



HIPÓTESIS Libre

REVISTA DIGITAL

Medio de divulgación de los programas
de posgrado de la Universidad Libre
seccional Cúcuta
Septiembre 2012. Año 2. N° 5

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente Nacional:

Francisco Sierra Reyes

Rector Nacional

Nicolás Zuleta Hincapié

Rector Seccional

Iván Vila Casado.

Presidente Seccional

Holger Cáceres Medina

Decana Facultad de Derecho

José Vicente Carvajal

Director del Centro de Investigaciones

Débora Guerra Moreno

DIRECTOR

Darwin Clavijo Cáceres

COMITÉ DE REDACCIÓN

Iván Vila Casado.

Holger Cáceres Medina

José Vicente Carvajal

Carlos Colmenares Uribe

Luis Alejandro Corzo

Hernando Perdomo

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
HIPÓTESIS libre

Revista Digital trimestral.

ISSN:

Derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de los artículos
citando la fuente y los créditos de los autores.

Los conceptos y opiniones expresados en los
artículos son responsabilidad de los autores y no
comprometen a la Universidad Libre.

Diagramación: Centro de Investigaciones
Universidad Libre Cúcuta.

Correspondencia:

dirinvestigaciones@unilibrecucuta.edu.co
Universidad Libre seccional Cúcuta. Avenida
Canal Bogotá Intersección Benjamín Herrera.
Cúcuta Norte de Santander Colombia.

CONTENIDO

LA PRESUNCIÓN DE DOLO EN LA INDIGNIDAD SUCESORAL POR OCULTAMIENTO DEL TESTAMENTO DEL CAUSANTE FRENTE AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA LIBERTAD DE LOS ASIGNATARIOS MORTIS CAUSA

Margy Ramírez Lázaro
Franklin Ramón Suárez
Juan Carlos Rivera Corredor

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, FRENTE AL DERECHO DE ALIMENTOS, EN LOS CASOS DE EXTREMA POBREZA, EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

César Rubén Pérez Gil

LA FILIACIÓN EN EL CASO DE LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN COLOMBIA

José Gabriel Lizcano Suárez
Jesús Enrique Rolón Rolón
Martha Patricia Rubio Hurtado

APLICACIÓN DE LA FIGURA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO COLOMBIA – ESPAÑA - ARGENTINA

Yeraldin Aguilar Manzano
Nohora Angelina Serrano Osorio

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCIÓN DE MENORES POR PARTE DE HOMOSEXUALES EN COLOMBIA AÑOS 2007 AL 2012

Daniel Andrés Camargo Rojas
Karen Aylin Márquez Pacheco

LA PRESUNCIÓN DE DOLO EN LA INDIGNIDAD SUCESORAL POR OCULTAMIENTO DEL TESTAMENTO DEL CAUSANTE FRENTE AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA LIBERTAD DE LOS ASIGNATARIOS *MORTIS CAUSA*

Margy Ramírez Lázaro
Franklin Ramón Suárez
Juan Carlos Rivera Corredor

RESUMEN

El presente escrito tiene por objeto plantear la definición legal de la indignidad sucesoral, como motivo justificado jurídicamente para excluir a un asignatario de sustituir a un causante en su patrimonio; y dentro de dicha institución evaluar la pertinencia constitucional de dicha sanción legal bajo la relación enlistada *númerus clausus* del numeral quinto del artículo 1025 del Código Civil, que consagra la presunción de dolo por una conducta del asignatario *mortis causa*.

PALABRAS CLAVES

Sucesión, indignidad sucesoral, ocultamiento, detención, testamento, presunción de dolo, Constitución, buena fe.

ABSTRACT

This writing is intended to raise the legal definition of the indignity as legally justified reason to exclude an inheritor in its heritage and within that institution to assess the relevance of constitutional legal relationship under the sanction listed *numerous clausus* in the fifth paragraph of article 1025 of the Civil Code, which establishes the *dolo* conjecture for a conduct of the *mortis causa* inheritor.

KEY WORDS

Succession, indignity, concealment, detention, will, *dolo* conjecture, good faith, Constitution.

1. LA SUCESIÓN HEREDITARIA

Cuando una persona fallece el patrimonio del que es titular al momento de su defunción se transmite a sus causahabientes, a sus asignatarios, herederos y legatarios. Bajo esta acepción nuestro ordenamiento jurídico entiende la sucesión por causa de muerte, de acuerdo con el artículo 673 del Código Civil que señala que es un modo de adquirir el derecho real de propiedad o dominio. De esta manera el asignatario recibe la titularidad del patrimonio del obitado configurándose la transmisión de todos los derechos de que este está compuesto. Los romanos también dijeron *“Nihil est aliud hereditas quam successio in universo miusquod defunctus habuit”*¹

1.1 REQUISITOS PARA SUCEDER MORTIS CAUSA

Unánimemente la doctrina nacional mas autorizada² ha considerado que la capacidad de goce y la dignidad del asignatario *mortis causa* se constituyen en los presupuestos legales para optar válidamente por el ejercicio de los derechos derivados de la sucesión hereditaria o legal. Afirma sobre el punto el profesor Roberto Ramírez Fuertes³*“Todos son capaces para gozar del derecho a heredar, supuesto que es un atributo para recibir el llamamiento del que disponen el concebido, el impúber, el interdicto o el enfermo mental. Y todos son dignos para gozar la asignación, a menos que exista sentencia que al declararlo indigno lo separa de los bienes herenciales.”*

Esa posición jurisprudencial cuenta con el firme apoyo del ordenamiento jurídico colombiano ya que el artículo 1018 del Código Civil dispone que *“será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna”*.

Sin entrar a desarrollar el tema de la incapacidad sucesoria como motivo de exclusión de la herencia, que no es el objeto de este escrito, sólo digamos que no es absoluto el postulado que consagra el ordenamiento jurídico y del que antes se hiciera mención. En efecto, pensemos en los derechos del hijo no nacido o hijo

¹*“la herencia no es otra cosa más que la sucesión en la totalidad de los derechos que tuvo el difunto”*.

² RAMÍREZ F., Roberto. Las Sucesiones. Sexta Edición. Temis. Bogotá.2003. p. 39; CARRIZOSA P., Hernando. Las Sucesiones. Editorial Librería Voluntad S.A. Bogotá. 1941 p. 102; TAMAYO L., Alberto. Manual de las sucesiones. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá. 2008. p. 53; SUAREZ F., Roberto. Derecho de sucesiones. Quinta Edición. Temis. Bogotá. 2007. p. 105; VALENCIA Z., Arturo. Derecho Civil Tomo VI sucesiones. Cuarta edición. Temis. Bogotá. 1977. p. 30

³RAMIREZ F., Roberto *Op. Cit.* p. 38

póstumo o en las disposiciones testamentarias a favor de personas que no existan pero que se espera que existan en un lapso de tiempo determinado (10 años).

2. LA INDIGNIDAD SUCESORAL

Considerar la indignidad para heredar y la renuncia a la herencia no es solo de trascendencia para la legitimación hereditaria sino adicionalmente para determinar el derecho a la legítima y a los legados. Indica el derecho comparado⁴ que dicha institución *“procede del derecho imperial romano, en el cual, sin embargo, se echa de menos una directriz fundamental única, pues aceptó un principio tan extraño a la institución cual el de que lo expropiado al heredero o legatario a causa de su indignidad debiera recaer en el fisco. Sólo en casos excepcionales recaían los bona ereptoria en otras personas que se habían distinguido por su misericordia respecto del causante o eran señaladas por su última voluntad”* dicha concepción original encuentra Binder no se compadece con la concepción del patrimonio dejado a un indigno en el derecho germano, *“aparecía absurdo que el fisco adquiriera algo de la herencia por confiscación, mientras existieran parientes del causante. Por consiguiente, ya en el derecho común se hizo patente la tendencia a que la parte de la herencia que no pudiera recibir el indigno fuera destinada los restantes herederos, y el derecho general territorial prusiano se inspiró en ella al conceder una pretensión a la liberalidad o a la cuota sucesoria, caso de indignidad del favorecido, a aquel que hubiera sido heredero si el favorecido no hubiera existido. De aquí procede en lo esencial la regulación del instituto en el Código Civil, el cual ha llegado a un fundamento unitario.”*⁵

Así mismo Valencia Zea⁶ agrega al origen romano de la institución la circunstancia de que el derecho imperial organizó otras causas de indignidad: la falta de persecución judicial de los asesinos del causante; promesa secreta hecha al testador de transmitir la herencia o parte de ella a un incapaz; matrimonio del magistrado con mujer de la provincia en que ejerce el cargo; destrucción del testamento del padre por parte del hijo con el fin de suceder *ab intestato*, librándose del pago de los legados; falta de asistencia al causante furioso, u omisión del rescate del cautivo.

