta se realice (i) con la presencia o autorización de la madre, del padre o de quien esté ejerciendo la patria potestad, (ii) con la asistencia del presunto padre o madre, (iii) con el pleno conocimiento y comprensión del alcance y finalidad del examen por parte del hijo, en la medida en que éste tenga capacidad para esto, y (iv) con ausencia de engaño o coerción al menor. En caso de que la prueba sea obtenida de forma subrepticia será nula de pleno derecho, según lo indicado en el artículo 29 C.P. (el subrayado es original).

En caso de que en la práctica de la prueba se hayan respetado todas las garantías señaladas ésta se podrá hacer valer dentro de los procedimientos judiciales tendentes a la protección del derecho a la filiación mencionados anteriormente. De otra manera en ninguna de los procesos podrá allegarse y ser tomada en consideración esta prueba..."³⁵

34 "...De igual manera, esta Corte ha relacionado la necesidad de la prueba antro-po-heredo-biológica con lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política en relación con la prevalencia del derecho sustancial. Como director del proceso y por expreso mandato legal el juez está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento sino que se proyecta a la realización de aquella, en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia..."

35 Sentencia T-363 de 2003.

Todavía cabe considerar otra sentencia que es representativa en el derecho de filiación, la T-488 de 2009, en la que la Corte de manera clara, reitera posturas que ha venido trabajando en esta línea, principalmente frente a los derechos de orden constitucional que van de la mano con la filiación (atrás debidamente enunciados), para terminar citándose en apartes de lo expuesto en la Sentencia C-109 de 1995 (de la cual ya se había hecho alusión en este texto). A continuación se transcriben algunos extractos que permiten mayor ilustración del tema:

“...De esta manera la filiación, entendida como la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado, constituye un atributo de la personalidad jurídica, en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas, además como un derecho innominado (C.P., art. 94) que viene aparejado adicionalmente, con el ejercicio de otros derechos que comparten idéntica jerarquía normativa superior, como sucede con el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y la dignidad, de conformidad con los criterios expuestos en la referida sentencia C-109 de 1995 y bajo los siguientes presupuestos:

“(...) Ahora bien, para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. Así, en reciente decisión, esta Corporación tuteló el derecho de una persona a su filiación, por considerar que ésta se encuentra vinculada al estado civil, y por ende constituye un atributo de la personalidad.”

(...) Este derecho a la filiación en particular, así como en general el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se encuentran además íntimamente articulados con otros valores constitucionales.

De un lado, estos derechos aparecen relacionados con la dignidad humana, que es principio fundante del Estado colombiano (CP art. 1). Así, la Corte ya ha señalado que el reconocimiento de la personalidad jurídica a toda persona presupone la idea misma de que todos los seres humanos son igualmente libres y dignos pues son fines valiosos en sí mismos. Según la Corte, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica el "repudio de ideologías devaluadoras de la personalidad, que lo reduzcan a la simple condición de cosa. Debe en consecuencia resaltarse que este derecho, confirmatorio del valor de la sociedad civil regimentada por el derecho, es una formulación política básica, que promueve la libertad de la persona humana; y que proscribire toda manifestación racista o totalitaria frente a la libertad del hombre...”

Es por lo anterior que gracias a los desarrollos legales y jurisprudenciales, el derecho a la filiación, ha venido gozando de mejores condiciones que

permiten no solo la posibilidad de pedir la intervención del Estado para que el que detenta la calidad de padre haga el debido reconocimiento, sino que puede ser reclamado cuando se crea vulnerado por parte de la misma administración de justicia, con las acciones constitucionales.

2. VIGENCIA O NO DEL INCISO FINAL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 75 DE 1968, CON SUS CONSECUENCIAS EN TRÁMITE DEL PROCESO SUCESORAL Y LA PARTICIÓN

Tal como atrás se dejó esbozado y siendo claro que conforme a nuestro ordenamiento jurídico el estado civil es imprescriptible, en consecuencia, no hay término máximo definido para proponer la investigación de la paternidad de un hijo extramatrimonial, inquieta a los estudiosos del derecho sucesoral saber qué ocurre con los derechos patrimoniales de los hijos extramatrimoniales, cuando el presunto padre ha fallecido. Para reflejar una respuesta que intente satisfacer la necesidad de conocimiento, se acude a los siguientes referentes normativos traídos a colación por el maestro Pedro Lafont Pianetta³⁶, tomados de la historia del derecho civil colombiano, en donde se refleja la forma como ha venido “*evolucionando*” desde las primeras concepciones del código civil colombiano el derecho a la herencia del hijo concebido fuera del matrimonio, siendo evidente que éste fue objeto de trato dispar al del hijo concebido y habido en el vínculo matrimonial de sus padres:

*“Sucesión ab intestato filiación natural
Aproximadamente durante un siglo de la república 1886 a 1982 la discriminación sucesoral de legitimarios y naturales en sus diferentes grados de parentesco ha sido una de las desigualdades que ha caracterizado nuestro derecho.*

[...] Los hijos naturales frente a los hijos legítimos [...] continuaron prácticamente siendo excluidos por los hijos legítimos tanto en las sucesiones de causantes legítimos como de causantes naturales, lo que se extendiera hasta 1936.

[...] en el texto original del artículo 1045 los hijos legítimos excluyen a los otros herederos excepto a los hijos naturales, [...] la herencia se repartirá 5 partes legitimarios 1 para el natural.

[...]Por su parte, en el artículo 28 de la ley 57 de 1887 la herencia se repartirá 2 partes 1 para legítimas y 1 para naturales y legitimarios [...]

36 LAFONT PIANETTA, Pedro, Derechos hereditarios de la filiación extramatrimonial, ediciones librería del profesional, página 31.

[...] Y en el artículo 86 de la ley 153 de 1887 los hijos legítimos excluyen a todos los herederos sin perjuicio de la Porción Conyugal, que corresponde al marido o mujer sobreviviente [...]

[...] El derecho preferencial del legítimo para excluir a los extramatrimoniales perduró hasta 1936 art. 18 ley 45 lo extinguiera y le concediera a cada uno de estos últimos la vocación hereditaria concurrente con esos hijos legítimos en la mitad de la cuota hereditaria de estos... más de 45 años eliminar discriminación con la ley 29 de 1982.

[...] Los hijos naturales conservaron sus derechos hereditarios en las otras situaciones los cuales fueron evolucionando con cierta importancia. En efecto, en la sucesión de un hijo natural, los hijos naturales del causante a falta de descendientes legítimos excluían a todos los demás herederos y en la sucesión de un hijo legítimo, el natural del causante tenía una menor posición jurídica en materia sucesoral porque concurría en el segundo orden en una tercera parte con los ascendiente legítimos y el cónyuge sobreviviente y en el tercero en una tercera parte con los hijos ilegítimos y el cónyuge y solamente era heredero tipo o principal en el cuarto orden con el cónyuge supérstite en el cual la herencia se distribuía por mitad. [...]"

Ahora bien, es válido entender que las disposiciones normativas que fueron dándose como producto de los cambios sociales y culturales en nuestro Estado, aportaron y permitieron unas mejores condiciones para los hijos extramatrimoniales que no tenían el reconocimiento voluntario de sus padres. Es así como dentro de las disposiciones más recientes se tiene la ley 45 de 1936 y la ley 75 de 1968³⁷. Pese a ello, se ha entendido que la última citada, introdujo una serie de limitantes a los alcances del pleno de los derechos del declarado hijo en un proceso de filiación extramatrimonial, cuando el padre ha fallecido. Para entender el querer del legislador, existe la obligatoriedad de incorporar el inciso final del artículo 10, que reza:

“La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en

37 “A partir de la ley 75 de 1968, se creó la dualidad procedimental, de investigación e impugnación de menores en vida de los presuntos padres (art. 3º, num. 2º parág. 2º, Ley 75 de 1968) a saber: Una especial [preferiblemente intervivos] contemplada en los arts. 11 a 18 de la Ley 75 de 1968, con posibilidad de revisión en proceso ordinario (art. 18 ibídem); acción esta que fuera sustituida por los recursos extraordinarios de casación y revisión (art. 9º Dec. 2272 de 1989) Y otro procedimiento, el ordinario, en los demás casos, especialmente en la investigación post mortem (inc. 2º, art. 3º Ley 75 de 1968) [...] [Dado que en el especial] no podrá acumular otras pretensiones, cuyo trámite no sea el especial mencionado sino el ordinario (vgr. Petición de herencia, reforma al testamento, etc).” LAFONT PIANETTA, Pedro, Derecho de Familia – Derecho Marital – Filial – Funcional – Leyes 54 de 1990; 979 de 2005; 721 de 2001; 1060 de 2006, Cuarta Edición Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá – Colombia, 2009, pp. 387; 393.

contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción”

Se entiende que el anterior inciso es una limitante al derecho del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente y que debe iniciar el proceso de filiación acumulando la acción de petición de herencia, porque si no cumple con las exigencias de iniciar y notificar en un término máximo de dos años la demanda de filiación con petición de herencia, da lugar a la pérdida del derecho a obtener los beneficios patrimoniales que le pudieran caber en dicha sucesión³⁸.

Retrocediendo ahora un poco, se cree que son innumerables los alcances que la anterior disposición contiene en el orden sustancial y procesal; pasando por la necesidad de la integración de un litisconsorcio de la parte demandada, los alcances jurídicos frente a la no inclusión en la demanda de los herederos indeterminados y a la exclusión de posibles herederos, pero el más fuerte es el que se ha querido traer a estudio y es la **no consecución de efectos patrimoniales³⁹ para la persona declarada hijo extramatrimonial del de cujus**. Se considera que esta limitante (el no nacimiento de derechos patrimoniales) es violatoria de la prohibición de discriminación por origen familiar consagrada en el

38 “la extinción de los efectos patrimoniales hace imposible el nacimiento de la vocación hereditaria”, LAFONT PIANETTA, Pedro, Igualdad Sucesoral, Librería el Profesional, 1982, Pág. 74. En otra obra consagra el autor la “Excepción de caducidad de efectos patrimoniales: Es aquel medio de defensa en virtud del cual los herederos y cónyuge del presunto padre reclama la inexistencia de efectos patrimoniales (especialmente sucesorales) por haber caducado dichos efectos, en vista que la acción de investigación post mortem no se inició dentro de los dos (2) años siguientes de la muerte del presunto padre, o, cuando habiéndose promovido oportunamente, no se logró hacer efectiva la notificación del auto admisorio a los demandados o a su curador ad litem, dentro del año siguiente al vencimiento del período anterior (art. 10, inciso final, ley 75 de 1968 y art. 90 CPC.)” LAFONT PIANETTA, Pedro, Derecho de Familia – Derecho Marital – Filial – Funcional – Leyes 54 de 1990; 979 de 2005; 721 de 2001; 1060 de 2006, Cuarta Edición Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá – Colombia, 2009, p. 401.

39 Aduciendo alcances de prescripción de efectos patrimoniales, el doctrinante Fabio Naranjo Ochoa, nos plantea un ejemplo que da cuenta de una de las formas como puede presentarse: “Del estado civil se deducen consecuencias patrimoniales, principalmente relacionadas con derechos hereditarios. Y estas consecuencias, que están en el comercio, son prescriptibles, renunciables, objeto de cesión, compromiso o transacción. Pedro, por ejemplo reclama su calidad de hijo extramatrimonial en 1970 y se le reconoce en 1990. Para entonces reclama sus derechos hereditarios, basado en el estado civil adquirido, sin resultado alguno, pues esos derechos ya han prescrito, porque una cosa es el estado civil en sí mismo y otra las consecuencias que de él se derivan...” Ob. cit. p. 512.

artículo 42 de la Carta política y a su vez, es contraria a la tesis sostenida por la misma Corte Constitucional, frente a la prohibición de discriminación por origen familiar, y a lo expresado en la sentencia T-191 de 2005, frente a los alcances de la filiación, principalmente el poder reclamar el cumplimiento de todas las obligaciones de los progenitores, así lo expone la Corte:

Determinada la filiación del hijo, los padres asumen las obligaciones y responsabilidades propias de su condición, tales como las de manutención, crianza y educación del menor, de acuerdo con las leyes.

La definición acerca de la paternidad y la maternidad es, por otra parte, necesario fundamento de los derechos sucesorales del hijo, según las reglas del Código Civil (Artículos 1226, 1239 y concordantes).

Así, pues, toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 7º que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a adquirir un nombre y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Miradas las cosas a la inversa, también es de interés de los progenitores establecer jurídicamente que en efecto gozan de esa condición respecto de determinada persona, no solamente para los fines de cumplir con sus propias obligaciones sino por la natural inclinación a brindar a sus hijos cariño y apoyo, y aun para definir igualmente los derechos que la ley les otorga sobre la persona y el patrimonio de aquellos, tales como la patria potestad.

También los padres pueden heredar a sus hijos, en las condiciones previstas por la ley (Artículos 1239 y siguientes del Código Civil), y en las circunstancias que ella contempla, tienen derecho a reclamar alimentos (Artículo 411 **ibidem**).

Por lo que hace al acto de reconocimiento de un hijo, se supone que quien lo lleva a cabo tiene cabal conciencia y convicción acerca de la paternidad, no solamente por las obligaciones que contrae sino por todo lo que ello representa en el campo de la propia realización personal.

Entonces, en el caso concreto, el proceso de filiación extramatrimonial, en general, y la obligatoria práctica y consideración de la prueba antro-po-heredo-biológica, en particular, deben garantizar la certeza de la demostración de unos hechos -la

*existencia o la inexistencia de la filiación- que fundamentan los derechos a la personalidad jurídica y al estado civil del demandante en aquel.*⁴⁰

El incumplimiento de las exigencias de forma que incorpora la Ley 75 de 1968, hará que si bien el demandante puede obtener la declaración de hijo extramatrimonial, las acciones que con posterioridad a ello debería iniciar para lograr por fin un reconocimiento patrimonial por parte de un padre que en vida no cumplió con sus obligaciones económicas, por mandato de la misma norma (que debiera protegerlo), no prosperen.