⁴ BINDER, Julius. Derecho de sucesiones. Leyer. Bogotá. 2006. p. 269 a 271

⁵*Ib.*, p. 270

⁶ VALENCIA Z., Arturo. Derecho Civil Tomo VI. Séptima edición. Temis. Bogotá. 1988, p. 57 a 67

Contiene el Código Civil colombiano una institución jurídica que enraizada en el sistema sucesorio de nuestro ordenamiento jurídico que hoy día aparece desdibujada y no cubierta de la claridad necesaria que dada la trascendencia de su consecuencia le sería necesaria. El texto sustancial, artículo 1025 del Código Civil, se ocupa de enlistar como figuras de exclusión de la herencia suscitada por el comportamiento del heredero o más generalmente del llamado a suceder para con el *de cuius*, a las que se adicionan motivos de declaración de indignidad en los cuatro artículos siguientes del Código. Sin embargo, el texto legal no se ocupa de definir o por lo menos esbozar los rasgos característicos de la institución en cuestión.

De allí que el concepto se haya perfilado principalmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina⁷ como *“aquella sanción civil de pérdida total o parcial de derechos sucesorales, impuesta por la ley y que debe ser declarada judicialmente contra aquel asignatario que ha cometido ciertos actos u omisiones que eliminan y disminuyen su mérito para recoger o retener la asignación que le ha sido deferida con respecto a cierto causante”* Igualmente Baudry-Lacantinerie citado por Fernando Vélez⁸ *“es una exclusión de la sucesión pronunciada como pena contra el heredero que se ha hecho culpable respecto del difunto o de su memoria de ciertos hechos limitativamente determinados por la ley. La indignidad supone la capacidad”*

Como se ha dicho la naturaleza de la indignidad corresponde a la de pena y precisamente por ello no tiene existencia sino desde que ha sido declarada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1031 del Código Civil previo el adelantamiento del correspondiente juicio con sujeción a las garantías procesales protegidas por la Constitución Política⁹, que no admite la imposición de pena alguna – ni siquiera en el ámbito civil- De otra parte corresponde señalar que la indignidad no procede *ipso jure* no tiene efectos de pleno derecho.

Cuando se declara judicialmente la indignidad el declarado indigno es obligado a restituir la asignación con todos sus accesorios y frutos de acuerdo con la preceptiva del artículo 1031 del Código Civil pues como lo indica el aforismo romano *potest capere sed non potest retinere*¹⁰ pierde todo el derecho a la sucesión y se

⁷ LAFONT P., Pedro. Derecho de sucesiones Tomo I. parte general y sucesión intestada. Novena edición. Librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá. 2010. P. 261 282

⁸ VELEZ, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano tomo IV. Imprenta París-América. París. Sin fecha. p. 48, 49

⁹ Constitución Política, artículo 29

¹⁰ *El indigno puede tomar, pero no conservar* En: RIVAS M., Juan. Derecho de sucesión, común y foral tomo I. Cuarta edición. Editorial Dykinson. Madrid. 2003, p. 992

considera que nunca ha sido heredero¹¹, la sentencia que se profiere tiene efectos retroactivos¹².

2.1 CAUSALES DE INDIGNIDAD DEL ARTICULO 1025 DEL CODIGO CIVIL¹³

Indignidad por homicidio del causante. Causal que afecta al que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del causante o ha sido partícipe en la consumación del injusto, es decir se trata de la comisión de homicidio doloso, es decir, con *animus occidendi*, no se incluye el homicidio culposo o preterintencional y envuelve tanto al autor material como a los demás intervinientes en calidad de sujetos activos. De otra parte es pertinente señalar que las causales de justificación dentro del proceso penal impiden la prosperidad de la indignidad sucesoral por este motivo.

Indignidad por haber cometido un atentado. Quien comete un atentado grave contra la vida, el honor o los bienes del *de cuius*, o de su cónyuge o cualquiera de sus ascendientes o descendientes debidamente acreditada mediante sentencia ejecutoriada. El atentado debe ser grave, es decir, no es cualquier atentado el que configura la causa de indignidad, debidamente estimada por el juez. Como ejemplo de tales atentados pueden citarse la tentativa de homicidio o las lesiones personales- contra la vida- la calumnia o la injuria –contra el honor- el hurto o el abuso de confianza –contra los bienes- La naturaleza de la providencia que imponga la sanción no tiene que ser penal, puede ser civil (la que pruebe por ejemplo las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges –causal 1ª del artículo 154 del Código Civil¹⁴-

Indignidad por omisión de socorro. Quien en el estado de demencia o destitución del causante de cuya sucesión se trata siendo consanguíneo de este, hasta dentro del sexto grado, no lo socorrió pudiendo es indigno de suceder al causante.

2.1.2 CAUSAL QUINTA DEL ARTICULO 1025 DEL CODIGO CIVIL

¹¹CARRIZOSA P., Hernando. Las Sucesiones. Editorial Librería Voluntad S.A. Bogotá. 1941, p.121

¹²*Ex tunc, ib.*

¹³PARRA B., Jorge. Derecho de sucesiones. Universidad de Medellín. Medellín. 2010, p. 109 119

¹⁴Modificado por el artículo 6º de la ley 25 de 1992

El análisis de esta causal se presenta acudiendo a la doctrina colombiana¹⁵ pues en otras legislaciones como la española¹⁶ o la argentina¹⁷ no consagran la presunción de dolo en la actualidad.

Señala Carrizosa Pardo que¹⁸ *“la redacción de este texto en cuanto parece dar a entender que la ocultación o detención de cualquier testamento apareja la grave pena de indignidad; pero es indudable que la sanción no es procedente cuando el testamento ocultado es uno anterior, ya revocado, que ningún efecto puede tener en la sucesión del de cuius, la ley se refiere al testamento que, de ser conocido, queda vigente y tiene efectos”*.

De acuerdo con dicho precepto es indigno de suceder a un causante *“El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación”*.

En relación con los antecedentes históricos de la causal señala Carrizosa¹⁹:

“Esta causal que se encuentra expresada en artículo separado (el 1129) del proyecto de 1853, y formando un solo artículo en el inédito (1127), fue tomada del derecho español, como lo dice Bello, y su tradición es remotísima; en el Fuero Juzgo

¹⁵RAMIREZ F., Roberto. Las Sucesiones. Sexta Edición. Temis. Bogotá.2003.; CARRIZOSA P., Hernando. Las Sucesiones. Editorial Librería Voluntad S.A. Bogotá. 1941; TAMAYO L., Alberto. Manual de las sucesiones. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá. 2008.; SUAREZ F., Roberto. Derecho de sucesiones. Quinta Edición. Temis. Bogotá. 2007.; VALENCIA Z., Arturo. Derecho Civil Tomo VI sucesiones. Cuarta edición. Temis. Bogotá. 1977. PARRA B., Jorge. Derecho de sucesiones. Universidad de Medellín. Medellín. 2010; LAFONT P., Pedro. Derecho de sucesiones Tomo I. parte general y sucesión intestada. Novena edición. Librería ediciones del profesional. Bogotá. 2010; JARAMILLO C., Armando. Sucesiones procedimiento ante jueces y notarios. Ediciones doctrina y ley. Cuarta edición. Bogotá. 2009; VERBEL A., Carlota. Manual de derecho sucesoral. Leyer. Bogotá. 2007;

¹⁶ LASARTE, Carlos. Derecho de sucesiones Tomo VII. Quinta edición. Marcial pons. Madrid. 2008., p. 37 41; LACRUZ B, José Luis y otros. Elementos de derecho civil V sucesiones. Cuarta edición. Dykinson. Madrid. 2009, p. 59 a 65; RIVAS M., Juan J. Derecho de sucesión, común y foral. Tomo I. Cuarta edición. Editorial Dykinson. Madrid. 2003, p. 991 a 1022; REBOLLEDO V., Ángel L (coord...). La familia en el derecho de sucesiones, cuestiones actuales y perspectiva de futuro. Dykinson. Madrid. 2010; SANMARTIN E., Fernando y otra. Esquema de sucesiones y herencias. Segunda edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010; LACALLE S., Elena y otros. Sucesiones y herencias. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008; JORDANO F., Francisco. Indignidad sucesoria y desheredación. Editorial comares. Granada 2004; MENA-BERNAL E. María José. La indignidad para suceder. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

¹⁷ MEDINA, Graciela. Proceso sucesorio. Tomo I. Tercera edición. Rubinza culzons editores. Santafé. 2011; ZANNONI, Eduardo. Manual de derecho de las sucesiones. Quinta edición. Astrea. Buenos Aires. 2010, p. 82 100.