Con base en la anterior reflexión pudiera válidamente decirse que la administración de justicia en estas condiciones no estaría cumpliendo con su función de otorgamiento de justicia que permita la convivencia pacífica de los asociados, dado que la normatividad no estaría siendo adecuadamente interpretada a la luz de la misma Carta de Derechos de los colombianos, la que expresamente prohíbe la discriminación por origen familiar. Una reflexión sobre las formas como la administración de justicia está llamada a contribuir con la justicia social, se transcribe a continuación en palabras de la Corte Constitucional una de las citas contenidas en la Sentencia C-178 de 2005:

Sin lugar a dudas la justicia es un elemento determinante de valores individuales y sociales que se erige como un supuesto básico para la convivencia y para la existencia misma de la sociedad, especialmente en aquellas naciones que se ven marcadas por su naturaleza social de derecho que las lleva a asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de la persona y la realización de los valores sociales teniendo como marco de acción la legitimidad del Estado al servicio efectivo a la comunidad y el reconocimiento de la dignidad humana. Es por ello que el constituyente de 1991, tomando en consideración los deberes propios del Estado Social de Derecho, dispuso la jurisdicción como una función pública que unida a la legislativa y a la ejecutiva propugna por el cumplimiento de los imperativos conferidos al Estado por la Carta. Así las cosas, la función judicial se erige a nivel superior como la expresión de una de las ramas del poder público, emanada del pueblo y con la obligación de responder éste en sus expectativas. Por su parte, el legislador a través del artículo 125 de la Ley 270 de

40 T-411 de 2004

1996, haciendo para ello uso de la potestad a él conferida por el artículo 56 de la Carta, dispuso que la justicia es un servicio público.
[...]

Y un cargo de inconstitucionalidad por omisión es relativo cuando denuncia la ausencia de un elemento que la Ley debería incluir para garantizar, por ejemplo, el derecho a la igualdad⁴¹ o el derecho al debido proceso⁴² de los particulares.”⁴³
[...]

2.4.1. Toda demanda debe presentar las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución (artículo 2 numeral 3 del Decreto 2067 de 2000). Con relación a esta exigencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en ella “[l]a efectividad del derecho político [presentar demandas públicas de inconstitucionalidad] depende (...) de que las razones presentadas por el actor sean *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*”⁴⁴. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra ‘la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional’.⁴⁵⁴⁶
[...]

2.4.3. En el presente caso, las razones presentadas no ‘*definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política*’, pues como se indicó, no se demuestra (i) la existencia de un deber constitucional específico de conceder la facultad de poder recibir el

41 La Corte Constitucional ha dicho que existe omisión legislativa cuando la “norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.” (Sentencia C-427 de 2000).

42 Cfr. C-543 de 1996.

43 Corte Constitucional, sentencia C-528 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso se resolvió declarar *exequibles*, únicamente por los cargos expuestos en el numeral cuarto de la parte considerativa de esta providencia, los artículos 57; 227; 353; 363 y 535 de la Ley 600 de 2000. En este caso la Corte reiteró que “Una omisión es relativa cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas –específicamente por razones constitucionales –, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente. De lo anterior se deduce, entonces, que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional.” Lo cual había sido considerado en la sentencia C-041 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

44 Cfr., entre varios, los Autos de Sala Plena 244 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño). En dichas oportunidades la Corte, al resolver el recurso de súplica presentados por los actores, confirmó los autos en los que se inadmitió la demanda por no presentar razones “específicas, claras, pertinentes y suficientes”.

45 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-898 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. La Corte se inhibió de conocer la demanda contra algunos apartes de los artículos 186, 196, 208 y 214 del Decreto 1355 de 1970 por ineptitud en la demanda.

46 Corte Constitucional, sentencia C-1052 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) En este caso la Corte resolvió declararse inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 51 de la Ley 617 de 2000 “*por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Reglamentario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica del presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional*”.

reconocimiento de un hijo mediante manifestación expresa y directa, ni tampoco (ii) en cabeza de qué personas o funcionarios se debería radicar ésta⁴⁷.

A la luz de los supuestos hasta aquí estudiados, se entiende que la aludida disposición normativa (inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968) debió perder su vigencia con fundamento en la aparición en el mundo jurídico de la ley 29 de 1982⁴⁸, conocida como ley de la igualdad sucesoral de los hijos, dado que en su artículo primero dispuso:

“Adiciónese el artículo 250 del Código Civil, con el siguiente inciso: Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”

Y es que como lo expresó la Corte Constitucional⁴⁹ en el año 1996, valiéndose de la exposición de motivos de la ley 54 de 1990 (contenida en los anales del congreso # 79 de agosto 15 de 1988), en el contexto colombiano “son más los hijos nacidos de las relaciones extramatrimoniales de sus padres que del matrimonio civil o religioso” debiéndose legislar acerca de una situación de hecho con incidencia en el mundo del derecho, la existencia de la familia natural, la cual no debería quedar al margen de la protección y regulación por parte del Estado.

El cambio legislativo comentado, fue fortalecido en el año de 1991, cuando en nuestra Carta política se dispuso el derecho fundamental a la igualdad en su

47 C-178 de 2005

48 “Las normas últimamente citadas implicaban un reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana de Derechos Humanos y la Comisión de Salvaguardia de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en cuanto establecieron el principio de que los padres e hijos legítimos y extramatrimoniales tienen los mismos deberes, derechos y responsabilidades, sin que pueda hacerse discriminación alguna entre unos y otros, por razón de raza, color, sexo o religión” [...] No obstante estas declaraciones sobre la igualdad jurídica de los hijos extramatrimoniales frente a los hijos legítimos y adoptivos, aún existe un trato discriminatorio frente a la herencia, pues mientras el hijo legítimo tiene diez (10) años para ejercitar la acción de petición de herencia, el hijo extramatrimonial que inicia acción de reconocimiento de la paternidad sólo tiene dos (2) años, a partir del fallecimiento de su presunto padre, para reclamar lo que le corresponde en la sucesión de éste.” NARANJO OCHOA, Fabio, Ob. cit. p. 503.

49 C-098 de 1996.

artículo 13, integrado con el inciso cuarto del artículo 42, desde el que se abre el capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, en donde se lee:

“Los hijos habidos en el matrimonio, o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. [...]”

Reforzando la anterior tesis, en el salvamento de voto de la Sentencia C-831 de 2006, el Magistrado Jaime Córdova Triviño, cita como precedente constitucional la Sentencia C-310 de 2004 en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 248 del código civil, disposición que establecía diferentes términos para la impugnación de la paternidad a los hijos habidos en el matrimonio y a los habidos fuera de él, decretándose la inconstitucionalidad, porque se estaría contrariando el principio a la igualdad de los hijos, así habló la Corte:

“tratándose de un criterio de distinción constitucionalmente rechazado en forma expresa, el hecho de que el nacimiento se produzca dentro o fuera del matrimonio no puede implicar diferencias de trato jurídico de ninguna especie, y menos aun en una materia directamente implicada con del derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica como lo es la definición del estado civil y la filiación. Por eso, los criterios de examen de constitucionalidad deben ser estrictos, y deben conducir a rechazar de plano tratamientos diferenciales como los que dispensa la norma parcialmente acusada. || Si bien es función del legislador establecer los términos de caducidad de las acciones, para lo cual goza de cierta discrecionalidad, ello no puede conducir a tratamientos dispares que no estén soportados en situaciones de hecho realmente distintas, o en criterios de diferenciación constitucionalmente válidos. En el caso presente, ni lo uno ni lo otro parece evidente a esta Corporación.”

[...]

[Continúa el magistrado reiterando Sentencias de constitucionalidad que dan cuenta de la prohibición de discriminación por origen familiar]

C-1287 de 2001 [...] “a pesar de la expresa prohibición constitucional de establecer diferencias jurídicas con fundamento en el origen familiar de las personas, la misma Carta lo hace en el artículo 33 cuando determina un trato jurídico diverso para los parientes adoptivos y los biológicos, frente al deber de declarar en contra de sus familiares más próximos. Esta discriminación perjudica a los parientes adoptivos, respecto de quienes se dispensa un trato menos garantista en cuanto a la aplicación del principio de no incriminación de familiares.”

[Continúa el magistrado reiterando Sentencias de constitucionalidad que dan cuenta de la superioridad de las disposiciones constitucionales frente a las legales]

La sentencia C-1026/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett definió el principio de interpretación conforme como aquel “según el cual todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales. Ello implica varias cosas: primero, que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución, debe ser descartada; segundo, que ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más adecuada a los mandatos superiores; tercero, que en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto”⁵⁰

Concordante con este pronunciamiento, se cuenta a nivel supranacional, con normas tales como la consagrada en el numeral segundo del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que dispone “...todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Mientras el numeral tercero del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el que fuera ratificado por el congreso colombiano en la ley 74 de 1968, establece que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

También cabe traer a colación lo dicho por la máxima rectora de la jurisprudencia constitucional en una sentencia más reciente (C-755 de 2008), frente a la importancia que tiene el reconocimiento de la familia por parte del Estado Colombiano:

“... El reconocimiento que el Estado colombiano formula a la familia como institución básica de la sociedad, supera con creces el elemento puramente biológico, para darle cabida a aspectos de orden psicológico, en virtud de los cuales ese núcleo humano que se forma por los lazos de la consanguinidad, la afinidad, la adopción, el afecto, merece una protección social porque en él se forma, crece y desarrolla el individuo que se integrará posteriormente a la vida cívica, social, económica y democrática.

50 Apartes del Salvamento de voto del magistrado Jaime Córdoba Triviño a la Sentencia C-831 de 2006.

Pese a lo atrás enunciado, se considera que la discriminación conservada en el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968, ha sido sustentada con fundamento en que es una forma de proteger a los derechos patrimoniales de quienes sí gozan del reconocimiento de su calidad de hijo y/o de la calidad de heredero en una sucesión, la cual –como se sabe-, puede ser otorgada por el testamento o por la ley en los órdenes sucesorales establecidos. Es decir, dada la tesis sostenida por la jurisprudencia colombiana⁵¹, la disposición discutida de la Ley 75 de 1968 mantiene su vigencia.

Para continuar abordando este problema jurídico desde una visión hermenéutica⁵², se debe partir de una revisión normativa frente a la vigencia o no del inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968, el cual modificó el artículo 7 de la Ley 45 de 1936.

El proyecto de ley 187 de 1967 (que posteriormente dio como resultado el nacimiento a la vida de la ley 75 de 1968) en su artículo noveno establecía:

“Muerto el presunto padre, la acción de investigación de paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y contra su cónyuge pero sólo dentro del año siguiente al de su fallecimiento.

Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes y ascendientes.

La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan las dos primeros incisos precedentes no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio y contra quienes habiendo sido notificado de la demanda no la contestaron.”

El texto que finalmente fue aprobado reza lo siguiente:

51 Puntualmente la Sentencia del 3 de Octubre de 1991, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del H. Magistrado Fabio Morón Díaz.

52 GADAMER, H. Verdad y Método I., Editorial sígueme, Salamanca, 1996, Págs. 95-121. “El título hermenéutica, como ocurre a menudo con las palabras derivadas del griego y adoptadas en nuestro lenguaje científico, cubre muy diversos niveles de reflexión. La hermenéutica designa ante todo una praxis artificial. Esto sugiere como palabra complementaria la *tejne*. El arte del que aquí se trata es del anuncio, la traducción, la explicación y la interpretación, e incluye obviamente el arte de la comprensión que subyace en él y que se requiere cuando no está claro el sentido de algo.”

*“El artículo 7 de la ley 45 de 1936 quedará así:
Las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 402, 403 y 404 del Código Civil se aplican también en el caso de filiación natural.
Muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge.
Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos, y a sus ascendientes.
La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte del juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción.”*

Dentro de nuestro ordenamiento positivo hay disposiciones que señalan las pautas de interpretación cuando ha habido cambio en la legislación, para mejor entender se trae a colación el artículo segundo de la ley 153 de 1887:

“La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior se contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.”

En estas condiciones, no parece excesivo afirmar que, con la llegada al mundo jurídico de la ley 29 de 1982, especialmente en su artículo primero, modificatorio del artículo 250 del Código Civil, la ley anterior (la limitante contenida en el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968) quedaba sin efectos por ser contraria a la ley posterior (29 de 1982).

Y como si fuera poco, en el año 1991, la Constitución Política, consagra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por origen Familiar. Al ser disposiciones consagradas en la carta de derechos se quiere indicar cómo desde el año de 1887, en la ley 153, artículo 9º se establece la supremacía de la Constitución frente a las demás disposiciones del ordenamiento normativo:

“La constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente”

Se insiste, con fundamento en lo expuesto, debe entenderse que la ley 29 de 1982 y el artículo 42 de la Carta Política de 1991, dejaron sin vigencia, la limitante en el tiempo que impone el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, al hijo extramatrimonial que adelanta proceso de filiación extramatrimonial con petición de herencia.

Este punto ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, cuando ha dicho que “...el juez posterior también puede apartarse de la jurisprudencia ‘por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante’. Es apenas obvio que si varía la disposición debe variar la *ratio decidendi*. En este cuarto supuesto, la carga argumentativa del juez posterior debe demostrar que la *ratio decidendi* (RD₁) que se desprende de la Disposición (D₁) ya no puede adscribirse a la disposición (D₂), porque dentro del campo semántico de esta última ya no puede incluirse la *ratio decidendi* (RD₁), sino la *ratio decidendi* (RD₂). De este modo estará justificado que el juez posterior se aparte de (RD₁) y aplique (RD₂)...”⁵³

Aquí es claro que con posterioridad al año de 1968, se dieron cambios en el ordenamiento, inicialmente de carácter legal y posteriormente constitucional, que necesariamente tienen incidencia en la limitante contenida en el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968 y debieron permitir un adecuado estudio de constitucionalidad para que la Corte hubiese expulsado del ordenamiento dicha disposición, incluso si la petición de expulsión se hubiese hecho por vía de tutela frente a la vulneración del derecho a la igualdad, esto último con base en lo indicado por la Corte en la Sentencia T-012 de 2003 “...Esta Sala de Revisión subraya que el artículo 86 de la Constitución dice que la tutela procede cuando los derechos fundamentales ‘resulten vulnerados o amenazados por la acción o la

53 Sentencia C-831 de 2006, citada por BERNAL PULIDO, Carlos, p. 182.

omisión de cualquier autoridad pública. Los jueces son autoridades públicas y sus providencias constituyen su principal forma de acción...”⁵⁴

En un estudio de trabajo de grado⁵⁵ que reposa en la biblioteca de la Universidad autónoma de Bucaramanga, se encuentran unos sustentos extraídos de la Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 3 de Octubre de 1991, que defienden una tesis contraria a la que en la actual breve reflexión se sostiene, así se encuentra escrito:

*“Los derechos hereditarios no dependían del Estado Civil mismo sino de la oportunidad y de la legitimación del ejercicio de la acción.”
...La igualdad sucesoral se predica de los estados civiles definitivos, pero no de aquellos derechos que son moralmente eventuales por estar condicionados a la certidumbre previa del estado civil...
... Igualdad de derechos de naturaleza hereditaria que prescribió la ley 29 de 1982 han sido establecidos a favor de los estados civiles definitivos y en ningún modo de los que se encuentran en entredicho por no mediar una decisión judicial que así lo reconozca...”*

Siguiendo con la misma línea que los opositores a la tesis expuesta en este artículo sostienen que la jurisprudencia define a las simples expectativas de las que habla el artículo 17 de la ley 153 de 1887, y como:

“Las llamadas en la ley simples expectativas son esperanzas débiles que uno se ha formado de llegar a adquirir derechos que pueden ser destruidos por la voluntad, esencialmente mudable del que quiere conferirlos; tal es, v. gr. La esperanza que concibe el legatario de recibir la cosa legada a la época de la muerte de la persona que lo hace, si ésta ha persistido en la voluntad de agraciarse a aquél.”⁵⁶

Se piensa que es claro, conforme a lo anteriormente esbozado, que el derecho de un hijo extramatrimonial en trámite de ser reconocido judicialmente no es una

54 Citado por BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. p. 184.

55 BAUTISTA AVENDAÑO, Yaneth y otros, Efectos patrimoniales de los juicios de paternidad extramatrimonial. Trabajo de grado de la especialización en Derecho de familia. Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, 1993, Pág. 44.