¹⁸CARRIZOSA P., Hernando. *Op.cit.*, p. 128

¹⁹*Ib.*

(Ley XIII, Tít. V, Lib. II) y el Fuero Real (Ley XIV, Tít. VI, Lib. III) se encuentra mandato igual al contenido en la ley V, Título XVIII, Libro X, de la Novísima Recopilación”²⁰

El antecedente legislativo remoto del precepto señalaba que “*Todo hombre que fuere cabezalero²¹ de algún testamento, muéstrelo ante el Alcalde fasta un mes, y el Alcalde, fágalo leer ante sí públicamente; y si el cabezalero esto no cumpliere, pierda lo que debe haber de la manda, y denlo por el alma del difunto; y eso mismo sea de todo hombre que tuviere el testamento, y no lo mostrare ante el Alcalde como dicho es, aunque no sea cabezalero; y si ninguna cosa hubiere mandado en el testamento, pague daño a la parte, y dos mil maravedís para la nuestra Cámara*”.

Dicha causal se considera materializada sólo si el testamento es cerrado y se encuentra en poder de la persona que despliega la conducta torticera. No puede tratarse en ningún caso de testamento abierto, nuncupativo o público, pues como su nombre lo indica, la publicidad permite que dicho instrumento pueda ser conocido y de él puedan obtenerse copias.

Hay que tener en cuenta que es de difícil ocurrencia tal conducta a partir de la vigencia del decreto 960 de 1970²² ya que hoy día el testamento cerrado permanece bajo la custodia del notario.

Contempla la causal dos conductas distintas, pero igualmente malintencionadas o dolosas: “la detención” del testamento, es decir que el indigno tiene el testamento sin darlo a conocer al funcionario competente. De otra parte “la ocultación” que ocurre cuando el indigno conoce de la existencia y el lugar donde se encuentra el testamento, aunque no lo tenga en su poder, pero guarda silencio en relación con dicha situación prohiendo una distribución del patrimonio del causante de manera diversa a la dispuesta en su memoria.²³ Adicionalmente Lafont Pianetta²⁴ señala que “*Las conductas tipificadas como causales son la “detención u “ocultamiento” del testamento: la primera indica retención pública o conocida, y la segunda, distraer el lugar donde se encuentra a la existencia misma u otro aspecto a*

²⁰El texto de la novísima recopilación puede ser visto en la web en la dirección: <http://books.google.com.co/books?id=wdzUAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>. Visto por última vez el 20 de septiembre de 2012.

²¹Persona que hacía cabeza entre quienes llevaban foro, y cobraba y pagaba el canon por todos, entendiéndose con el dueño. <http://lema.rae.es/drae/?val=cabezalero> visto por última vez el 20 de septiembre de 2012

²²Artículo 59

²³VERBEL A., Carlota. *op. cit.*, p. 87

²⁴LAFONT P., Pedro. *Opt cit.*, p. 267

fin de impedir de que los interesados puedan hacerlo valer dentro del proceso de sucesión y, de esta manera, lograr la ejecución de la voluntad testamentaria del difunto. Por lo tanto, consideramos como ocultamiento la falsificación parcial o total de un testamento con lo cual se pretende ocultar la ejecución de la voluntad del difunto emitida expresamente por un testamento, tácitamente por el medio de la sucesión abintestato”²⁵

Es necesario tener en cuenta el artículo 2 del decreto 902 de 1988 en su inciso final, que dispone “*La ocultación de herederos, del cónyuge supérstite, de legatarios, de cesionarios de derechos herenciales, del albacea, de acreedores, de bienes o testamento, y la declaración de pasivos no existentes, hará que los responsables queden solidariamente obligados a indemnizar a quienes resulten perjudicados por ella, sin perjuicio de las sanciones que otras leyes establezcan”.*

A pesar de que no es común en este caso se presume dolo del que detiene u oculta el testamento, no obstante que en lo general el dolo no se presume²⁶ “*es natural que se suponga que tiene intención positiva de perjudicar a otro, mientras no justifique su procedimiento.*”

A pesar de lo dicho otro doctrinante²⁷ pone reparos a la consagración del dolo, glosa la presunción que se establece por la sola detención u ocultación, que invierte la carga de la prueba, teniendo que el ocultador ser obligado a probar su buena fe, la carencia de dolo para sustraerse a la pena de la indignidad. Que es una regla general del derecho que el dolo no se presume por cuanto los actos humanos se consideran inocentes y no dañinos, hasta que obre prueba en contrario. El que atribuye a otro la intención dañosa, debe probarla. La presunción de dolo, *juris tantum*, inferida de la ocultación o detención del testamento exime al actor de probarlo y se da por probado si el ocultador no desvanece lo que en su contra se presume.

3. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA BUENA FE²⁸

²⁵ LAFONT señala en cita de pie de página: “*En nuestra legislación, a diferencia de la italiana (art. 464, num. 6), no se consagra expresamente como indigno a ‘quien ha formado un testamento falso o ha hecho a sabiendas uso del mismo (Cons. Barbero, ob. Cit. No. 1033, III; Fassi..., p. 12), pero que sí queda comprendida dentro de la causal segunda del artículo 1025 porque estas conductas constituyen un ‘atentado grave contra los bienes de la persona de cuya sucesión se trata’, y además, también quedan incluidas en esta 5ª causal.*”

²⁶ VELEZ, Fernando. *Op cit.*, p. 54

²⁷ CARRIZOSA, Hernando. *Op. Cit.* p. 129

²⁸ ESGUERRA P., Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Primera edición. Legis. Bogotá. 2004, p. 62 81; VALENCIA Z., Arturo. Derecho Civil. Parte general y personas. Tomo I. Temis. Santafé de Bogotá. 2000; CHARRIA S.,

El concepto de buena fe fue obra de los romanos. Una buena parte de dicho ordenamiento jurídico fue edificado sobre la base de las nociones de *fides* y *bona fides* que ínsito tienen unos elementos esenciales comunes: lealtad y confianza²⁹.

La buena fe constituye el reconocimiento de un estándar de comportamiento enraizado en el pensamiento colectivo, el valor de la palabra empeñada carácter fundamental de las relaciones entre las personas.

La costumbre popular fue evolucionando hasta convertirse en regla de derecho –exigibilidad y coercibilidad– a través de la utilización de medios jurídicos³⁰. La noción transitó de ser conducta esperada de una persona o la que ésta debía observar obligatoriamente. Posteriormente la buena fe se erigió en principio general del derecho en marco de referencia para muchas normas e instituciones jurídicas. Dicho principio señala el profesor Esguerra “convirtió los valores de lealtad y confianza en arquetipos imperativos de conducta social, y en consecuencia, afirmó de modo rotundo que uno y otro deben presuponerse en buen número de las relaciones de derecho que se establecen entre los individuos y muy particularmente en las de tipo contractual”³¹

La buena fe se bifurca en dos aspectos: en primer lugar cada persona debe usar para con quien tiene una relación jurídica, una conducta sincera, es decir, ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo lugar, cada individuo tiene el derecho de esperar de otro esa misma norma de comportamiento. En el primer caso se trata de la buena fe activa y en el segundo de una buena fe pasiva³².

Juan Manuel. Reflexiones constitucionales. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez. Reimpresión. Bogotá. 2006; RODRIGUEZ M., Vanessa y otros. La buena fe procesal en los juicios concursales. Universidad Libre de Colombia. Pereira. 2004; LOPEZ G., Fabián. Principios constitucionales del derecho comercial. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá. 2003; TAMAYO L., Alberto. Manual de obligaciones. Séptima edición. Ediciones doctrina y ley. Bogotá. 2008; VILA C., Iván. Reflexiones constitucionales. Universidad Libre seccional Cúcuta. San José de Cúcuta. 2011.

²⁹ ESGUERRA P., Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Primera edición. Legis. Bogotá. 2004, p. 62 81. En dicho texto el autor señala a pie de página “En punto de la etimología, el sentido y alcance jurídicos que en el derecho romano tuvieron las dos expresiones que se comentan, consúltese, por ejemplo, la obra de Amelia Castresana, *Fides, Bona Fides: un concepto para la creación del derecho* (Ed. Tecnos. Madrid, 1991), que, además, contiene una muy completa bibliografía sobre el tema”

³⁰ESGUERRA,... *op cit.*, p. 63

³¹*Op. Cit.*, p. 66

³²VALENCIA Z., Arturo. Derecho Civil. Parte general y personas. Tomo I. Temis. Santafé de Bogotá. 2000, p. 185

En el Código Civil colombiano la principal referencia se relacionaba específicamente con el régimen de bienes y contratos,³³ es decir, circunscrita a la usucapión y a la ejecución de los últimos. De otra parte el Código de Comercio también referencia el principio de la buena fe con los contratos en relación con su consumación y ejecución³⁴.

La constitucionalización de la buena fe como postulado y presunción *juris tantum*³⁵ en la Carta Política de 1991 tuvo como antecedente el proyecto formulado por los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente Drs. Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero quienes propusieron el siguiente texto: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Esta se presumirá en toda actuación de los particulares ante las autoridades. No obstante, la ley determinará los modos de desvirtuar dicha presunción, los eventos en los cuales se perderá el beneficio de la misma y las sanciones a que haya lugar”*³⁶ Se pretendía en palabras de los delegatarios en formular la buena fe como un postulado constitucional y convertirla en una auténtica regla de conducta de aplicación inmediata, en fuente directa de derechos y obligaciones. La idea del constituyente fue clara, convertir el viejo principio jurídico de la buena fe en un precepto vivo y universal del derecho, útil adicionalmente para inspirar y liderar el cambio cultural que se requiere para volver a hacer de la sinceridad, de la confianza y del honor a la palabra empeñada, la regla moral de oro de las relaciones sociales³⁷.

³³ *“Artículo 764. La posesión puede ser regular o irregular.*

Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión...”

Artículo 768. La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.

“Así, en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

“Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena.

“Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”

“Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”

³⁴ *“Artículo 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.*

“Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

³⁵ Constitución Política, artículo 83. *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”*

³⁶ Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 24 (Gaceta Constitucional No. 19 del 11 de marzo de 1991, p. 3)

³⁷ ESGUERRA P.,...*op. cit.*, p. 74

Entonces el principio constitucional consagrado en el artículo 83 superior ya no es un *desiderátum* sino un imperativo que obliga a todos por igual, a los particulares y a las autoridades públicas, una regla jurídica de alcance general que impone el deber perentorio de ceñir a la verdad todas sus actuaciones públicas³⁸ y ese comportamiento debe darse por supuesto sin necesidad de probar o demostrar nada distinto en las actuaciones que entre unos y otros se adelanten. Se trata de favorecer a los particulares de la arbitrariedad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de desarrollar el concepto y lo ha definido como arco total de las instituciones colombianas en virtud del énfasis que en la materia introdujo la Carta de 1991, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán partir de supuestos que lo desconozcan, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada³⁹. La buena fe informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Las complejas características de la vida moderna, exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante al ejercicio de los derechos.⁴⁰ La Corte ha señalado que se ha definido la buena fe en la firme creencia que quien actúa lo hace dentro de la legalidad y en ausencia de actuaciones fraudulentas que vaciarían el contenido de esta. Cuando se demuestra la buena fe, al juez no le queda camino diferente al reconocimiento fáctico de que la actuación del particular no se desarrolló conforme a ésta⁴¹. De otra parte también ha señalado que la buena fe milita a favor de los particulares, en la balanza Estado-administrados hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos⁴².

La buena fe debe amparar todo tipo de actividad como principio general de derecho tanto de los particulares como de las autoridades públicas tanto en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones. El objetivo es siempre la búsqueda del bienestar general y que se relaciona con el ser humano en su actuar independientemente que se encuentre consagrado en disposiciones legales o en la Constitución Política⁴³

³⁸ *Ibid.*, p. 75

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-487 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencias T 499 de 1992, C-245 de 1993, SU 478 de 1997

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería

⁴³ CHARRIA S., Juan Manuel. Reflexiones constitucionales. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez. Reimpresión. Bogotá. 2006, p. 66

4. EL DOLO⁴⁴

Se trata de uno de los vicios del consentimiento y está definido en el artículo 63 del Código Civil como “*La intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”. Ninguna otra norma del Código hace referencia en concreto al dolo como vicio del consentimiento. Los romanos lo definieron de una manera bastante descriptiva “*omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, diciendum, alterum adhibita*”⁴⁵También ha sido definido como “*las maniobras fraudulentas, engaños, mentiras, reticencias de que una persona se sirve para engañar a otra con ocasión de un contrato*”⁴⁶

Originalmente en Roma el dolo no constituía causa de invalidez del acto jurídico. Dicha ineficacia advino por vía de excepción (*exceptio doli*) contenida en el principio de la *bona fides* que se consideraba incorporado en toda fórmula procesal como una concepción protectora de la buena fe. Es decir, se pasa a una perspectiva más objetiva. Solución objetivista que adoptó el antiguo derecho francés cuando Pothier recordaba que “*sólo lo que hiere abiertamente la buena fe, ante el fuero externo o interno, es considerado como un verdadero dolo*”⁴⁷

La teoría del dolo es aplicable como regla general a todos los actos jurídicos, con excepción del matrimonio cuyas causas de nulidad son *numerus clausus* y encierran, todas ellas, la fuerza y el error como motivos determinantes.

Principio importante resalta Tamayo Lombana⁴⁸ es la no presunción del dolo consagrado por el artículo 1516 del Código Civil y acorde con aquel otro expresado por el artículo 769 del mismo código, según el cual, se presume la buena fe de las personas; a lo que agregamos uno tal vez de mayor peso cual la consagración de la buena fe como postulado constitucional en el canon 83 de la Carta Política.

⁴⁴VALENCIA Z., Arturo. Derecho Civil. Parte general y personas. Tomo I. Temis. Santafé de Bogotá. 2000; TAMAYO L., Alberto. Manual de obligaciones. Séptima edición. Ediciones doctrina y ley. Bogotá. 2008; CARRANZA, Jorge. El dolo en el derecho civil y comercial. Astrea. Buenos Aires. 1978

⁴⁵ Es decir, toda astucia, mentira, maquinación empleada para envolver, engañar o estafar a otro. Labeon, *Digesto 4.3, 1, 2* En: TAMAYO L., Alberto. Manual de obligaciones. Séptima edición. Ediciones doctrina y ley. Bogotá. 2008, p. 241

⁴⁶WEILL, Alex y otro. Droit civil.Les obligations. Paris. Dalloz.1975, num. 179. En: TAMAYO..., *op cit.* , p. 241

⁴⁷Tratado de las obligaciones. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. 1969., p. 28. En: CARRANZA, Jorge. El dolo en el derecho civil y comercial. Astrea. Buenos Aires. 1978, p. 25

⁴⁸TAMAYO L., Alberto. *Op.cit.*, p. 257

Aunque excepcionalmente hay casos en los que la ley presume el dolo: a) el error de derecho en materia de posesión constituye una presunción de mala fe (presunción de derecho; C.C., art. 768, parte final); b) se presume dolo del heredero o legatario por el solo hecho de la ocultación del testamento (art. 1025, num. 5°); c) se presume dolo del albacea por llevar a efecto alguna disposición testamentaria contraria a la ley (art. 1358); se presume dolo del que apuesta si sabe que se verificará o se ha verificado el hecho de que depende la apuesta (art. 2284)

5. LA SENTENCIA C-544 DE 1994⁴⁹

Mediante la sentencia en mención la Corte Constitucional decidió una demanda de inconstitucionalidad promovida contra algunas normas del Código Civil. Uno de los preceptos atacados en el juicio de exequibilidad fue precisamente el numeral 5° del artículo 1025.

Los demandantes consideraron que los apartes acusados de las normas transcritas, desconocían el principio de la buena fe elevado a rango constitucional por el artículo 83 de la Constitución, pues, en su concepto, el legislador no puede establecer presunciones de mala fe, tal como se hizo en los artículos demandados. Por lo tanto pidieron a la Corte se declarara la inconstitucionalidad sobreviniente de dichos apartes, por ser contrarios a un mandato expreso de la Constitución: la presunción de buena fe. Citaron en su apoyo varios precedentes jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y algunas discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente que no fueron citadas en el texto de la sentencia en mención.

En sus consideraciones iniciales señaló la Corte que:

“Dispone el artículo 83 de la Constitución:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”.

La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de

⁴⁹ Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejía

proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.

Teniendo en cuenta lo anterior, a primera vista, el artículo transcrito parecería inútil. ¿Por qué se incluyó en la Constitución? La explicación es sencilla: se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe. En la exposición de motivos de la norma originalmente propuesta, se escribió:

"La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal". (Gaceta Constitucional No. 19. Ponentes: Dr. Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Pág. 3)

Claro resulta por qué la norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas.

Es, pues, una norma que establece el marco dentro del cual deben cumplirse las relaciones de los particulares con las autoridades públicas. Naturalmente, es discutible si el hecho de consagrar en la Constitución la regla de la

buena fe, contribuya a darle una vigencia mayor en la vida de relación, o disminuya la frecuencia de los comportamientos que la contrarían."

Finalmente adentrándose en torno a la exequibilidad de la norma en cita estimó la Corte que *"El cargo contra la presunción simplemente legal que se establece en la parte final del ordinal 5o., del artículo 1025, se rebate fácilmente si se tiene en cuenta que la ley se ha limitado a consagrar una presunción que admite prueba en contrario. Es claro que el solo hecho de detener u ocultar un testamento indica el propósito de violar la ley, al desconocer la voluntad de su autor. Pero, queda al responsable del hecho la posibilidad de demostrar que no procedió dolosamente, sino impulsado por motivos lícitos. De otra parte, no es exacto afirmar que el dolo "es equivalente a la mala fe". El dolo, según la definición del último, inciso del artículo 63 del Código Civil, "consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". La mala fe "es el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto, o de los vicios de su título."*

A partir de una interpretación literal de las normas pertinentes, la Corte consideró que la mala fe y el dolo presunto por ocultación o detención del testamento no son términos unívocos y que es posible entonces que el legislador consagre la presunción del dolo gravitando sobre el ocultador y como se trata de una presunción legal el sujeto activo puede desprenderse de la sanción probando que no ocultó la memoria de su causante.