56 Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia de julio 11 de 1983.

simple expectativa, dado que su calidad no puede ser modificada o destruida por la sola voluntad mudable del que quiere conferirlos, porque en el caso del trámite de un proceso judicial de filiación, el juez, sólo puede proferir fallo favorable a las pretensiones del demandante, en la medida en que las pruebas válidamente practicadas y allegadas al proceso sean determinantes de que éste goza de la calidad de hijo extramatrimonial.

Continuando con la búsqueda de la mejor respuesta frente al interrogante jurídico suscitado sobre la vigencia o no del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, se encontró la cita que se hiciera de la Sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga proferida 17 de Febrero de 1986, con ponencia del doctor Jorge Castillo Rugeles, donde se sostuvo la tesis de que Ley 29 de 1982 tácitamente derogó el inciso 4º del artículo 10 de la ley 75 de 1968, en el entendido que “*no puede otorgarse igualdad de derechos si no se concede igualdad de oportunidades para proponer las respectivas acciones*”⁵⁷.

Se invita a la reflexión acerca de que esta tesis fue sostenida en el año de 1986 cuando aún no entraba en vigencia la Carta Política que nos rige actualmente; su único fundamento fue la presunción de derogatoria tácita por incompatibilidad entre la ley anterior (75 de 1968) y la posterior (29 de 1982).

En la misma dirección están los argumentos puestos en consideración por el profesor Miguel Enrique Rojas Gómez⁵⁸ quien expresó:

¿Cómo puede decirse que no se generaba desigualdad al disponer que el derecho de hijo extramatrimonial a participar en la herencia del padre está sujeta a condiciones en tanto que el del legítimo no? El error de apreciación es ostensible.

Conforme al artículo 10 de la ley 75 de 1968 si la sentencia de filiación no está llamada a producir efectos patrimoniales esta ineficacia parcial tiene que predicarse de todos los herederos y no de algunos solamente.

57 BAUTISTA AVENDAÑO, Yaneth y otros, Ob. Cit. Pág. 36.

58 ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, El proceso de Investigación de la paternidad, Universidad Externado de Colombia, 2001.

*El plazo previsto en el artículo 10 de la ley 75 de 1968 no es de caducidad ni de prescripción, se trata de una limitación a la eficacia de la sentencia.
El condicionamiento de la eficacia plena de la sentencia de filiación al término previsto en el artículo 10 de la ley 75 de 1968 es contrario al artículo 42 de la Constitución política.*

A esto se añade que, en punto de derechos constitucionales se tiene no solo lo dispuesto por el artículo 4º de la Constitución Política de Colombia, en el que ésta se define a sí misma como norma de normas⁵⁹, sino que se cuenta con el artículo 9º de la ley 153 de 1887 y toda la doctrina que se ha generado en la aldea global frente a este tránsito de retomar en las cartas políticas de los Estados un cúmulo de derechos inalienables al ser humano, para que, elevando ésta a un rango superior a la ley general, pueda garantizar la no violación de tales derechos por la expedición de leyes futuras⁶⁰.

En palabras de la Corte Constitucional: "...porque la Constitución no es un simple sistema de fuentes sino que es en sí misma una norma jurídica, y no cualquier norma, sino la norma suprema (CP art. 4), por lo cual sus mandatos irradian y condicionan la validez de todo el ordenamiento jurídico..."⁶¹

"...Por ello, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en su momento, o como lo ha tantas veces afirmado esta Corporación, la Carta de 1991 cubre

59 La Constitución Política de 1991 determinó la entrada en Colombia del neoconstitucionalismo. Esta corriente alude a un modelo de organización política denominado Estado constitucional. La principal ley de construcción de este tipo de estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. {...} la Corte Constitucional {...} un órgano activo, que colabora con el legislativo y el ejecutivo en la labor de producción de normas. BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. P. 149.

60 Al respecto, véase el artículo de ASENSI SABATER, José, "La época constitucional" Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, alternativa, que en algunos apartes de la página 181 reza: *...a la manera del derecho natural, la constitución vendría ahora a garantizar el anclaje de ciertas normas, de ciertos principios y valores, en un territorio o plano normativo supuestamente objetivo, más estable que la mera voluntad política circunstancial de los poderes estatales o las mayorías partidistas...* y sigue en la página 186: *...se trata además de constituciones que consagran normativamente los derechos fundamentales en todas sus dimensiones, individuales, democráticas y sociales. Constituciones en fin, rígidas...* y en punto de legitimidad sostiene: *...(ya que una norma no puede aplicarse a sí misma), sino que ello es consecuencia como hemos indicado de la aceptación fáctica por sus destinatarios...*

61 Sentencia C-109 de 1995.

"retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso⁶²".

El sometimiento del ordenamiento normativo a la autonomía constitucional ha sido explicado por el profesor Laureano Gómez Serrano de la siguiente manera:

"El acto de interpretación de la Constitución que es un instrumento político y jurídico emanado del poder constituyente, poder originario, único e incondicionado, confluyen las tensiones y contradicciones relativas a la intelección de las normas jurídicas, pero, además, el intérprete debe asumir las que se derivan de su esencia como norma fundamental, a saber:

[...]

iii. El carácter validante, en cuya virtud el proceso autorregulado de la creación del Derecho culmina en la "norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto... (KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1977, pág. 142)"⁶³

Por ello y bajo la óptica constitucional, es cuestionable seguir afirmando que el artículo 10º de la Ley 75 de 1968 se encuentra vigente. No obstante, esta disposición fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, la cual fue resuelta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia el 3 de Octubre de 1991, con ponencia del H. Magistrado Fabio Morón Díaz, como sigue:

"Examinada la disposición acusada (inc. final artículo 10 L. 75/68) a la luz de las nuevas normas de la Carta de 1991, esta corporación encuentra que ella está conforme a sus prescripciones, y por tanto se declarará su exequibilidad. En efecto, no obstante que en la Carta de 1991 aparece consagrado ahora como principio de orden constitucional el de la igualdad de derechos y deberes entre los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (art. 42 inciso 4º C.N.), ya consagrada por la Ley 29 de 1982, también es cierto que la norma acusada no se dirige a establecer una solución jurídica desigual entre ellos y sus derechos y deberes, sino a regular un aspecto relativo al estado civil de las personas (art. 42 inciso 10 C.N.), en especial el del caso de la incertidumbre de la paternidad extramatrimonial y el fallecimiento del presunto padre o del hijo. Dicha

62 Cf Corte Suprema de Justicia. Sentencia No 85 del 25 de julio de 1991. M.P Pedro Escobar Trujillo. En el mismo sentido ver Corte Constitucional. Sentencia C-177/94 del 12 de abril de 1994. M.P Carlos Gaviria Díaz.

63 GOMEZ SERRANO, Laureano. Hermenéutica jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC. 2008. pp. 187; 188.

competencia en la Constitución de 1886, estaba igualmente reservada a la ley en los términos del artículo 50 que preceptuaba expresamente que: “Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

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 con el caso regulado por el artículo 10 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”.

5. Siendo así las cosas, no puede la parte recurrente alegar la inaplicabilidad del último inciso del artículo 10 de la ley 75 de 1968, a la luz de la Constitución de 1991, sobre el aserto de ser inconstitucional, porque ya quedó definido, con efectos de cosa juzgada absoluta, que la referida disposición legal se ajusta a la Constitución Nacional.”⁶⁴

Como breve conclusión adicional, se cree, que este pronunciamiento, no solo vulnera las normas atrás enunciados, sino que adicionalmente va en contra de lo ordenado en la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada en nuestro Estado en la ley 16 de 1972, frente a la exigencia legal de reconocer iguales derechos a los hijos nacidos dentro o fuera de las uniones matrimoniales.⁶⁵

Visto lo anterior, la manera más expedita para eliminar esta discriminación de nuestro ordenamiento normativo, es una reforma legislativa. De esta manera y en concordancia con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces *sometidos al imperio de la ley*, ajustarán sus fallos a la nueva norma. En la agenda

64 Tomado de la Sentencia 3616 de agosto 26 de 1993, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP. Nicolás Bechara Simancas.

Esta sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se tiene como precedente de estudio de constitucionalidad y en esa medida, se ha dicho que hizo tránsito a cosa juzgada, en razón a que como lo sostiene el profesor Carlos Bernal Pulido, en su obra El derecho de los derechos “El alcance de la cosa juzgada constitucional consiste entonces en que, no podrá estudiarse nuevamente, un asunto ya estudiado y resuelto de fondo por la Corte Constitucional en el ejercicio de su función de control constitucional, porque sus pronunciamientos tienen fuerza vinculante frente a “todas las autoridades –incluida la misma Corte Constitucional-.

{...}

“Sentencias de reiteración” cuyo número es bien destacable. Mediante las sentencias de reiteración, la Corte Constitucional reitera una jurisprudencia suya anterior, que ha sido desconocida por un juez inferior.

{...}” pp. 159-160.

65 NARANJO OCHOA, Fabio, Ob. cit. p. 533.

legislativa de julio 20 de 2008 a Junio 20 de 2009, el Representante por el Departamento del Cauca, Felipe Fabián Orozco Vivas, presentó un proyecto de ley con miras a reformar el artículo 10 de la ley 75 de 1968, en los siguientes términos:

Artículo 1: El artículo 10 de la ley 75 de 1968 quedará así:

Art. 10: El artículo 7 de la ley 45 de 1936 quedará así:

Las reglas de los artículos 395; 398; 399; 401; 402; 403 y 404 del código civil se aplican también al caso de filiación natural.

Muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge.

Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos, y a sus ascendientes.

La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio.

Artículo 2: Vigencia: Esta ley rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Iniciativa que fuera retirada por el proponente antes de que se surtiera algún debate al interior del Congreso. En estas condiciones, se reitera le necesidad de presentar una reforma legislativa que propenda por el respeto al principio de igualdad de origen⁶⁶.

⁶⁶ Todos los hijos tienen el mismo origen y por lo tanto son iguales sin que las circunstancias del trato o conveniencia, puedan en nuestro derecho alterar dicho origen. La filiación se gesta autónomamente con el nacimiento del ser humano y en este aspecto no existe distinción alguna entre los hijos. LAFONT PIANETTA, Pedro, Igualdad Sucesoral Ley 29 de 1982, Ediciones Librería el Profesional, Bogotá, 1982, p. 51

3. ¿DEBE SUSPENDERSE EL TRÁMITE DE PARTICIÓN?

Ahora bien, para verificar la necesidad de la suspensión de la partición o de la continuación de dicho trámite, por parte del juez que conoce del juicio sucesoral frente al hecho de encontrarse pendiente de definición –por parte de la jurisdicción de familia- la situación de existencia o no de un hijo extramatrimonial de la persona del causante, se debe hacer un estudio similar y para el caso se postulan las siguientes fuentes normativas:

Se inicia con el artículo 1387 del Código Civil, que regula una serie de diligencias previas a la partición, entre ellas, la definición por parte de la justicia ordinaria de las controversias sobre derechos a la sucesión, concordante con el artículo 618 del Código de Procedimiento Civil modificado por el Decreto especial 2282 de 1989 el que en su artículo primero, numeral 332, reguló la suspensión de la partición estableciendo que se hará en los eventos prevenidos en los artículos 1387 y 1388 del Código Civil.

Sirven a su vez de sustento jurídico para el análisis que se pretende, revisar los artículos 170 a 173 de nuestro ordenamiento civil adjetivo, en los que se enuncian los principios que rigen la prejudicialidad, como una alternativa para suspender algún proceso cuando la decisión que deba tomarse en un proceso independiente, incida necesariamente en el proceso que se suspende.

También es pertinente enunciar la tesis sostenida por el maestro Lafont Pianetta, quien considera que la no resolución de la controversia de filiación del hijo extramatrimonial da lugar a la suspensión del proceso. Veamos la interesante postura de este académico:

*“Causas y fuentes de las controversias sucesorales. ...En consecuencia quedan comprendidas en la mencionada disposición las controversias de derechos sucesorales emanadas de la petición o demanda de nulidad de testamento, nulidad de asignaciones testamentarias, validez del testamento cerrado (u otros) declarado inejecutable, validez del desheredamiento, reforma de testamento, indignidad, declaratoria de existencia de validez de un testamento que revoca uno anterior, declarativa de incapacidad y nulidad de asignación (cuando ella resulte necesaria en la práctica), **investigación de paternidad natural con petición de herencia**, impugnación de paternidad legítima con petición de herencia, pérdida de porción conyugal y de herencia... la doctrina también admite la suspensión de la partición cuando se espera el nacimiento de un coheredero...” (el resaltado es propio)⁶⁷*

El maestro Lafont sustenta su tesis en el hecho que el proceso de sucesión colombiano fue tomado del Código de enjuiciamiento español, el que tenía dos especies de procesos en uno; el primero: la apertura y el segundo: el proceso de partición. Explicando así el porqué previamente a la partición debían resolverse los conflictos que estuvieran pendientes.