6. CONCLUSIONES

La sucesión hereditaria o *mortis causa* es una forma de sustituir a la persona difunta en la titularidad de los derechos que ostentaba sobre su patrimonio.

La dignidad es un presupuesto para la condición de optar por la vocación de ser sucesor de un causante y toda persona que se pretenda sucesor de un causante se considera *ab initio* provista de esa prerrogativa.

La indignidad es una sanción civil dirigida a desvirtuar la presunción de dignidad del que está provisto el asignatario, heredero o legatario.

Las causas o motivos de indignidad son *numerus clausus*, es decir, están consagradas taxativamente en el Código Civil y fuera de ellas no se puede declarar indignidad alguna.

La buena fe es un postulado constitucional que irradia el ordenamiento jurídico y con su constitucionalización se ha constituido en un imperativo no ya legal ni limitado a la adquisición del derecho real de propiedad o dominio sobre los bienes o sobre la formación o ejecución de los contratos.

El dolo en su acepción objetivista se considera como lesión al postulado de la buena fe que se encuentra en las relaciones interpersonales y puede constituirse *latu sensu* como una consagración legal de la mala fe de uno de los partícipes pues ningún texto legal en el ordenamiento jurídico colombiano se encarga de definirla.

Es posible que la sentencia C-544 de 1993 proferida por la Corte Constitucional no hubiese considerado que el dolo es una acepción de la mala fe y que como tal contraviene el precepto constitucional que consagra el artículo 83 de la Constitución Política.

BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Julius. Derecho de sucesiones. Leyer. Bogotá. 2006.

CARRANZA, Jorge. El dolo en el derecho civil y comercial. Astrea. Buenos Aires. 1978

CARRIZOSA P., Hernando. Las Sucesiones. Editorial Librería Voluntad S.A. Bogotá. 1941

CHARRIA S., Juan Manuel. Reflexiones constitucionales. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez. Reimpresión. Bogotá. 2006

JARAMILLO C., Armando. Sucesiones procedimiento ante jueces y notarios. Ediciones doctrina y ley. Cuarta edición. Bogotá. 2009

JORDANO F., Francisco. Indignidad sucesoria y desheredación. Editorial comares. Granada 2004

LACALLE S., Elena y otros. Sucesiones y herencias. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008

LACRUZ B, José Luis y otros. Elementos de derecho civil V sucesiones. Cuarta edición. Dykinson. Madrid. 2009

LAFONT P., Pedro. Derecho de sucesiones Tomo I. parte general y sucesión intestada. Novena edición. Librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá. 2010.

LASARTE, Carlos. Derecho de sucesiones Tomo VII. Quinta edición. Marcial pons. Madrid. 2008.

LÓPEZ G., Fabián. Principios constitucionales del derecho comercial. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá. 2003

MEDINA, Graciela. Proceso sucesorio. Tomo I. Tercera edición. Rubinza culzons editores. Santafé. 2011

MENA-BERNAL E. María José. La indignidad para suceder. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

PARRA B., Jorge. Derecho de sucesiones. Universidad de Medellín. Medellín. 2010

RAMIREZ F., Roberto. Las Sucesiones. Sexta Edición. Temis. Bogotá.2003.

REBOLLEDO V., Ángel L (coord...). La familia en el derecho de sucesiones, cuestiones actuales y perspectiva de futuro. Dykinson. Madrid. 2010

RIVAS M., Juan. Derecho de sucesión, común y foral tomo I. Cuarta edición. Editorial Dykinson. Madrid. 2003

RODRIGUEZ M., Vanessa y otros. La buena fe procesal en los juicios concursales. Universidad Libre de Colombia. Pereira. 2004

SANMARTIN E., Fernando y otra. Esquema de sucesiones y herencias. Segunda edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010

SUAREZ F., Roberto. Derecho de sucesiones. Quinta Edición. Temis. Bogotá. 2007

TAMAYO L., Alberto. Manual de las sucesiones. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá. 2008.

-----, Manual de obligaciones. Séptima edición. Ediciones doctrina y ley. Bogotá. 2008;

VALENCIA Z., Arturo. Derecho Civil Tomo VI sucesiones. Cuarta edición. Temis. Bogotá. 1977

-----, Derecho Civil Tomo VI. Séptima edición. Temis. Bogotá. 1988

VELEZ, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano tomo IV. Imprenta París-América. París. Sin fecha.

VERBEL A., Carlota. Manual de derecho sucesoral. Leyer. Bogotá. 2007

VILA C., Iván. Reflexiones constitucionales. Universidad Libre seccional Cúcuta. San José de Cúcuta. 2011.

WEILL, Alex y otro. Droit civil. Les obligations. Paris. Dalloz.1975

ZANNONI, Eduardo. Manual de derecho de las sucesiones. Quinta edición. Astrea. Buenos Aires. 2010, p. 82 100.

<http://books.google.com.co/books?id=wDzUAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>.

<http://lema.rae.es/drae/?val=cabezalero>

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional, Sentencia T-487 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencias T 499 de 1992, C-245 de 1993, SU 478 de 1997

Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, FRENTE AL DERECHO DE ALIMENTOS, EN LOS CASOS DE EXTREMA POBREZA, EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

César Rubén Pérez Gil

RESUMEN:

El derecho de protección integral consagrado en el artículo 44 de la Constitución y desarrollado por el artículo 7 de la ley 1098 de 2006, en cuanto a la protección del menor a tener una alimentación nutritiva, debe ser garantizado dentro del esquema del Estado Social de Derecho, cuyo fin es entre otros la protección de la dignidad humana; su alcance es inagotable, existen políticas públicas y programas, dirigidos a la protección de los derechos fundamentales de los niños; no obstante, se ha observado que existen millones de niños colombianos en situación de pobreza extrema. El Estado no se puede ver disminuido de tal protección aduciendo que la economía es neoliberal o que la ideología política imperante cambio de rumbo toda vez, que el Estado es actor principal de la economía del país y de otra parte Colombia es un Estado Pluralista, que encuentra sus límites en la configuración del Estado Social de Derecho y en el deber de corresponsabilidad que tanto familias, sociedad y Estado tienen en aras de la protección integral del menor.

Palabras Claves:

Protección Integral, niños, niñas y adolescentes, derecho de alimentos, pobreza extrema, Estado Social de Derecho, Dignidad Humana, Ley 1098 de 2006, Estadísticas de pobreza.

INTRODUCCIÓN:

Este documento contiene los resultados del estudio documental y estadístico de lo que involucra el Régimen de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes frente al derecho de alimentos, en los casos de extrema pobreza, con el objeto de analizar si se enmarca dentro de los postulados y alcance del Estado Social de Derecho imperante en Colombia.

El documento se encuentra dividido en 4 capítulos; el capítulo 1, hace referencia al régimen de protección integral, del derecho de alimentos, su naturaleza, clases y contenido, lo que permite tener un marco referencial y conceptual del estudio; en el

capítulo 2, se identifica el cuerpo normativo en que se sustentan las políticas públicas y los programas dirigidos a la protección integral de los niños; en el capítulo 3, se analizan los indicadores de nutrición en la población infantil que se encuentra en situación de pobreza extrema y, en el capítulo 4 se analiza el alcance de la responsabilidad de protección integral de los niños en el marco del Estado social de derecho.

El estudio se enfoca de una parte en analizar la conceptualización y alcance de los términos y de otra a analizar las variables estadísticas, lo cual da un margen de observación, para el análisis de la efectividad de las políticas públicas en materia de protección de los derechos de los niños.

Se espera ofrecer un aporte en la sensibilización y aplicación correcta de las normas sobre la protección integral de los niños, de los abogados, jueces, doctrinarios, políticos, profesores, investigadores, familias y sociedad ya que el tema de estudio es responsabilidad e interés de todos.

Se agradece al personal académico de la Universidad Libre de Cúcuta, en la especialización de Derecho de Familia, por el alto grado de proyección y sensibilización en las áreas de estudio.