El mismo autor elaboró un estudio sobre la regulación de la partición, en donde se lee:

“Primero apareció la partición amicabiliter con obligatoriedad desde mucho antes de Diocleciano y Maximiliano (rerum amicabilis divisio) y que posteriormente fuera tratado como un contrato con los efectos de la venta (emptio venditio) el cual no podía afectar a acreedores, ni a terceros. Más adelante, surge la partición judicialiter en virtud del ejercicio de la acción de partición (actio familiae herciscundae), cuya naturaleza ha sido considerada como personal (Lafont Pianetta Pedro, Derecho de Sucesiones, tomo I. num. 13; 11; Scialoja y Peña Guzman y Argüello, ob. Cit. Pág. 463; etc.) o mixta (Alvarez Ursino, ob. Cit. No. 127) tal como se puede consultarse infra num. 117.”⁶⁸

[...] La legislación precedente al código civil, con pequeñas variaciones que no contemplan la concepción dominante de la forma de legislación hereditaria (generalmente extrajudicial) de la legislación española⁶⁹, siguió aplicándose en

67 LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Sucesiones. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Librería del profesional, pp. 532-533.

68 LAFONT PIANETTA, Pedro, PROCESO DE SUCESIÓN, PARTE GENERAL, Ediciones Librería el profesional, tomo I, Tercera edición, Bogotá, 1993, pp. 7 y 8.

69 El art. 1º de la ley 13 de mayo de 1825 la introdujo (legislación española) expresamente cuando dispuso: “el orden en que deben observarse las leyes de todos los tribunales de la república, civiles, eclesiásticos, militares, así como en materias civiles como criminales es el siguiente: 1º los decretos o que en lo sucesivo se decreten por el poder legislativo; 2º las pragmáticas cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionados hasta el 18 de marzo de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo gobierno en el

*nuestro territorio hasta la expedición inicial de los códigos civiles de los estados soberanos y la posterior adopción del código civil de Bello, pero en todo el país, el cual (así como aquellos) como lo veremos enseguida, reiteran aquella orientación...*⁷⁰

Por otra parte se encuentra el análisis que hace el profesor Avelino Calderón Rangel, quien sostiene que mientras no se profiera sentencia que dé cuenta del reconocimiento y otorgue la calidad de hijo extramatrimonial, no adquiere éste la calidad de interesado para hacer presencia en la causa sucesoral. Fue precisamente de su tesis, de la que tomé el título que se convirtió en el tema de este análisis. El maestro Calderón Rangel expresa que:

“El hijo extramatrimonial no reconocido ¿puede solicitar la suspensión de la partición?

[...]

Creemos que no se configura la posibilidad en ciernes, ya que el actor “no es un interesado” que pueda ser oído, procesalmente hablando, además de no ser “nadie” para dicha causa; es decir, que mientras por sentencia no se le reconozca su alegado estado civil, no puede intervenir en la causa mortuoria, ni siquiera para el menester en cuestión... así pues, en nuestro concepto, el hijo extramatrimonial no reconocido sólo tendría la posibilidad de intervenir en la causa mortuoria como asignatario, el día en que obtenga una sentencia ejecutoriada en su favor; es decir, cuando ya cuente con el reconocimiento como hijo, para “entender” ahí sí en el sucesorio su anhelo para suceder. Esta tesis es la que viene siendo sostenida de vieja data por el Tribunal de Bucaramanga en distintas y reiteradas sentencias, muy al contrario del pensamiento que defiende el profesor Lafont Pianetta, quien pregona, junto con algunas Salas de Decisión del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, que el hijo extramatrimonial no reconocido sí puede asirse al artículo 1387 del C. Civil, para lograr la suspensión de la partición, que tal vez “lo afectaría” si no se contara con él”⁷¹

Así las cosas -con fundamento en lo hasta aquí expuesto-, el hijo extramatrimonial que ha cumplido con las exigencias normadas en el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 (iniciar y notificar la demanda de filiación extramatrimonial con petición de herencia) y desea que se suspenda el trámite de partición, hasta tanto

territorio que forma la república; 3º las leyes de recopilación de indias; 4º las leyes de la nueva recopilación de castilla y 5º los de las siete partidas”

70 LAFONT PIANETTA, Pedro, ibídem, pp. 12 y 13.

71 CALDERÓN RANGEL, Avelino. Lecciones de Derecho Hereditario – Sucesión Ab intestato. Segunda Edición. Editorial UNAB Colección Letra Cátedra, Bucaramanga, 2005, p. 215

el juez que conoce de su caso (el que normalmente no es el mismo que conoce del proceso de sucesión) profiera un fallo que lo declare hijo de la persona del causante, tampoco ha obtenido una respuesta unánime por parte de los operadores judiciales, quienes, en unos eventos han sostenido que sí es viable la suspensión de la partición y en otros, simplemente consideran que debe surtirse este trámite (el de la partición) y sólo cuando sea declarado judicialmente hijo, gozará de todas las acciones para la obtención de sus expectativas económicas. Recuérdese que en todos los eventos la Sentencia que otorga el reconocimiento al hijo extramatrimonial, es declarativa y no constitutiva del estado civil, por cuanto “se considera que el hijo reconocido lo es desde la fecha en que fue concebido”⁷²

Una interpretación más ajustada (del artículo 1387 del Código Civil), a la realidad jurídico social en la que se encuentra el hijo extramatrimonial en proceso judicial de ser declarado tal, cuando paralelamente a su acción de filiación, los que gozan de la calidad de herederos, han iniciado el proceso de sucesión y no se ha hecho el trabajo de partición, sería el decreto de la suspensión de la partición en TODOS los casos, por parte del juez que conoce del proceso de sucesión, debido a que el trabajo de partición efectuado con antelación a esta declaratoria (de la calidad de hijo) variará sustancialmente, si se tratara de una sucesión ab intestato o inclusive en una testada por ser éste titular del primer orden sucesoral y consecuentemente gozar de la reserva legal de las asignaciones forzosas que se establecen para los descendientes.

No obstante lo atrás expuesto, es claro que, con posterioridad al reconocimiento judicial de la calidad de hijo extramatrimonial del causante, (habiendo dado cumplimiento a las cargas impuestas en el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968), la ley lo inviste de una serie de garantías que le permitirán ese reconocimiento de los efectos patrimoniales, pero, el trámite será más dispendioso

⁷² Casación de abril 15 de 1953, TLXXIV, 647, Septiembre de 1945, LIX, pág. 929. Citado por NARANJO OCHOA, Fabio, Ob. cit. p. 534.

porque tendría que iniciar una serie de actuaciones que le demandarán mayores cargas (tiempo, dinero) que las que le resultan **cuando ha sido suspendido el trabajo de partición hasta la definición de su calidad de hijo.**

Y es que, como ya se dejó enunciado, no sólo la ley le impone unas exigencias mediadas por un término para la obtención de sus efectos patrimoniales, sino que adicionalmente lo obliga a un mayor desgaste, cuando se continúa con el trámite de partición sin decretar la suspensión hasta tanto se defina su situación de hijo o no del interfecto, carga que en últimas se traslada también a los ya reconocidos herederos que verán cómo después del reconocimiento de su hijuela, ésta será mermada por la necesidad de rehacer la partición, incluyendo al declarado hijo extramatrimonial del causante.

Se considera que la unificación de este criterio, garantiza un debido proceso⁷³, le permite a la administración de justicia cumplir con los principios de celeridad, eficacia y economía procesal, evitándose mayores congestiones que le traen los nuevos procesos iniciados por el hijo extramatrimonial una vez obtenido el reconocimiento judicial de su calidad de hijo.

PROPUESTA DE UNA FORMA INTERPRETATIVA DE LA NORMATIVIDAD CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 1387 DEL CÓDIGO CIVIL

Partiendo del supuesto que el proceso sucesoral es eminentemente liquidatorio y que todas las controversias que se puedan suscitar y que tengan incidencia en la

73 C-383 de 2000 {...} el debido proceso no se limita a la protección de un derecho en estricto sentido, sino también al conjunto de principios que le sirven de base “toda vez que [este derecho fundamental] salvaguarda la primacía del principio de legalidad e igualdad, así como realiza efectivamente el derecho de acceso a la administración de justicia, sustento básico y esencial de una sociedad democrática.”, Citada por BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. p. 338.

forma como debe hacerse la partición, deben tramitarse paralelamente al mismo, se encuentra en el código sustantivo civil el artículo 1387 que establece: “Antes de proceder a la partición, se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab intestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios”.

Disposición que es concordante por lo mandado en el artículo 618 del código adjetivo civil: Modificado por el D.E. 2282/89 art. 1º num 332. Suspensión de la partición: “El juez decretará la suspensión de la partición, por las razones y en las circunstancias señaladas en los artículos 1387 y 1388⁷⁴ del código civil.

Las solicitudes de suspensión sólo podrán formularse antes de que se dicte sentencia que apruebe la partición o la adjudicación, y con ellas deberá presentarse el certificado a que se refiere el inciso segundo del artículo 605; el auto que las resuelva es apelable en el efecto suspensivo.

Acreditada la terminación de los respectivos procesos se reanudará el de sucesión, en el que se tendrá en cuenta lo que se hubiere resuelto en aquellos.

Las normas transcritas se refieren a los eventos en los cuales se halle en curso un proceso ordinario en el que se deba tomar alguna decisión que incida en la forma como debe resolverse la liquidación de la causa sucesoral. Debe entenderse que uno de esos eventos es el que vive el hijo extramatrimonial cuando adelanta proceso de filiación con petición de herencia y se encuentra pendiente por parte

74 Artículo 1388 del código civil: “Las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, y que en consecuencia no deban entrar en la masa partible, serán decididas por la justicia ordinaria, y no se retardará la partición por ellas. Decididas a favor de la masa partible se procederá como en el caso del artículo 1406.

Sin embargo, cuando recayeren sobre una parte considerable de la masa partible, podrá la partición suspenderse hasta que se decidan; si el juez, a petición de los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenará así”.

de la jurisdicción el reconocimiento de la condición de hijo de la persona de la que se está adelantando proceso sucesoral y no se ha practicado la partición.

Varias razones le asisten al juez para definir con base en estos planteamientos las peticiones de suspensión de la partición. Una de ellas es el hecho que la disposición contenida en el artículo 1387 del Código Civil, no es una sanción y por tanto, no requiere que su interpretación sea restrictiva, y que sea necesario tener en cuenta solo las enunciadas como un listado taxativo y limitado para el decreto de la suspensión de la partición, sino por el contrario, debe entenderse como enunciativa⁷⁵ tal como lo establece la norma “deben resolverse por la justicia ordinaria los derechos a la sucesión”, el derecho del declarado hijo extramatrimonial es un derecho a la sucesión.

En la misma dirección, si se parte del supuesto que en el contexto actual, son más los hijos que nacen producto de uniones esporádicas de sus padres y no gozan de la presunción legal con la que están cobijados los hijos nacidos fruto del matrimonio o de las uniones maritales de hecho, un argumento adicional sería el de permitir que con base en la suspensión de la partición, se estaría garantizando en alguna medida el derecho a la igualdad del hijo extramatrimonial, porque la sentencia que eventualmente le reconozca su derecho es declarativa y no constitutiva de su calidad de hijo, siento tal que él al igual que todos los que forman parte del proceso sucesoral, debe tener igual oportunidad para hacer presencia y reclamar sus derechos a la sucesión, reservándosele el valor de su cuota para ser pagada al tiempo que se pague a los demás herederos y legatarios

75 Un ejemplo de ello sería el lo dicho por la Corte en el fallo C-114 de 1996, así: “...Presentada la demanda, en los dos casos que se han descrito, ya la presente uno de los compañeros, o un heredero del difunto, podrá pedirse la suspensión de la partición en el proceso de sucesión. Esto, de conformidad con el artículo 1387 del Código Civil, que dispone: “*Antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios*”. Y de conformidad, además, con el artículo 618 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 332 del artículo 1o. del decreto 2282 de 1989, que prevé la suspensión de la partición “*por las razones y en las circunstancias señaladas en los artículos 1387 y 1388 del Código Civil...*”.

que válidamente hayan aceptado la herencia o legado, en la causa sucesoral de su padre.

Así mismo, teniendo en cuenta que la ley 29 de 1982 estableció la igualdad sucesoral de los hijos, y que el artículo 42 de la Carta de derechos, junto otras disposiciones supranacionales prohíbe la discriminación por origen familiar, se produce una desigualdad injustificada entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales (en proceso de reconocimiento judicial), en las circunstancias objeto de análisis, porque al hijo debidamente reconocido siempre se le va a decretar la suspensión de la partición, mientras que al que está en proceso de reconocimiento se le va a negar, produciéndose una desigualdad injustificada, en dos sujetos que gozan de la mismas calidades (hijos del causante).

Se sigue de lo dicho que la no suspensión de la partición constituye un yerro judicial que haría de la administración de justicia una práctica inequitativa y no le permitiría contribuir con la solución pacífica de los conflictos, sino que abriría las puertas para más procesos que sobrecargan los despachos judiciales y no desarrollan los postulados de economía procesal, celeridad y eficacia.

Una razón adicional está dada por el hecho de la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal⁷⁶ contenida en el artículo 228 de la Carta de Derechos, debiendo privilegiarse el derecho del hijo extramatrimonial a gozar de

76 El principio de prevalencia de las normas sustanciales: {...} las actuaciones de la administración de justicia “serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial” {...} “las ha dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. Las ha redimensionado para darle ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales. {...} Todos los elementos del proceso integran la “plenitud de las formas propias de cada juicio”, establecida por el artículo 29 CP., {...} “no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el derecho material se realice objetivamente y en su oportunidad” {...} éste y sólo éste es su sentido, de tal manera que también supone una violación del debido proceso el extremo ritualismo que debe sucumbir al derecho sustancial en medio de la maraña de formas procesales. BERNAL PULIDO, Carlos “ El derecho fundamental al debido proceso”, Ob. cit. pp. 375-377.

los efectos patrimoniales que le otorga la ley, sin la imposición de mayores cargas procesales como es el adelantamiento de procesos sucesivos tendientes a que se rehaga la partición y se le entreguen los bienes que le correspondan en la causa sucesoral de su padre, los cuales ya habían sido objeto de adjudicación a los otros herederos que hacían presencia al momento de practicarse la primera partición, en la causa sucesoral.

4. PRINCIPIO Y DERECHO A LA IGUALDAD: LOS DESARROLLOS QUE LA CORTE HA TENIDO, PRINCIPALMENTE FRENTE A LA CALIDAD DE HIJO.