1. Régimen de Protección Integral, del Derecho de Alimentos.

1.1.- Origen de la Protección Integral: *La Protección Integral nace en la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 y es aprobada en Colombia en la Ley 12 de 1991, promulgándose el trato afectivo, humano, civilizado y protector de la niñez (Ortega, 2009, Pág. 36), con el Decreto 2737 de 1989 se preveía una protección de reacción que solo obligaba a atender situaciones irregulares en que se encontrare un niño o niña, pero con la reforma Constitucional del 91 y el desarrollo posterior de la Ley 1098 de 2006 se le dio plena vigencia a una protección de prevención, de atención ante el riesgo y de reacción ante la vulneración de los derechos de los niños.*

1.2.- Lo que es la Protección Integral: *La Ley 1098 de 2006 que desarrolló el artículo 44 de la Constitución Política en el Artículo 7 define la Protección Integral así: “Se entiende por protección Integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior” (Ley 1098 de 2006, Artículo 7).*

1.3.- Naturaleza de la Protección Integral: *El derecho de protección Integral de los niños, niñas y adolescentes, se consagra como un derecho eminentemente*

proteccionista conformado por normas de orden público, que tienen carácter irrenunciable según el artículo 5 de la Ley 1098 de 2006, y de aplicación preferente con respecto a la aplicación de otras leyes, luego, los derechos aquí protegidos prevalecen sobre los derechos de los demás, (inciso final del artículo 44 de la Constitución Política). Hay quienes se apartan y dicen que la figura de la protección integral no es *“integral, sino estrictamente jurídica; y, además, no es el único objeto del derecho de menores”* (D’Antonio, 2004, Pág. 5)

1.4.- Clases de la Protección Integral: En primer término la protección integral conformada por la garantía dirigida al desarrollo armónico y superior de los niños, niñas y adolescentes sustentada en el respeto de sus derechos se podría reducir a cuatro clases de protección integral, que son las que vienen a constituir la esencia de su origen:

- **Protección de realización (o desarrollo):** Está constituida por *“las actividades o acciones, dirigidas de una parte a materializar la tenencia, conservación y ejercicio de los derechos y de otra parte para procurar su crecimiento, ampliación, transformación y creación de habilidades y condiciones especiales de desarrollo, tomando como base su individualidad, ordenación programática, cooperación obligacional y corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado”*. (Lafont Pianetta, 2012, Pág. 60).
- **Protección Preventiva:** Esta se configura en el conjunto de actividades o acciones que van dirigidas de una parte a evitar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean amenazados y de otra parte que estos derechos sean vulnerados.
- **Protección de Reacción:** o de restablecimiento de derechos tal como lo preceptúa la ley 1098 de 2006, y va dirigida a dos ámbitos de acción: de un lado en los casos en que se encuentre en un estado de riesgo, con lo cual las acciones van dirigidas a evitar que este estado traspase las fronteras de su constitución y buscar un restablecimiento que le brinde al menor las garantías que sus derechos se respetarán y, de otro lado, cuando se encuentre en estado de vulneración, caso en el cual el hecho o la situación fatal traspasó los límites del mero riesgo y se busca frenar la afectación de los derechos del menor y restablecer su goce efectivo.
- **Protección en la Rama penal:** El menor puede verse inmiscuido en algún hecho que revista carácter penal y lo que se busca es evitar que el menor en el futuro siga realizando la misma acción delictiva, aplicando los programas institucionales pertinentes a fin de buscar la resocialización y reincorporación del menor a la sociedad.

1.5.- Contenido de la Protección Integral:

- **El reconocimiento:** Los menores de 18 años, al tenor del artículo 3 de la Ley 1098 de 2006, se equiparan a sujetos de derechos; tal reconocimiento consiste en que son seres que poseen unos derechos con carácter primordial, ello representa que el Bloque de Constitucionalidad, la Constitución y todo el cuerpo normativo debe estar acorde al respeto ineludible de tales derechos del menor.
- **Garantía y cumplimiento:** No basta el reconocimiento de los derechos del menor, se deben garantizar y cumplir, estos derechos deben ser respetados por encima de otros derechos, tienen carácter imperativo, son irrenunciables. *“La constitución reconoce el valor y la fragilidad de los niños, y por ello consagra expresamente sus derechos fundamentales y la correlativa obligación familiar, social y estatal de protegerles asistencia y protección”* (Corte Constitucional T-531/92)
- **La Prevención de amenaza o vulneración y la seguridad de restablecimiento:** Ello se constituye en una de las esencias proteccionistas de la ley 1098 de 2006, al no ser un cuerpo normativo de solo reacción ante la fatalidad, sino un cuerpo normativo integrador acorde con el bloque de constitucionalidad que busca en un primer término evitar a toda costa la fatalidad a través de la prevención.
- **Desarrollo del interés superior:** Al tenor del artículo 8 de la ley 1098 de 2006 se corresponde al imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción efectiva de los derechos de los niños. Es claro que estos derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, en todas las situaciones de peligro o de riesgo prevalece la atención a los niños por parte de las autoridades de todo tipo, ello porque los niños se encuentran en un estado de indefensión y de dependencia y por ello deben ser auxiliados de manera oportuna y con suma diligencia. Este concepto fue desarrollado constitucionalmente y dijo que este interés superior *“consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”* (Corte Constitucional, T-514/98)

Igualmente ha sido desarrollado tal principio por la Corte Constitucional y ha dicho que *"El interés superior del menor es un bien jurídico tutelable"* (Corte Constitucional, T-408/95).

La Corte Constitucional estableció los criterios jurídicos relevantes para determinar el interés superior del niño: *"(1) garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado; y (6) la necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto a decidir"* (Corte Constitucional, T-292/2004).

1.6.- Protección Integral – Derecho de alimentos: Son muchos los derechos fundamentales que son de imperativo cumplimiento, y que la Familia, la Sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección según artículo 10 Ley 1098 de 2006 y 44 de la Constitución Política, es precisamente este Artículo que nos dice cuáles son los derechos fundamentales de los niños, dentro de su enumeración habla de la alimentación equilibrada, y es que precisamente los niños siendo seres de especial protección no se pueden valer por sí solos, de allí que el *"Código Civil establece una de las principales obligaciones la del sustento de los hijos que, además se proyecta hacia la familia"*. (Dueñas, 2009, Pág. 390). Alimentos equilibrados hace referencia a *"los que alcancen los niveles mínimos de la nutrición puesto que ellos son aspectos básicos para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social"* (Ley 1098 2006, Artículo 24).

El derecho a la nutrición es un "derecho de naturaleza jurídica mixta" (Lafont, 2012, Pág. 450) toda vez que es un derecho accesorio al de alimentos y depende de este, razón por la cual se desprende que el derecho de alimentos debe ser nutritivo adecuadamente y equilibradamente y además se configura como una modalidad del derecho a la salud, ya que una alimentación nutritiva va incidir en las condiciones de bienestar del niño en su desarrollo.

Así este derecho necesariamente debe ser protegido integralmente de acuerdo, al principio de corresponsabilidad:

- La Familia a quien corresponde y particularmente a los padres la obligación de suministrarle a sus hijos una alimentación nutritiva que *"fomente desde edades tempranas estilos de vida saludables"* (Artículo 39, num, 13 y 14 ley 1098 de 2006)

- La Sociedad le corresponde tomar parte *“activa en el logro y vigencia efectiva de los derechos y garantías”* por la solidaridad con que asume el cuidado (Artículo 40 inc. 1 y 67 ley 1098 de 2006).
- El Estado a quien va dirigido no solo el prevenir sino también *“erradicar la desnutrición especialmente en los niños menores de 5 años”* (Artículo 41, num. 14 de la Ley 1098 de 2006).

2. Legislaciones, programas y políticas Públicas, dirigidas a velar por la Protección Integral de los Niños, en los casos de Extrema Pobreza.

2.1.- Legislaciones: Conformada por el conjunto normativo que busca la Protección Integral de los Niños.

2.1.1.- Bloque de Constitucionalidad: Artículo 93 de la Constitución Política a través de:

- Convención de los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Ley 12 de 1991, al establecer en su Artículo 3.2 la obligación de los Estados de asegurar al niño, la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; en el artículo 4 dice: *“En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales los estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan”*
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 11 al establecer que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación”*.
- Protocolo de San Salvador, en el artículo 12 al establecer que *“1.Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. 2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos”*.
- En Orientaciones Generales, El Comité de Los Derechos del niño dijo: *“que el principio del interés superior del niño debe incorporarse en los programas y políticas nacionales relacionadas con la infancia así como en las actividades parlamentarias y administrativas, a nivel nacional y local, y en especial los relativos a las asignaciones presupuestarias.*

- Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19 dice: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

2.1.2.- A nivel Constitucional: Base fundamental del Derecho de protección es el Artículo 44, además los artículos 5, 42.

2.1.3.- Instrumentos normativos: de especial importancia el Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098 de 2006 y primordialmente el Artículo 7, entre otros los artículos 1, 3, 8, 9, 10, 15, 17, 24, numeral 5 del 39, inciso 1 del 40, numerales 1,2, 3, 4, 10 del 41, 201 y siguientes.

2.2. Programas y Políticas Públicas: Se ubica su fundamentación en el inciso 2, del artículo 7 de la Ley 1098 de 2006: *“La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas, acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos”*.

2.2.1. Contenido de las Políticas Públicas: según el artículo 201 de la Ley 1098 de 2006:

- **Las políticas Públicas comprenden:** el conjunto de acciones del Estado, con la participación de la sociedad y la familia, por la corresponsabilidad, dirigidas a garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

- **Ejecución:** Se ejecutan por medio de la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de planes, programas, proyectos y estrategias, que van desde el orden nacional, departamental, distrital y/o municipal.

2.2.2. Sujetos responsables de las políticas públicas: Según el artículo 204 son responsables:

- Desde los ámbito nacional, departamental y municipal, el Presidente, los Gobernadores y los Alcaldes.
- A nivel legislativo, en aras de propiciar la protección de los derechos de los niños y asignación de recursos para la ejecución de la política pública propuesta los Concejos municipales, Asambleas y Congreso Nacional.
- Los lineamientos técnicos mínimos que deben contener los planes de desarrollo, en lo atinente a la protección de los derechos de los niños esta en cabeza del Departamento Nacional de Planeación, El Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Educación, con la asesoría técnica del

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, además como rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

- El Consejo Nacional de Política Social como ente responsable de diseñar la política pública, movilizar y apropiar los recursos presupuestales.

2.2.3.- Materialización en el plano nacional: Las situaciones en las cuales el Estado ha dirigido sus políticas o su accionar normativo está enmarcado en diferentes situaciones diferenciadas:

- **El Subsidio alimentario** a que hace referencia el Artículo 166 de la Ley 100 de 1993, entendido como la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la madre del menor de un año que se encuentren en el Régimen Subsidiado y que permitan una dieta adecuada. Al respecto la Corte Constitucional dijo que para acceder a este subsidio se requiere no solo acreditar el desempleo, sino también el desamparo. (Corte Constitucional, C-598/98)
- **Subsidio Familiar** a que hace referencia la Ley 21 de 1982 en su Artículo 1: *“El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los **trabajadores de medianos y menores ingresos**, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad”*. Es una prestación dirigida a un sector de los trabajadores siempre que cumplan con unos requisitos: Tener un salario menor o igual a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLV), trabajar un mínimo de 96 horas durante el mes, tener hijos, hijastros y hermanos huérfanos de padres que sean beneficiarios y menores de edad. A partir de los 12 años deben presentar el certificado de escolaridad, el valor de la cuota en el año 2012, es de 21.014 pesos mensuales.
- **Restaurantes escolares:** creado por ley 715 de 2001 en el artículo 76.17 al establecer que *“Corresponde a los distritos y municipios garantizar el servicio de restaurante para los estudiantes de su jurisdicción”* para ello adelantarán programas de alimentación escolar con los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones luego de la deducción del 4% se distribuirá de este monto un 0,5% entre distritos y municipios para programas de alimentación escolar.
- **Familias en Acción, subsidio de nutrición:** Es un Programa del Gobierno Nacional dirigido a entregar subsidios de nutrición a familias de nivel 1 del Sisben, familias en condición de desplazamiento o familias indígenas que tienen niños menores de 18 años, este es condicionado al cumplimiento de

compromisos por parte de la familia consistente en que las madres deben llevar a sus hijos a los controles de crecimiento y desarrollo y mantener los esquemas completos de vacunación, según la edad, igualmente deben garantizar la asistencia escolar de sus hijos, al menos en un 90 por ciento de las clases. Este subsidio se dirige a los Niños entre 0 y 7 años y se otorga por grupo familiar, es decir, se pagará uno por familia sin importar el número de niños entre 0 y 7 años y su valor es de 50.000 pesos por mes, y 100.000 pesos casa ciclo.

- **Programa MERPD:** En diciembre de 2004 se creó la Misión para el diseño de una Estrategia para la Reducción de la Pobreza y la Desigualdad, como iniciativa del Gobierno Nacional, con el apoyo técnico del Departamento Nacional de Planeación, es un Programa de largo plazo, cuyo propósito es vincular a las familias en extrema pobreza a la oferta de servicios sociales, atender a un 1,5 millones de familias en extrema pobreza entre 2007 y 2010, para que trabajen junto con el gobierno en la superación de la pobreza y el mejoramiento de sus condiciones y calidad de vida, se pretendía mejorar las condiciones nutricionales de todos los miembros de la familia a través de controles periódicos de peso y talla a todos los integrantes del hogar, en particular a los niños y niñas menores de 6 años, así como por el cumplimiento de los requerimientos mínimos de nutrición establecidos por el ICBF.
- **Red UNIDOS:** es un programa coordinado por Acción Social, que hace parte del Plan Nacional de la Prosperidad Social, creado en el año 2008, dirigido a combatir la pobreza extrema, sobre todo para aquellos colombianos que no han podido beneficiarse de los demás programas sociales, su énfasis se fundamenta en identificar a las familias más pobres que se encuentran en el Sisben nivel 1, asegurar la existencia de la oferta correspondiente a la capacitación y la promoción de la innovación social, para ello incentiva las alianzas público-privadas y el desarrollo de negocios, fundado en que sin actividad económica no se generan ingresos fiscales a nivel local, y sin ello no se podría expandir las necesidades de servicios públicos sociales.

3. Análisis de los Indicadores de Nutrición de la Población Infantil en situación de Pobreza Extrema a quienes van dirigidas las Políticas Públicas.

3.1.- Población Infantil a Nivel Nacional: Según proyecciones poblacionales del DANE, para 2005-2020, vemos que para el presente 2012 hay 46.581.823 personas, de las cuales 17.324.408 son menores de 18 años, la tendencia en los próximos años es una reducción por el orden aproximado de 40.000 niños por año, dicha reducción se

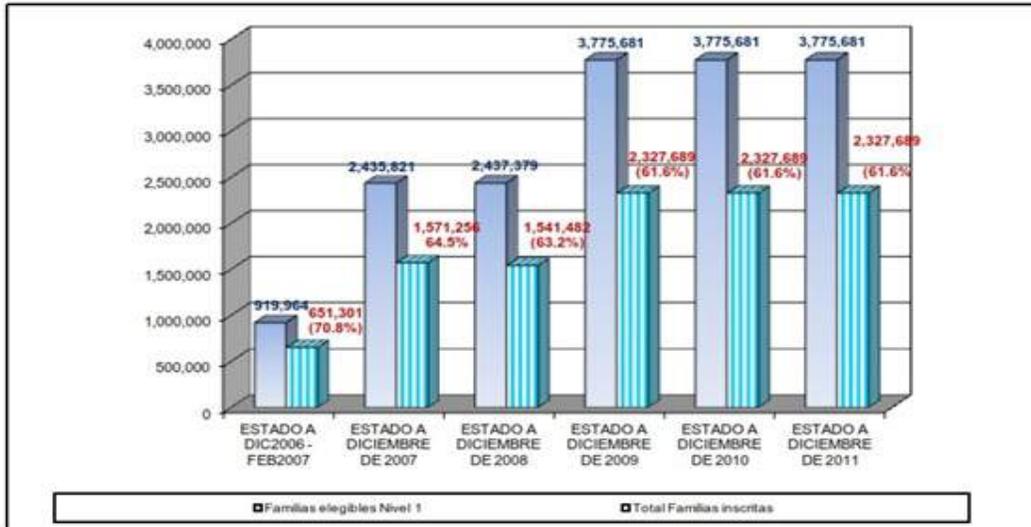
acentúa de los 5 años en adelante, toda vez que los niños en edades entre los 0 y 4 años la tendencia es que aumenten en número.

Tabla No. 1 Proyecciones de Población 2005-2020 Nacional, por sexo, grupos quinquenales de edad (DANE – Estimaciones y proyecciones de población)

Grupos de edad	2011			2012			2013			2014		
	Total	Hom bres	Mujer es									
NACIONAL												
TOTAL POBLACION	46.04	22.73	23.31	46.58	22.99	23.58	47.12	23.26	23.85	47.66	23.53	24.13
	4.601	1.299	3.302	1.823	7.087	4.736	1.089	4.039	7.050	1.787	1.670	0.117
0-4	4.284.	2.191.	2.092.	4.291.	2.195.	2.096.	4.299.	2.199.	2.100.	4.310.	2.205.	2.104.
	237	282	955	149	042	107	725	694	031	123	140	983
5-9	4.286.	2.189.	2.096.	4.272.	2.183.	2.088.	4.264.	2.179.	2.084.	4.260.	2.178.	2.082.
	387	770	617	011	050	961	594	681	913	992	087	905
10-14	4.393.	2.242.	2.150.	4.359.	2.225.	2.134.	4.327.	2.209.	2.118.	4.301.	2.196.	2.104.
	148	213	935	830	316	514	970	575	395	474	672	802
15-18	4.403.	2.257.	2.146.	4.401.	2.253.	2.147.	4.387.	2.244.	2.143.	4.367.	2.231.	2.135.
	814	296	518	418	817	601	955	449	506	653	913	740
TOTAL MENORES	17.36	8.880.	8.487.	17.32	8.857.	8.467.	17.28	8.833.	8.446.	17.24	8.811.	8.428.
	7.586	561	025	4.408	225	183	0.244	399	845	0.242	812	430

3.2- Familias con Sisben 1 a Nivel Nacional: En los últimos 5 años se ha elevado el Número de familias Inscritas en el Sisben 1 pasando de 651.301 familias en 2007 a 2.327.689 en 2011, lo que representa el 61,6% del total de elegibles a formar parte de Sisben 1; luego en los últimos 3 años se ha mantenido constante el número de familias elegibles para inscribir en el Sisben 1, 3.775.681 familias; sin embargo, mientras no estén en la condición de inscritos no podrán acceder a los subsidios, quedando por fuera un total de 1.447.992 familias, es decir el 38,4%.