El principio de igualdad, es concebido en el derecho moderno, como uno de los principales pilares sobre los que descansa la Carta política de 1991 y en el que se sustentan buena parte de las disposiciones legales, ha sido objeto de grandes desarrollos jurisprudenciales por parte de los jueces constitucionales⁷⁷. Una evidencia de ello es que se han trazado líneas jurisprudenciales especializadas en la aplicación del principio de igualdad frente a algunos de los derechos fundamentales, para citar un ejemplo se refiere la que toca con el reconocimiento del principio de igualdad frente al derecho del libre desarrollo de la personalidad y ésta a su vez se ha subdividido en específicas situaciones fácticas⁷⁸

Este principio ha permitido sustentar la necesidad del respeto de los precedentes jurisprudenciales, habida cuenta que a una misma situación de hecho, le cabe un mismo derecho y en esa medida los jueces de la república (individuales como colegiados) deben respetar los precedentes tanto horizontales como verticales.⁷⁹

De la misma manera que algunas de las instituciones jurídicas, el principio de igualdad, ha ido evolucionando y haciéndose más exigente a medida que han ido cambiando las condiciones fácticas y normativas, permitiéndose unos desarrollos que dan cuenta de la forma como éste puede ser verificado en cuanto a su

77 Tanto el juez ordinario como el juez constitucional ejercen jurisdicción, deciden con base en el derecho y deben fundamentar sus sentencias en el orden jurídico. BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. p. 49.

78 Para profundización en el tema se pueden consultar las obras del profesor Diego Eduardo López Medina, El derecho de los jueces.

79 En la Sentencia T-123 de 1995 “{...} Dos aspectos fundamentales {...} “doctrina constitucional de la Corte tiene el carácter de fuente obligatoria” para todos los jueces. {...} Las sentencias de las altas cortes –no sólo las de la Corte Constitucional, sino también las de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado– deben respetarse, no por ser precedente judicial –pues son simple criterio auxiliar–, sino porque de ello depende el respeto al derecho fundamental a la igualdad y la garantía de coherencia en el ordenamiento jurídico y en el sistema judicial...” BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. p. 161.

cumplimiento o violación por parte de los organismos del estado, en la toma de decisiones al interpretar alguna disposición normativa, al decir si la norma propuesta vulnera o no este principio y en consecuencia está o no ajustada a la carta de derechos.

La Corte Constitucional ha basado sus estudios en la tesis planteada por el alemán Robert Alexy y ha propuesto mediante la utilización de la técnica de la ponderación, aplicar unos tests⁸⁰, estrictos, intermedios y débiles, indicando en

80 El juicio de igualdad con tres tipos de escrutinio

“se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad de los ‘escrutinios’ o ‘tests’ de igualdad (estrictos, intermedios o débiles) {...} el escrutinio débil {...} consta de dos exigencias: a. Que el trato diferente tenga un objetivo legítimo, y b. Que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo y que no esté prohibido por la Constitución.

{...}Escrutinio estricto: {...} para enjuiciar los tratos diferenciados que afectaban a grupos o intereses que habían sido discriminados tradicionalmente y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial por parte del Estado. {...} debe aplicarse cuando un trato diferenciado se fundamenta en criterios “sospechosos” como la raza o –de acuerdo con la tendencia jurisprudencial expansiva que se conoció en Estados Unidos durante la década de los 70- la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía. {...} aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución -el mandato genérico del artículo 13 o los mandatos específicos de los artículos 19; 42; 43 y 53 [Son criterios expresamente mencionados en la Constitución los siguientes: “sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (art. 13); además de aquellos que diferencien entre las religiones o confesiones (art. 19), entre los hijos adoptados y nacidos dentro o fuera del matrimonio (art. 42), entre el hombre y la mujer (art. 43) y entre los trabajadores (art. 53)]. 2. Restringen derechos fundamentales, y 3. Afectan de manera desfavorable a “minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta” cuya especial protección a cargo del Estado aparece prescrita por los artículos 7º y 13. {...} también son potencialmente discriminatorios aquellas diferencias que: 1. Se funden en rasgos permanentes de las personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; 2. Afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias, y 3. Se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una discriminación o reparto racional y equitativo de bienes, derecho o cargas sociales. {...} “debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso” {...} imperioso para la sociedad y para el estado. Que la medida sea necesaria e indispensable para alcanzarlo {...} la única, la más idónea. {...} en el escrutinio estricto tiene lugar una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras la medida sub examine no reciba una justificación atendible “se mantiene la presunción de trato inequitativo”

Escrutinio intermedio: {...} aplica diferencias fundadas en criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. {...} se utiliza el criterio sospechoso del género para obtener la igualdad real entre mujeres y hombres. {...} escrutinio intermedio debe aplicarse: 1. Cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, ó 2. Cuándo existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. {...} es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente “importante”, y 2. Que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad “sustantiva”, o, en otros términos, “que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial. {...} mientras el amplísimo margen de apreciación política en materia económica debe ser

qué eventos se debe aplicar cada uno de ellos, proponiendo a su vez, la necesidad de privilegiar el principio democrático⁸¹.

En Colombia, la persona a la que más autoridad se le ha reconocido en el tema es al profesor Carlos Bernal Pulido, quien entre otras obras, tiene una –*El derecho de los derechos*– dedicada a la explicación de la técnica de la ponderación, el juicio de igualdad, los tests aplicables y la forma como se determina cuál de ellos aplicar al caso concreto⁸².

correlativo a un control constitucional débil, la necesidad de respetar rigurosamente la igualdad en cuanto a la raza debe conducir a un control estricto.

{...}

La aplicación de estos criterios para determinar la intensidad del test de igualdad parece, por tanto, enteramente incompatible con la exigencia derivada del principio democrático, según la cual el test débil debe aplicarse por regla general y el test estricto sólo debe aplicarse excepcionalmente. BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. p. 266-270.

81 Las determinaciones legislativas no vienen predeterminadas por la Constitución, son el producto de un debate político que cabalga al ritmo de los intereses y las concepciones de la sociedad, encarnadas en los argumentos de los representantes ciudadanos que se exponen en la deliberación parlamentaria. BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. p.43

82 El juicio integrado de igualdad como juicio de proporcionalidad

1. El primer presupuesto de la aplicación de este juicio consiste en la constatación de que la medida cuya constitucionalidad se examina representa una intervención o una injerencia en una norma o posición adscrita *prima facie* al principio de igualdad. {...} Existe una injerencia en la prohibición de discriminación cuando la medida examinada trata de manera diferente a dos destinatarios del derecho. {...} su constitucionalidad está sujeta a que aporten razones que lo justifiquen. En el deber de promoción y protección, en cambio la injerencia se origina cuando exista un trato paritario entre los individuos cuyas circunstancias deben ser favorecidas por el Estado (incs. 2º y 3º art. 13) y los demás destinatarios del derecho. En este caso debe aportarse una justificación del trato paritario.
2. La determinación del tipo de escrutinio de la igualdad {...} estricto, intermedio o débil. Para tal fin, cuando es relevante la prohibición de discriminación, la Corte debe indagar si la medida *sub examine* implica una afectación intensa, leve o intermedia del principio de igualdad. {...} establecer si el trato diferente se funda en uno de los “criterios potencialmente discriminatorios” {...} aquellos mencionados explícitamente por la Constitución, interpretados de manera restrictiva. {...} Cuantas más razones indiquen que un trato diferente se funda en un criterio potencialmente discriminatorio, tantas más razones habrá para aplicar un escrutinio estricto. {...} cuantas más razones indiquen que un trato diferente NO se funda en un criterio potencialmente discriminatorio, tantas más razones habrá para aplicar un escrutinio débil. {...} cuantas más razones indiquen que un trato diferente se intenta desarrollar los deberes de promoción y protección de los desfavorecidos (acción afirmativa) tantas más razones habrá para aplicar un escrutinio intermedio. De existir una confluencia de razones que fundamenten aplicación de más de uno de estos tipos de escrutinio, deberá aplicarse el escrutinio más débil. Esta última regla se desprende del respeto a la competencia legislativa de la Constitución, derivada del principio democrático. {...} Cuántas más razones indiquen que un trato paritario desconoce los criterios de promoción y protección establecidos por los incisos 2º y 3º artículo 13 CP., tantas más razones habrá para aplicar un escrutinio estricto. BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. pp. 274-275.

Uno de los primeros estudios de la citada obra está dirigido a la “legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes”.

En él se plantea el debate acerca de cuál es el mejor método de interpretación y cómo debe ser interpretado por el Juez, para ello cuenta con las dos tesis que se ponen en debate: la de

los originalistas⁸³ y los no originalistas⁸⁴, pasando por la forma como se conciben los derechos fundamentales por algunos de los tratadistas de la era moderna⁸⁵, las limitantes reales con las que cuenta el juez al momento de emitir el fallo, poniéndose en evidencia la natural posibilidad de falibilidad⁸⁶ que se refleja en las decisiones judiciales, las posturas que puedan asumir los diferentes auditorios⁸⁷ a

83 “el significado de las disposiciones constitucionales, que los jueces no podían alterar, es aquél que habría entendido el público de la época en que ella fue escrita. {...} necesidad que los jueces interpreten la constitución de acuerdo con las intenciones de los constituyentes, y no desde la perspectiva de sus propios valores...” BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. p. 39.

84 “...parten de la crítica del literalismo {...} la regulación de la sociedad por las intenciones de los antepasados pertenecientes a generaciones temporalmente alejadas de las actuales. Por este motivo le sugieren al juez la sujeción a otras fuentes de interpretación: los precedentes, las tradiciones, principios neutrales (*wechster*), o principios y valores de la comunidad...” *ibidem*.

85 Para Dworkin: “...los derechos fundamentales hacen alusión a “principios morales acerca de la decencia política y la justicia” {...} La configuración de los derechos {...} está contenida de manera implícita en la Constitución, y en los valores de la comunidad en los cuales se funda su texto. {...} como consecuencia, ninguna decisión mayoritaria puede invadir la esfera de las libertades proclamadas por la Constitución, y cuando lo hace, debe ser invalidada por los jueces. {...} mientras el contenido de las leyes es el producto de la aplicación de la regla de la mayoría, el sentido de las sentencias del juez constitucional está determinado por la lógica de los derechos. {...} esto sólo sería viable si el juez pudiese contar con algunas condiciones ideales: tiempo ilimitado para pronunciarse, información ilimitada, claridad lingüística conceptual ilimitada, y carencia de prejuicios ilimitada. {...}CH. STARCK La argumentación política se transforma en dogmática constitucional...” BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 39-42

86 Esto no quiere decir empero que la última palabra proferida por el Tribunal exprese la verdad, o en otros términos la respuesta correcta a cada problema de constitucionalidad. La decisión del Tribunal representa sólo una lectura del texto de la Constitución, efectuada a la luz de las circunstancias del caso concreto, con limitaciones de tiempo y de conocimientos, por unos jueces inmersos en la sociedad y poseedores por ende de una visión política de la misma. 86 BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 45.

87 Los pronunciamientos de la Corte Constitucional deben resultar aceptables racionalmente para el conjunto de sus interlocutores: el Parlamento, artífice de la ley controlada, los diversos grupos que lo conforman, los recurrentes de amparo o de inconstitucionalidad, los jueces que plantean la cuestión de la doctrina jurídica y la propia opinión pública. Inclusive, la forma colegiada del propio Tribunal y la posibilidad de votos particulares hacen necesario que los magistrados ponentes intenten convencer a los demás de la plausibilidad de las sentencias. CASCAJO CASTRO, J. L., “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española” Revista Española de Derecho Constitucional, No. 17, mayo – agosto de 1986, pp. 171 y ss., citado por Bernal Pulido Carlos, Ob. cit., pp. 45-46.

los que se enfrentan las sentencias, cómo se concibe la racionalidad⁸⁸ de la sentencia (concluyéndose que dado el estado de cosas actuales, ella sólo puede ser relativa) entre otras⁸⁹.

La otra tensión que se advierte está dada por la tesis de GADAMER, frente a la imposibilidad que tiene cualquier disposición normativa de regular todas las posibles situaciones fácticas a las que se verá enfrentada para determinar su alcance y aplicación, bosquejándose la siguiente postura:

“...Por esta razón, fundamentar una decisión judicial no es solo reiterar las disposiciones de la Constitución y de la ley, y señalar que existe una relación de contradicción entre unas y otras. La motivación de las sentencias de control de constitucionalidad debe hacer explícitas, además, las proposiciones que expresan el significado que el texto de la constitución adquiere en el caso concreto y el significado de la ley sometida a control. Estas proposiciones surgen de la aplicación de una amplia gama de reglas intermedias (aclarativas, limitativas, extensivas, etc.). Lo que ocurre es que el empleo de estas reglas depende del criterio del juez. Es aquí donde el patrón de la objetividad halla su mayor obstáculo: ¿cómo puede medirse la objetividad del criterio judicial para construir y ordenar en un razonamiento este conjunto de proposiciones intermedias y para extraer de ellas la solución para el caso? {...} “el objeto del enjuiciamiento del Tribunal es la gran política. El juicio del alto Tribunal se refiere necesariamente al objeto de la legislación, a la elección política de propósitos y de estrategias.

[...]

El análisis de los procesos de argumentación que tienen lugar en el control de constitucionalidad de las leyes no solo es un presupuesto necesario para la

¿Cómo juzgar si la decisión del Tribunal Constitucional en un determinado caso es correcta o no, de acuerdo con las prescripciones de derechos fundamentales? ¿Qué diferencia una sentencia aceptable o plausible de una que no lo es? {...} según estén fundadas en criterios políticos o en razones políticas. BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit., pág. 46.

88 Racionalidad de la decisión jurídica {...} Wróbleswki, “una decisión racional es una decisión justificada” {...} procede de un razonamiento respetuoso de las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica {...} la racionalidad práctica: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; si se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante, y si no se adopta sobre la base de criterios éticos o políticos no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico.

Desde luego, el cumplimiento de estas reglas no elimina todos los elementos valorativos y subjetivos de dichas decisiones y por consiguiente tampoco implica *per se* la satisfacción total de los diversos interlocutores de la alta Corte. En este sentido cabe advertir que la racionalidad de toda sentencia no puede ser más que relativa. BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. pp. 50-51.

89 Qué ha de entenderse por carácter político y qué por carácter jurídico, y cómo se establecen las fronteras entre lo uno y lo otro. {...} En su crítica de Schmit, Kelsen hizo ver que no es razonable contraponer lo político, entendido en sentido amplio como ejercicio del poder a lo jurisdiccional, concebido como aplicación del derecho, pues en toda sentencia hay un elemento de decisión, un elemento de ejercicio de poder BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit., p. 47.

consolidación de la joven Corte Constitucional colombiana dentro del sistema político de la delimitación de sus funciones en relación con el legislador. Sobre todo, es una base indispensable para hacer de dominio público los procesos de interpretación constitucional, y de esta manera lograr con el tiempo que la constitución política de 1991 deje de ser un oráculo que prodiga vaticinios inexpugnables, y se convierta en una diáfana carta de navegación de todos los colombianos.⁹⁰

Continúa el profesor Bernal Pulido, con un estudio titulado “El precedente constitucional”, en el que insiste en lo que atrás se dejó expuesto en cuanto a la aplicación y sometimiento de los todos los órganos al precedente constitucional, no embargante, abre las puertas para el cambio de precedente, refiriendo para ello cuáles son las condiciones ideales⁹¹ y forma mediante la cual puede ser introducido el cambio de precedente, sin que ello implique vulneración al derecho a la igualdad. Debiéndose entender siempre que“{...} el precedente {...} es la concreción de aquello que la Constitución prescribe {...} [en caso de] incompatibilidad entre el precedente constitucional y la ley u otra norma de inferior jerarquía deberá inaplicarse dicha norma y aplicarse, correlativamente, el precedente constitucional.”⁹²

En la misma obra incluye el autor, un estudio encadenado a lo precitado, que se titula “La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano”, en él entre otras bien sostenidas reflexiones se pone en evidencia porqué, pese a que

90 BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. p. 48-49; 51.

91 “Un rasgo peculiar de todo precedente es que puede ser modificado por la Corte Constitucional, cuando tenga argumentos suficientes para considerar que está errado. {...} Que a pesar de que existen similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta corte, “existen diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos” {...} En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merecen un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar por qué a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar.

{...}

Este tipo de error se presenta porque los efectos fácticos (E) que la ratio decidendi (RD) generó al regular la situación (S) en el momento histórico (1) ya no se producirán en el momento histórico (2), pues, por variación de las circunstancias, la aplicación de (RD) a (S) ya no conduce a (E), sino a otros efectos fácticos (E´). En este caso, la carga de la argumentación del juez es una carga de argumentación fáctica que debe demostrar que dadas las circunstancias (S), en el tiempo (2), la aplicación de (N) no conduce a (E), sino (E´). BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. p. 180.

92 BERNAL PULIDO CARLOS, Ob. cit. pp. 149 – 189.

el artículo 230 de la Carta Política, pareciera enunciar que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, debe entenderse que ésta tiene fuerza vinculante⁹³ y complementa la carta política y puede ser exigida su aplicación y sancionada (salvo debida argumentación que dé cuenta de la disparidad⁹⁴ de los casos) los eventos en los cuales se aparta de ella el operador judicial.

Luego de haber hecho una mediana claridad frente a los conceptos que pudieran incidir en la forma como es concebido el juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se tratará de hacer una transcripción de un corto resumen

93 C-543 de 1996 MP. Carlos Gaviria Díaz. “En general las expresiones normas legales, enunciados normativos, proposiciones normativas, artículos, disposiciones legales y similares se asumen como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que la teoría jurídica, y en particular la teoría constitucional distingue con claridad entre, de una parte los enunciados normativos, esto es, los textos legales y, de otra parte, las normas o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación, de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas o proposiciones normativas son el resultado de la misma. {...} es perfectamente claro que un texto o enunciado legal puede contener diversas normas, mientras que una misma norma puede estar contenida en diversos textos o enunciados legislativos, porque la relación entre norma y enunciado normativo no es siempre unívoca.

{...} La expresión “criterio auxiliar” {...} artículo 230 CP., {...} cuando las disposiciones de la Constitución y de las demás fuentes formales no tienen un sentido unívoco, que sea capaz de eliminar toda indeterminación, la jurisprudencia auxilia el entendimiento pleno del sentido de dichas fuentes formales, pues en ella se encuentran las normas adscritas que expresan su significado en sentido prescriptivo. El auxilio o la contribución de la jurisprudencia al proceso interpretativo es entonces claro e indeclinable: coadyuva al entendimiento pleno del sentido jurídico, el contenido y el alcance de las disposiciones que conforman el universo de las fuentes del derecho.

{...} la superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley entraña también la superioridad del intérprete de la Constitución sobre el intérprete de la ley. {...}

[La labor de la Corte Constitucional] más bien consiste en verificar si la ley interpretada de la forma en que lo han hecho estos altos tribunales es compatible o no con la Constitución, y si la valoración de las pruebas respeta las reglas básicas del derecho fundamental al debido proceso. BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. pp. 210-211; 214; 218.

94 Particularidades de la fuerza vinculante de la jurisprudencia

{...} el juez posterior tiene el deber de cumplir lo previsto en las normas adscritas o tiene una carga de argumentación que necesariamente debe desplegar para poder apartarse del precedente. {...} la Corte lo dejó plasmado en los numerales 14 a 24 de la Sentencia C-836 de 2001, {...} porque ocurre alguno de los siguientes supuestos: i. Que, a pesar de que existen similitudes, “existen diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos” {...} ii. Cuando ésta “en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio social posterior” {...} iii. “puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico” {...} el error en este caso sería de tipo axiológico {...} la decisión jurisprudencial se considera “incorrecta” o “injusta” {...} se puede evocar decisiones como el famoso caso *Brown vs. Board Education* {...} doctrina de igualdad entre negros y blancos, como paradigmas de cambios jurisprudenciales motivados en la variación de los valores predominantes en la sociedad. Cuando el juez invoca esta causal debe demostrar la incompatibilidad axiológica entre la norma adscrita relevante y el contenido de los derechos fundamentales y principios básicos que rigen el ordenamiento jurídico en el momento histórico del nuevo caso. {...} iv. “Por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante” BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. pp. 221; 223

frente los alcances del mismo, sustentándonos para ello en la obra del profesor Bernal Pulido.

“...Este principio impone al estado el deber de tratar a los individuos del modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez debe ser concretada en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia) 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferenciado a pesar de la similitud).

Estos cuatro mandatos tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se define el principio de igualdad, y una dimensión subjetiva: el derecho a la igualdad.

{...}

Se proyectan dos niveles {...} igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en aplicación administrativa y judicial de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio alude al carácter que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador. {...} el artículo 13 [CP.] establece el mandato de trato paritario en su inciso 1º, y en sus incisos 2º y 3º el mandato de trato diferenciado. {...} el mandato de trato diferenciado recibe el nombre de deber de “promoción” y “protección” de los desfavorecidos que corre a cargo del Estado. {...} el deber de promoción y de protección son normativamente indeterminados {...} porque no es claro, cuándo un trato diferente de varios destinatarios está prohibido, es posible o es obligatorio, desde el punto de vista constitucional. {...} la causa de esta indeterminación reside en que estos enunciados no especifican qué medidas están prohibidas por la Constitución, ni cuáles son obligatorias o meramente posibles, para que el Estado promueva la igualdad real entre los grupos sociales y proteja a los desfavorecidos. {...} origina la necesidad de que la Corte Constitucional determine el contenido del artículo 13...”⁹⁵.

Valga decir ahora que, aceptando en gracia de discusión que pese a los cambios normativos de orden constitucional y legal que se dieron con posterioridad a la ley 75 de 1968, la limitante contenida en el inciso final del artículo 10º no fue derogada tácitamente, debe entenderse que el alcance de esta disposición es violatorio del principio de igualdad contenido en la carta política, porque teniendo en cuenta que el reconocimiento de la calidad de hijo que confiere un juez al hijo

95 BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. cit. pp. 257-260.

extramatrimonial es un acto declarativo y no constitutivo en razón a que su calidad de hijo la adquirió desde el momento de la concepción, al mantenerse vigente las cargas que impone el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968, se está dando un trato diferente a un grupo de destinatarios que no presentan diferencias entre sí, dada su calidad biológica de hijos. Estando llamada la Corte a hacer un estudio de esta disposición aplicando un escrutinio estricto por estar basado el cargo de violación al principio de igualdad en un criterio sospechoso (origen familiar), consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política.

En las mismas condiciones se tiene que la Corte Constitucional en Sentencias como la C-221 de 1992, C-109 de 1995, C-114 de 1996, C-595 de 1996, C-004 de 1998, C-800 de 2000, C-808 de 2002, C- 310 de 2004, C-205 de 2005, entre otras al hacer estudios sobre la filiación, ha dado cuenta del respeto por el principio a la igualdad, principio que es exigible frente a los derechos de los hijos por su condición de tal, sin discriminación por su origen familiar, con argumentos soportados en exigencias de orden constitucional y legal de la ley 29 de 1982, modificatoria del artículo 250 del Código Civil, las exigencias de los tratados supranacionales que dan cuenta de la prohibición de discriminación por origen familiar entre otros.

Se sigue entonces que, la misma Corte reconoce la prohibición de discriminar por origen familiar en tratándose de juicios de filiación, pero, mantiene vigente una disposición que limita los derechos plenos que la ley otorga a quien tiene la calidad de hijo, principalmente imponiendo cargas⁹⁶ y sancionando con la pérdida de los efectos patrimoniales en la sucesión del padre, cuando no se han dado

96 Iniciación y notificación del proceso de filiación acumulado con la acción de petición de herencia en el término de dos años con posterioridad a la muerte del presunto padre, solicitud de suspensión del trámite de partición sucesoral hasta que se resuelva su causa de filiación, en caso de negación de la suspensión de la partición, el adelantamiento de la acción de petición de herencia, la petición rehacer la partición con este nuevo integrante que goza de todas las asignaciones forzosas legalmente estipuladas para los descendientes.

cumplimiento a las cargas contempladas en el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968.

LA IGUALDAD DE LOS HIJOS, DESARROLLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Este desarrollo constitucional de la igualdad de los hijos, se refiere a la igualdad de la que gozan frente al derecho al nombre, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la filiación y las consecuentes obligaciones y derechos que ésta genera tanto para ascendientes como para descendientes.

En el año 1994, mediante Sentencia C- 047⁹⁷ la joven Corte Constitucional tuvo la oportunidad de revisar la exequibilidad o inexequibilidad del inciso tercero del artículo 10 de la ley 75 de 1968⁹⁸, en el que el accionante consideró que la disposición acusada desconoce los mandatos de los artículos 13 y 42 de la Carta de Derechos, dado que *“...sólo faculta a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él [...] para iniciar la acción de filiación natural, desconociendo que el derecho que tienen los descendientes naturales o extramatrimoniales para iniciar dicha acción...”* Después de haber hecho un estudio sobre la normatividad, concluyó la Corte que el artículo 1º de la ley 29 de 1982 derogó tácitamente del inciso 3 del artículo 10 de la ley 75 de 1968 el calificativo legítimo.

97 El inciso 6o. del artículo 42 de la Constitución, según el cual "los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes", no modificó la legislación civil: **apenas ratificó el principio de igualdad consagrado por el artículo 1o. de la ley 29 de 1982.** Dicho en otros términos: la Constitución, que según el artículo 9o. de la ley 153 de 1887 "es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente", **no derogó ni reformó el inciso tercero del artículo 10o. de la ley 75 de 1968, inciso que ya había sido reformado por el artículo 1o. de la ley 29 de 1982"**, toda vez que sus disposiciones no le son contrarias.

98 Por la cual se crean normas sobre filiación y se crea el instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En el año de 1995, profiere la Corte Constitucional la sentencia C-109⁹⁹, en la que se concluye que dado que la concepción de la familia reposa en la igualdad en dignidad y derechos de los integrantes en el núcleo familiar tal como se desprende de los artículos 13 y 42 de la Carta de Derechos, *“dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho de acudir a los tribunales y con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda con su filiación real”*. Estos argumentos sirven de sustento para las posteriores fallos de constitucionalidad en las que se debatieron los derechos que la ley nacional e internacional les otorga a los infantes para conocer su verdadera filiación, como una parte integrante del estado civil de las personas y como resultado del consecuente reconocimiento de su personalidad jurídica.

Siguen más adelante pronunciamientos no tan afortunados como los acabados de enunciar, uno de ellos el contenido en la Decisión de Constitucionalidad C-114 de 1996, de la cual se rescata el salvamento de voto que hiciera el entonces magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz¹⁰⁰, en esta sentencia, la Corte

99 Tesis: Causales de impugnación - **La nivelación de causales de impugnación de la presunción de paternidad entre el marido y el hijo, y la prevalencia del artículo 406 del C.C., como efectos del principio de igualdad y del derecho a la filiación.**

100 “...Según la norma parcialmente demandada las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes prescriben en un año a partir, entre otros hechos, de la muerte de uno o ambos compañeros. Sin embargo, las acciones para solicitar la liquidación de la sociedad conyugal, por el mismo hecho, prescriben en 20 años a partir de la disolución de la misma.

La disparidad de trato anotada se justifica, según la providencia de la cual me aparto, en la diferencia que existe entre la sociedad patrimonial constituida a raíz de una unión marital de hecho y la sociedad conyugal. Siendo dos figuras distintas, el legislador estaría autorizado a otorgarles un tratamiento diferenciado.

[...]

Como lo ha manifestado esta Corporación, del principio de igualdad de que trata el artículo 13 de la Carta se deriva una exigencia de proporcionalidad. El trato diferenciado no sólo debe fundarse en una diferencia relevante entre las instituciones que se regulan, sino que la medida debe referirse exclusivamente a la circunstancia divergente, ajustándose de manera estricta al grado de la diferencia. Adicionalmente, el tratamiento legal debe tener un sentido o fin constitucionalmente legítimo y resultar adecuado, necesario y equivalente respecto del mencionado fin.

[...]

En fin, la norma demandada se funda en la diferencia existente entre las instituciones aludidas y persigue un fin constitucionalmente legítimo. Sin embargo, el trato diferente debe ser proporcionado.

La reducción del término de prescripción para solicitar la liquidación de la sociedad patrimonial, de 20 años a 1 año, resulta, sin ninguna duda, útil para promover la seguridad jurídica que podría verse amenazada de continuar vigente la primera alternativa. Sin embargo, dicha disposición no es proporcionada como quiera que la drástica reducción no parece estrictamente necesaria. En efecto, existen otras medidas menos gravosas

tuvo la oportunidad de revisar si la imposición de un término de prescripción mucho más corto (un año) para la compañera permanente frente al de la cónyuge (20 años) para solicitar la liquidación de dichas sociedades (patrimoniales y conyugales respectivamente) vulneraba el principio de igualdad y proporcionalidad, porque es evidente que se supera el margen de diferencia entre las dos instituciones. Los cargos también daban cuenta de la presunta vulneración que se presentaba entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y los habidos en una unión marital de hecho (sic), con la aplicación de lo dispuesto en esta norma. La decisión de la Corte fue la declaratoria de constitucionalidad del artículo 8 de la ley 54 de 1990.

En el mismo año, con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía, mediante Sentencia C-595, la Corte estudió la constitucionalidad de unos artículos¹⁰¹ del código civil en los que se incluía el término legítimo e ilegítimo para referirse a los hijos. En un pronunciamiento ambivalente, la Corte da cuenta de la igualdad

para garantizar la finalidad perseguida, sin que ellas tengan como efecto la restricción excesiva de los derechos de acceso a la justicia y propiedad de los miembros de la pareja que conforman la unión marital de hecho, lo mismo que de sus herederos y legatarios. El término de un año no parece suficiente para garantizar la efectiva participación de las personas llamadas a solicitar la partición de bienes de la masa que integra la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes disuelta por la muerte de uno de los miembros de la pareja. La drástica reducción, respecto del régimen vigente para la sociedad conyugal, afecta desproporcionadamente los derechos de acceso a la justicia y de propiedad de quienes conforman la unión de hecho, sus herederos y legatarios.

De otra parte, un término tan breve que contrasta con los veinte años con que cuentan quienes tienen idénticos derechos sobre los bienes de la sociedad conyugal disuelta por la muerte de uno de los cónyuges, no se aviene al principio de proporcionalidad, ya que la diferencia de trato supera ampliamente el margen de diferencia entre las dos instituciones.

En suma, a mi juicio, el Legislador está legitimado para establecer un régimen diferenciado en la materia que se analiza. Sin embargo, lo que resulta francamente intolerable, desde el punto de vista constitucional, es que, so pretexto de una diferencia formal, se atribuyan a las instituciones jurídicas estudiadas efectos y consecuencias jurídicas radicalmente diferentes que ya no se sustentan en la mera distinción entre la sociedad conyugal y la patrimonial. Es evidente la opción del Legislador por la sociedad conyugal y, en el fondo, por la familia surgida del matrimonio.

La Corte, en esta ocasión, dejó de lado el principio de protección integral de la familia (C.P. art. 42), con prescindencia de su origen, en su afán por favorecer una de sus formas tradicionales. Ante la patente violación del derecho a la igualdad, que resulta incompatible con preferencias normativas basadas en el origen familiar (C.P. art. 13), lo mismo que del principio de respeto al pluralismo cultural (C.P. art. 1) y del derecho a la libertad personal para escoger formas de unión familiar (C.P. arts. 16 y 42), la norma ha debido ser declarada inexecutable.”

101 Artículos 38 (Parentesco legítimo), 39 Parentesco ilegítimo, 47 Afinidad legítima, 48 afinidad ilegítima.

de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, pero mantiene vigente en el ordenamiento el término legítimo para referirse a los hijos nacidos en un matrimonio, por considerar que con ello no se vulnera el derecho a la igualdad. Al igual que en la Sentencia previamente referenciada, en este pronunciamiento se consideran ajustados los salvamentos de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández y Antonio Barrera Carbonell. Estos dos últimos expresan con gran acierto: *“Según nuestro criterio, no hay en Colombia hijos legítimos ni ilegítimos. Hay simplemente “hijos”, seres humanos que gozan todos, en su esencia, de la misma dignidad e iguales derechos”*

En la Sentencia de Tutela T-329 de 1996, en la revisión de un fallo en proceso de filiación extramatrimonial con petición de herencia se busca resolver el problema jurídico atinente a que cuando estaba por cumplirse el término de caducidad que trata el artículo 10 de la ley 75 de 1968, el Juez antes de fallar, resuelve inhibirse porque no se acreditó el presupuesto de capacidad para ser parte demandada en el proceso debido a no se aportaron los documentos idóneos que acrediten la condición de hijas matrimoniales y esposa (heredero o cónyuge). Considerando la Sala de revisión de tutela que se vulnera el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, cuando se inhibe de fallar un juez en proceso de filiación, bajo estos supuestos. La Corte ordena fallar con las pruebas aportadas hasta el momento¹⁰².

En el año 2000 mediante fallo número C-800, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, al estudiar la constitucionalidad del término

102 *La investigación de la paternidad debe llevarse a cabo dentro de las reglas del debido proceso y en estricto acatamiento a las disposiciones legales correspondientes, pero en tratándose de formalidades, no puede olvidarse, en esta ni en ninguna actuación ante los jueces, el postulado constitucional de prevalencia del Derecho sustancial, lo que hace evidente la necesidad de distinguir entre las formalidades procesales previstas, con el objeto de establecer cuáles de ellas guardan relación específica con la materia misma del asunto que se busca dilucidar y cuáles no. La eventual falta de una de estas últimas no puede frustrar el cometido esencial del proceso, obstruir el acceso a la administración de justicia, ni tampoco impedir que se adopte decisión de fondo.*

estipulado para impugnar la paternidad del hijo matrimonial, la corte inició sus considerandos indicando que: *es contraria a la constitución la distinción entre filiación legítima e ilegítima*. Los sustentos están dados en que la familia puede constituirse mediante vínculos jurídicos o naturales y en concordancia con ello, se consagra la igualdad jurídica de todos los habidos en matrimonio o fuera de él. Concluyendo finalmente que la imposición de términos diferentes para la impugnación de la paternidad de acuerdo al origen del hijo (matrimonial o extramatrimonial) no es contrario al derecho a acceder a la administración de justicia. Pudiera pensarse que no hay coherencia en el discurso de la Corte Constitucional, ante esta forma de interpretar los derechos de los hijos y la prohibición de discriminación por origen familiar.

Posteriormente en la Sentencia C-310 de 2004, la Corte hizo un estudio acerca de si ¿Se vulnera el derecho a la igualdad cuando se contemplan diferentes plazos para impugnar la paternidad de hijos habidos en el matrimonio o fuera de él? Eliminando del ordenamiento el término de trescientos días contenido en el último inciso del artículo 248 del Código Civil¹⁰³.

En el mismo año, la Sala Novena de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, mediante fallo número T-609, estudió si ¿El ICBF., al no determinar una fecha probable para la práctica de marcadores genéticos de ADN., debido al excesivo número de pruebas pendientes de practicar en todo el territorio nacional, vulnera derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la protección integral de la familia, a la alimentación, a la dignidad humana, a la filiación, el reconocimiento de la personalidad jurídica y los derechos fundamentales de los niños? Concluyendo la Corte que si bien está próximo a vencerse el término dado a la Entidad para la contratación de laboratorios

103 Si bien es función del legislador establecer los términos de caducidad de las acciones, para lo cual goza de cierta discrecionalidad, ello no puede conducir a tratamientos dispares que no estén soportados en situaciones de hecho realmente distintas, o en criterios de diferenciación constitucionalmente válidos. En el caso presente, ni lo uno ni lo otro parece evidente a esta Corporación.

necesarios especializados para la práctica de la prueba de ADN., se debe agilizar el proceso para garantizar la práctica de ésta prueba promueve el conocimiento de la verdadera filiación y propende por el respeto de la personalidad jurídica.

Sigue la Corte Constitucional en su Sala Plena estudiando demandas en las que se alega vulneración del principio de igualdad contenida en la legislación civil, frente a la discriminación por origen familiar. Entre ellas, la sentencia C-204 de 2005, se planteó ¿La expresión “los padres de hijos extramatrimoniales podrán nombrar tutor o curador a este mediante testamento si aquellos viven juntos y que en caso contrario solo podrá hacerlo el padre que tenga a su cuidado el hijo (artículo 449 CC.)”, quebranta los principios de igualdad, de protección a la familia y de protección prevalente de los niños? Declarándose inexecutable la expresión “*si viven juntos*” contemplada en el artículo 449 del CC., modificado por el decreto 2820 de 1974 art. 50.

Seguidamente, en la sentencia C-476 de 2005¹⁰⁴, la Corte Constitucional, sostiene que el “Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica guarda estrecha relación con el derecho a la igualdad. El estado civil de las personas determina la situación de una persona en la familia y en la sociedad y de él se derivan derechos y obligaciones que se regulan por la ley civil”.

A esto se añade, la Sentencia C-985 de 2005 en la que la Corte expone que frente a la unión marital de hecho, que no se vulnera el derecho a la igualdad al otorgar competencia a los jueces de familia, lo cual constituye un ejercicio legítimo de la potestad de configuración legislativa lo cual no vulnera los preceptos constitucionales.

104 ¿Privilegiar el resultado de la prueba de ADN., en un juicio de filiación extramatrimonial vulnera el debido proceso y la autonomía del juez? Se quebrantan los artículos 29; 116, 228 y 44 de la Carta Política. No, porque existe posibilidad de contradicción y ante el avance de la ciencia la prueba cambiará.

Hay que mencionar además la Sentencia T-1203 de 2005, en la que la Corte considera que se vulnera el derecho a la igualdad y al debido proceso al haberse aprobado el trabajo de partición asignándose cuota del 50% al hijo extramatrimonial conforme al artículo 18 de la ley 45 de 1936, vigente al momento del fallecimiento del causante, dado que la partición se realizó en junio de 2003, en vigencia de la ley 29 de 1982 y artículo 42 de la Constitución Política.

Notemos además que en la Sentencia C-831 de 2006, al hacer un estudio acerca de la vigencia de los derechos adquiridos en la adopción simple, se establece que el Hijo adoptivo tiene igualdad de derechos y obligaciones que el hijo matrimonial y extramatrimonial.

Y finalmente en la Sentencia C-405 de 2009, la Corte dispuso que, se contemplan igualdad de términos para cónyuge y compañero permanente para la impugnar paternidad.

Con base en estos pronunciamientos se puede sostener que desde el año de 1982 con la ley 29, existe igualdad de derechos en los hijos sin que se deba tener en cuenta su origen esto es, matrimonial, extramatrimonial y adoptivo, dado que el derecho se asume en virtud del parentesco (calidad de hijo). Ello en razón a que *“todo hijo es ajeno a su preexistencia y procreación, razón por la cual no debe perjudicarlo sino en lo absolutamente inevitable vr. gr. enfermedades hereditarias”*.¹⁰⁵

Estos desarrollos legislativos fueron recogidos por la Constituyente de 1991 y se plasmaron en los artículos 5¹⁰⁶, 13¹⁰⁷ y 42¹⁰⁸ de la Carta de Derechos, bajo los presupuestos de un Estado Social de Derecho.

105 LAFONT PIANETTA, Pedro, Igualdad Sucesoral, Ediciones Librería el Profesional, Bogotá, 1982, p. 49.

106 Es una visión en doble línea, el Estado protege y garantiza los derechos de la familia

107 Igualdad Formal (igualdad en la igualdad), Igualdad real, cuando se da desigualdad, se da discriminación y el estado debe propender por la búsqueda de la igualdad.

Así la Corte inicia tímidamente con el reconocimiento del principio y derecho a la igualdad, de los hijos limitando en algunos eventos el alcance del mismo, en otros cambiando las tesis inicialmente planteadas, y en otros, como la sentencia C-114 y 595 de 1996, siendo ambivalente frente a los postulados expuestos por aceptar en la última citada que: es válido reconocer la igualdad de los hijos pero que es ajustado a derecho decir que unos son legítimos y otros ilegítimos. Y por considerar que hay puntos de encuentro entre la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, pero que es ajustado a derecho que la primera goce de un término de 20 años para hacer efectivo su derecho y la segunda sólo cuente con un término equivalente al 5% del que se otorga a la sociedad conyugal.

Esa limitante en el tiempo para la sociedad patrimonial objeto de estudio de la Sentencia C- 114 de 1996, de la que se declaró la constitucionalidad, es muy cercana a la limitante contemplada en el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968 y en ambos eventos, la Corte ha considerado que no es violatorio del principio de la igualdad la diferencia en los términos que favorecen notablemente a los implicados en vínculos matrimoniales en contraposición a las relaciones que se dan producto de una unión esporádica, o permanente sin que medie el contrato matrimonial.

En este orden de ideas, resumiremos los postulados hasta aquí expuestos en los siguientes términos:

1. El artículo 42 de la Constitución Política contempla que no habrá discriminación por origen familiar.

108 Institucionalización de la familia como institución básica de la Sociedad en un Estado Social de Derecho. En él se indica que hay igualdad entre los hijos fruto del matrimonio o fuera de él y los adoptados.

2. El inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968 impone al hijo extramatrimonial en trámite a obtener el reconocimiento de su calidad de tal, la necesidad de interponer la acción de filiación con petición de herencia en el término de dos años con posterioridad a la muerte del causante y la notificación a los herederos determinados e indeterminados en el mismo lapso de tiempo.
3. Se entiende que estas *cargas* inmediatamente enunciadas, son contrarias a derecho, por cuanto vulneran el derecho a la igualdad contemplado no sólo en el artículo 42, sino adicionalmente los artículos 5 y 13 de la carta política.

En la misma línea se tiene que el hijo matrimonial o el adoptivo, gozan de los beneficios contemplados en la ley 29 de 1982, pudiendo hacerse presentes en la causa sucesoral, reclamando sus derechos a los bienes dejados por su padre – causante, y eventualmente solicitando la suspensión de la partición, con la posibilidad de ser “*oídos*” por el juez que conoce del juicio sucesoral.

Éstos a su vez, ante la posibilidad de que no se enteren de la muerte del padre y que no se le incluyan en la partición de la masa herencial, cuentan con el término máximo de prescripción para iniciar la acción de petición de herencia, lo cual, naturalmente no garantiza que los compañeros de la entonces comunidad herencial aún tengan en su haber bienes con los cuales cumplirle la cuota que le resulte liquidada en la repartición resultado de la acción de petición de herencia.

Ahora bien, en cuanto al Derecho a la sucesión y a la declaratoria de suspensión del trabajo de partición a petición del hijo extramatrimonial en proceso para que se le reconozca su calidad de tal, se considera que el juez de instancia debe decretar en todos los eventos la suspensión de la misma, hasta tanto se resuelva el juicio de filiación, para poder respetar el derecho del hijo extramatrimonial al acceso a la justicia en igualdad de condiciones a los hijos matrimoniales o adoptivos, que eventualmente estén vinculados al proceso de sucesión.

5. CONCLUSIONES

A continuación se pretenden enunciar en los cuatro primeros numerales, algunos supuestos de vulneración del principio de igualdad cuando se niega la suspensión de la partición que ha solicitado un presunto hijo extramatrimonial en proceso a obtener el reconocimiento de su condición de tal, en los numerales posteriores se invita a la reflexión acerca de algunos temas que están vinculados con el problema objeto de investigación:

1. El hijo extramatrimonial tiene sólo dos años para iniciar el proceso de filiación extramatrimonial con petición de herencia si quiere perseguir efectos patrimoniales después de la muerte del presunto padre, mientras que el hijo matrimonial o adoptivo, tiene el término máximo de prescripción (10 años) para iniciar acción de petición de herencia en caso de que no se haya hecho parte en el proceso de sucesión y pretenda en un futuro reclamar sus derechos patrimoniales a la misma.
2. El hijo extramatrimonial no reconocido, debe tramitar dos procesos para hacerse a los bienes en la sucesión de su padre, en tanto que el hijo matrimonial o adoptivo solo debe hacerse presente en el proceso de sucesión y acreditando su calidad el partidor le asigna la porción de la herencia que en derecho corresponda a su calidad de hijo.
3. El hijo extramatrimonial no reconocido, cuando solicita la suspensión de la partición con base en el artículo 1387 del código civil, indicando que paralelamente al juicio sucesoral se está adelantando un proceso para que se le reconozca su calidad de hijo extramatrimonial, no obtiene respuesta favorable por parte de los jueces que conocen del proceso sucesoral, mientras que cuando el solicitante es un hijo matrimonial o adoptivo, los jueces por regla general sí decretan la suspensión de la partición.

4. En caso de que no se decrete la suspensión de la partición a petición del hijo extramatrimonial no reconocido y se proceda con dicho trámite en la sucesión sin incluirle, es posible que no tenga acceso a los bienes que le adjudiquen en cuando se rehaga la partición, dado que los primeros adjudicatarios pueden deshacerse de los bienes y no entregarle su cuota, quedando sólo un crédito a favor de éste. En tanto que el hijo matrimonial o adoptivo es incluido desde los inicios del proceso y se le adjudica su cuota, existiendo aún la posibilidad de que en caso de que no comparezca al proceso se le designe un curador que le administre los bienes.
5. En Colombia existen dos procedimientos para que el hijo extramatrimonial sea judicialmente declarado tal, uno es el especial (preferiblemente inter vivos), el cual es bastante expedito, pero no permite que se acumulen pretensiones adicionales a la declaratoria de la calidad de hijo o no del demandado. Otro es el proceso ordinario, que se adelanta en los eventos en los cuales el presunto padre ha fallecido. En ambos eventos debe practicarse la prueba de ADN., como lo ordena la ley 721 de 2001 y junto con otras pruebas, se reconoce la calidad de hijo, el proferimiento de una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada, la obligatoriedad de la práctica de la prueba, genera mayor certeza y facilita la toma de la decisión judicial, permitiendo a su vez, mayor celeridad en la toma de la decisión judicial que resuelva el caso concreto.
6. Con base en los planteamientos expuestos, si se tiene en cuenta que:
 - a. El artículo 42 de la Carta de Derechos contempla que no habrá discriminación por origen familiar.
 - b. Que el hijo extramatrimonial en proceso a que le sea reconocida su calidad de tal, cuenta con unas limitantes en el tiempo, para obtener efectos patrimoniales en la sucesión del padre – causante.
 - c. Que el hijo matrimonial o adoptivo solo requiere hacer presencia en la causa sucesoral y que en caso de que no se entere del proceso sucesoral y no se le haya respetado sus derechos a la sucesión

cuenta con el término máximo de prescripción para adelantar la acción de petición de herencia.

Es claro que se vulnera el derecho a la igualdad del hijo extramatrimonial en trámite a que se le reconozca por la jurisdicción su calidad de tal.

Ante tal eventualidad, el juez que conozca de la causa sucesoral debe decretar la suspensión de la partición (cuando el solicitante sea un hijo extramatrimonial que adelanta proceso judicial con miras al reconocimiento de su condición de tal) y que según la legislación “vigente” ha dado cumplimiento a las cargas que le impone el inciso final del artículo 10 de la ley 75 de 1968, esto es, *demandar la filiación acumulada con petición de herencia y notificar tanto a los herederos determinados como a los indeterminados el auto admisorio de la demanda en el término de dos años contados desde el momento de la muerte del causante.*

Por cuanto de esta forma se garantiza el derecho a la igualdad, el debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal del hijo extramatrimonial.

7. Al lado de ello, se puede decir que en estricto sentido lo que se presenta en el artículo 1387 del Código Civil, no es esencialmente un vacío legislativo, en razón a que la disposición que es complementada por el artículo 1388 del CC., y el 618 del CPC., es enunciativa y no taxativa de los eventos en los cuales debe el juez que conozca de la causa sucesoral decretar la suspensión de la partición.
8. Una interpretación más ajustada (del artículo 1387 del Código Civil), a la realidad jurídico social en la que se encuentra el hijo extramatrimonial en

proceso judicial de ser declarado tal, cuando paralelamente a su acción de filiación, los que gozan de la calidad de herederos, han iniciado el proceso de sucesión y no se ha hecho el trabajo de partición, sería el decreto de la suspensión de la partición en TODOS los casos, por parte del juez que conoce del proceso de sucesión, debido a que el trabajo de partición efectuado con antelación a esta declaratoria (de la calidad de hijo) variará sustancialmente, si se tratara de una sucesión ab intestato o inclusive en una testada por ser éste titular del primer orden sucesoral y consecuentemente gozar de la reserva legal de las asignaciones forzosas que se establecen para los descendientes.

9. Tal como atrás se dejó indicado, se reitera que, la Corte Constitucional en Sentencias como la C-221 de 1992, C-109 de 1995, C-004 de 1998, C-808 de 2002, entre otras, al hacer estudios sobre la filiación, ha dado cuenta del respeto por el principio y derecho a la igualdad, principio y derecho que exige el respeto por los derechos de los hijos sin discriminar si éstos son habidos en el matrimonio o fuera de éste.
10. Continuando con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, y teniendo claro que Ésta ha dicho en múltiples¹⁰⁹ pronunciamientos que el derecho a la filiación está encadenado al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se puede exigir que el estado colombiano en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, apoye los procesos de reconocimiento y filiación del infante para que el reconocimiento se dé preferiblemente en vida de los padres. Para ello, si es un derecho del niño a conocer su filiación, debe ser una exigencia legal el exhortar a la madre del niño para que de cumplimiento a indicar quién es el padre del infante, requerirlo para que haga el reconocimiento voluntario y en caso de renuencia se le inicie el proceso de filiación extramatrimonial

109 Véase entre otras: C-109 de 1995, T-329 de 1996, C-004 de 1998, T-488 de 1999, C-243 de 2001, C-807 de 2002, T-997 de 2003, T-411 de 2004, C-831 de 2006, T-875 de 2007

11. Todos estos planteamientos de la limitante en el tiempo para que nazcan al mundo jurídico los derechos patrimoniales de los hijos extramatrimoniales en búsqueda del reconocimiento de su calidad de tal, cambiaría con la introducción de una reforma legislativa al inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en la que el factor tiempo no correría en contra del hijo extramatrimonial que adelante acción de filiación extramatrimonial con petición de herencia.

BIBLIOGRAFÍA

ASENSI SABATER, José, “La época constitucional” Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

AWAD CUCALÓN, María Inés, Aspectos Jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia, Tesis, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.

BAUTISTA AVENDAÑO, Yaneth y otros. Efectos patrimoniales de los juicios de paternidad extramatrimonial. Tesis de la Especialización en Derecho de Familia. Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1993.

BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

BUENDÍA DE PUENTES, Gissela, y otros, PROCEDIMIENTO EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL, Tesis de la Especialización en Derecho Procesal Civil, UNAB, 1993.

CALDERÓN RANGEL, Avelino. Lecciones de Derecho Hereditario – Sucesión Ab intestato. Segunda Edición. Editorial UNAB Colección Letra Cátedra. Bucaramanga. 2005.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, en, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Enero a Marzo de 2002, ISSN 0212-6206, Civitas Ediciones SL., Madrid, España, 2002.

GADAMER, H. Verdad y Método I., Editorial sígueme, Salamanca, España, 1996.

GOMEZ SERRANO, Laureano. Hermenéutica jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá DC. 2008

LAFONT PIANETTA, Pedro, Derechos hereditarios de la filiación extramatrimonial, ediciones librería del profesional. Bogotá.

_____, Igualdad Sucesoral, Librería el Profesional, Bogotá, 1982

_____., Derecho de Sucesiones. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Librería del profesional. Bogotá.

_____., PROCESO DE SUCESIÓN, PARTE GENERAL, Ediciones Librería el profesional, tomo I, Tercera edición, Bogotá, 1993.

_____., Derecho de Familia – Derecho Marital – Filial – Funcional, Leyes 54 de 1990; 979 de 2005; 721 de 200; 1060 de 2006, Cuarta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2009

NARANJO OCHOA, Fabio, Derecho Civil Personas y de Familia, 12ª Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2009.

PARRA BENITEZ, Jorge. Derecho Civil General y de las Personas. Editorial Leyer. Bogotá. 2008

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. El proceso de Investigación de la paternidad. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2001.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, El ADN: Un tsunami genético que arrasó con el formulismo procesal. El nuevo proceso de filiación. En el nombre del Padre. En, Revista de Derecho y Genoma Humano, número 23, España, Julio a Diciembre de 2005.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, “La Acción de petición de herencia: una breve crónica jurisprudencial, en Revista de Derecho Patrimonial núm. 5 de 2000, Editorial Aranzadi SA., Pamplona, España, 2000.

Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI, XIII Congreso de Derecho de Familia, Abstracts aceptados, Sevilla – Huelva, 18 – 22 de Octubre de 2004, AG Servigraf SL., Director: Carlos Lassarte Álvarez.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

ESPINOSA PÉREZ, Beatriz, derecho a probar en juicios de filiación. Nuevas narrativas en giros doctrinales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, página web:

http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/espinosa_11.pdf.

MONTACANARO LACAYO, Irene y otro, Ley de paternidad responsable y registro civil, página web: http://www.tse.go.cr/revista/art/4/bolanos_num4.pdf

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia de julio 11 de 1983.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia de 3 de Octubre de 1991, MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 3616 de agosto 26 de 1993, MP. Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 11001 31 10 1995 05945 01, Sentencia de Noviembre 27 de 2007, MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 11001-3110-011-2002-00017-01, Sentencia del 17 de Julio de 2008 MP. Dr. William Namén Vargas.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-221 de 1992, Expediente D-006__, Sentencia de 29 de Mayo de 1992, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-047 de 1994, Expediente D-356, Sentencia de 10 de Febrero de 1994, MP. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-109 de 1995, Expediente D-860, Sentencia de 15 de Marzo de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-191 de 1995, Expediente T-55461, Sentencia de 27 de Abril de 1995, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-114 de 1996, Expediente D-934, Sentencia de 21 de Marzo de 1996, MP. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-595 de 1996, Expediente D-1267, Sentencia de 06 de Noviembre de 1996, MP. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia T-329 de 1996, Expediente T-94366, Sentencia de 25 de Julio de 1996, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-004 de 1998, Expediente D-1722, Sentencia de 22 de Enero de 1998, MP. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-488 de 1999, Expediente T-201.769, Sentencia de 09 de Julio de 1999, MP. (E). Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-800 de 2000, Expediente D-2731, Sentencia de 29 de Junio de 2000, MP. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-912 de 2000, Expediente T-304156, Sentencia de 17 de Julio de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-243 de 2001, Expediente D-3118, Sentencia de 27 de Febrero de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-979 de 2001, Expediente T-461168, Sentencia de 13 de Septiembre de 2001, MP. Jaime Córdova Triviño.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-1229 de 2001, Expediente T-488479, Sentencia de 22 de Noviembre de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-1243 de 2001, Expediente T-403.450 y 414.000 Sentencia de 27 de Noviembre de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-1342 de 2001, Expediente T-479.042, Sentencia de 11 de Diciembre de 2001, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-807 de 2002, Expediente D-3979, Sentencia de 03 de Octubre de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-808 de 2002, Expediente D-4018, Sentencia de 03 de Octubre de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-346 de 2002, Expediente T-469.656, Sentencia de 09 de Mayo de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-305 de 2003, Expediente T-670101, Sentencia de 10 de Abril de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-307 de 2003, Expediente T-638264, Sentencia de 11 de Abril de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-363 de 2003, Expediente T-677141, Sentencia de 08 de Mayo de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-997 de 2003, Expediente T-760401, Sentencia de 24 de Octubre de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-310 de 2004, Expediente D-4827, Sentencia de 31 de Marzo de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-411 de 2004, Expediente T-834043, Sentencia de 6 de Mayo de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-609 de 2004, Expediente T-859829, Sentencia de 17 de Junio de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-178 de 2005, Expediente D-5264, Sentencia de 01 de Marzo de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-204 de 2005, Expediente D-5354, Sentencia de 08 de Marzo de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-476 de 2005, Expediente D-5454, Sentencia de 10 de Mayo de 2005, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-489 de 2005, Expediente T-1046033, Sentencia de 12 de Mayo de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-985 de 2005, Expediente D-5737, Sentencia de 26 de Septiembre de 2005, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-1203 de 2005, Expediente T-1155932, Sentencia de 24 de Noviembre de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-831 de 2006, Expediente D-6218, Sentencia de 11 de Octubre de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1003 de 2007, Expediente D-6833, Sentencia de 22 de Noviembre de 2007, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-875 de 2007, Expediente T-1646120, Sentencia de 23 de Octubre de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-122 de 2008, Expediente D-6877, Sentencia de 13 de Febrero de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-228 de 2008, Expedientes D-6834 y D-6852, Sentencia de 05 de Marzo de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-690 de 2008, Expediente D-6939, Sentencia de 09 de Julio de 2008, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-740 de 2008, Expediente D-7152, Sentencia de 23 de Julio de 2008, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-860 de 2008, Expediente D-7189, Sentencia de 03 de Septiembre de 2008, MP. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-405 de 2009, Expediente D-7572, Sentencia de 17 de Junio de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.