Gráfico 1: Evolución de las inscripciones de familias del nivel 1 del Sisben Período 2005-2011 (Departamento para la prosperidad social – familias en acción – Informe de estado y avance Segundo Semestre de 2011).



3.3- Familias a Nivel Nacional que le han sido liquidados los subsidios: De un total de 2.327.689 según (Gráfico 1), para el 2011 han sido liquidadas solo 1.986.810, lo cual representa que se han quedado 340.879 familias sin liquidar, se suman 379.145 familias en condición de desplazadas que han logrado ser liquidadas para un total de 2.365.955 familias que lograron el pago, sin embargo, 120.000 familias menos que en 2010, representando una inversión a través de Familias en Acción de 1.286.150.685.000 Pesos, en donde se beneficiaron 4.404.813 menores, pero 415.000 menos que en 2.010.

Tabla No. 2 *Máximo de Familias liquidadas y valor liquidado por período* (Departamento para la prosperidad social – familias en acción – Informe de estado y avance Segundo Semestre de 2011).

TIPO DE MUNICIPIO	FAMILIAS NIVEL 1 SISBEN		FAMILIAS DESPLAZADAS		TOTAL FAMILIAS	
	MAX. FAMILIAS LIQUIDADAS	VALOR LIQUIDADADO 2011	MAX. FAMILIAS LIQUIDADAS	VALOR LIQUIDADADO 2011	MAX. FAMILIAS LIQUIDADAS	TOTAL LIQUIDADADO 2011
<= 100 mil hab. (1,043 Municipios)	1,250,463	\$ 691,224,700,000	201,971	\$ 119,047,605,000	1,452,434	\$ 810,272,305,000
> 100 mil hab. (39 Municipios)	319,819	\$ 169,553,885,000	75,089	\$ 43,606,385,000	394,908	\$ 213,160,250,000
Subsidio Diferenciado (16 Municipios)	416,528	\$ 204,425,845,000	102,085	\$ 58,292,285,000	518,613	\$ 262,718,130,000
Total Nacional	1,986,810	\$ 1,065,204,410,000	379,145	\$ 220,946,275,000	2,365,955	\$ 1,286,150,685,000

3.4- Menores liquidados, a través del Subsidio de Nutrición: del total de 4.404.813 menores, que se beneficiaron en 2011, según (Tabla No. 2), para el caso específico del Subsidio en Nutrición tan solo se han beneficiado 1.606.614, de los cuales 1.338.086 pertenecen al Sisben 1 siendo una reducción de 546.523 niños en los últimos 3 años y 268.528 lo hicieron por ser menores en condición de desplazados e igualmente

representa una reducción de 6.386 niños en los últimos 3 años. En Ambos casos se observa que desde el 2007 hasta el 2011 una tendencia a cubrir más niños con este beneficio, a pesar de su desaceleración a partir de 2010.

Tabla No. 3 *Máximo de Menores liquidados según el tipo de subsidio por período* (Departamento para la prosperidad social – familias en acción – Informe de estado y avance Segundo Semestre de 2011).

PERIODO	MAXIMO MENORES NIVEL 1 SISBEN				MAXIMO MENORES DESPLAZADAS				MAXIMO TOTAL MENORES
	PRIMARIA	SECUNDARIA	NUTRICION	TOTAL	PRIMARIA	SECUNDARIA	NUTRICION	TOTAL	
Proceso hasta Feb/2007	579,757	411,604	513,322	1,504,683	89,035	55,600	114,750	259,385	1,764,068
Abril 2007 - Dic/ 2007	919,111	794,862	1,360,145	3,074,118	117,360	84,008	125,911	327,279	3,401,397
Feb/ 2008 - Dic/ 2008	965,652	947,651	1,422,129	3,335,432	188,412	147,930	240,612	576,954	3,912,386
Ene/ 2009 - Dic /2009	1,121,203	1,296,463	1,884,609	4,302,275	226,373	190,595	274,914	691,882	4,994,157
Ene/ 2010 - Dic /2010	1,115,892	1,327,241	1,664,484	4,107,617	230,983	207,020	274,891	712,894	4,820,511
Ene/ 2011 - Dic /2011	1,023,725	1,317,000	1,338,086	3,678,811	228,707	228,767	268,528	726,002	4,404,813
Máximos 2001 - Dic /2011	1,121,203	1,327,241	1,884,609	4,333,053	230,983	228,767	274,914	734,664	5,067,717

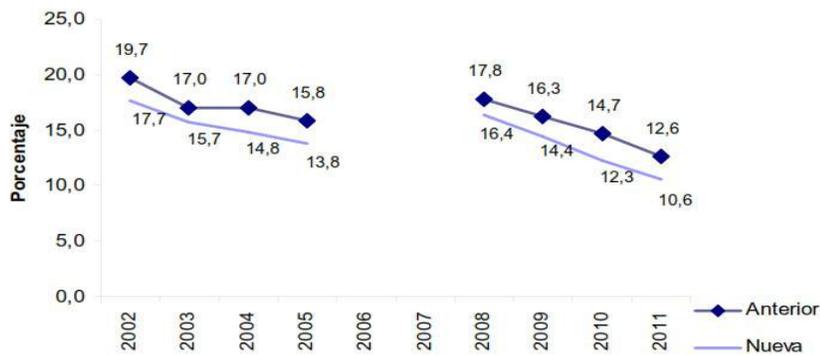
3.5- Pobreza Extrema Nacional: Desde 2002 vemos que la pobreza extrema se ubicó en el 17,7 % datos con la nueva metodología implementada por el Dane y al 2011 se ubica en 10,6 % una reducción del 7,1%; sin embargo, para el 2005 se ubicó en 13,8% y para el 2008 en 16,4%, representando un aumento del 2,6%, en cifras en los dos últimos años se ha pasado de una población de aproximadamente 5.418.000 personas en condición de extrema pobreza a 4.744.000 aproximadamente, una reducción de 674.000 personas en estas condiciones según (DANE – ANEXOS, *Pobreza monetaria y multidimensional en Colombia – 2011*).

Gráfico 2: *Pobreza extrema Nacional* (DANE Boletín de prensa 17-05-2012).

Para tomar decisiones



Pobreza Extrema Nacional



3.6- Tasa de Natalidad: Según estimaciones del (DANE proyecciones de fecundidad 2005-2020) la tasa de natalidad para el período 2010-2015 la estima en el 2,35, representando para el año 2011 un total de 634.042 niños que se incorporan a la Sociedad Colombiana, de los cuales casi un 50%, es decir, 310.211, nacieron de madres pertenecientes al régimen Subsidiado y otros 51.569 niños nacieron de madres que ni siquiera estaban aseguradas, estas personas terminan haciendo parte de las cifras de niños en situación de Pobreza.

Tabla No. 4 Nacimientos en el 2011 (DANE – Estadísticas Vitales, Cuadro 12 Nacimientos por sitio de parto, según departamento, municipio de ocurrencia y régimen de seguridad social de la madre año 2011).

Departamento y municipio de ocurrencia	Total	Sitio de parto			
		Institución de Salud	Domicilio	Otro Sitio	Sin información
Total	634.042	628.499	4.586	913	44
Contributivo	253.813	253.444	268	97	4
Subsidiado	310.211	305.997	3.488	695	31
Excepción	15.979	15.953	20	5	1
Especial	1.844	1.821	23	0	0
No asegurado	51.569	50.811	638	113	7
Sin información	626	473	149	3	1

4. Alcance de la Responsabilidad de Protección Integral en el Estado Social de Derecho.

4.1.- Origen del Estado Social de Derecho: En un primer término el estado social de derecho se remonta “al año de 1850 cuando Lorenz Von Stein, apuntado en Hegel fundamenta el concepto y se constitucionaliza por primera vez en la Constitución del Estado alemán, llamada Constitución de Weimar”, (Londoño Jaramillo, 2007, www.scielo.org.co), hay que mencionar que la noción de Estado aparece por una necesidad de protección, en donde “la protección colectiva aparece así como la función original del estado, acaso como la razón de ser de este” (Naranjo Meza, 2000, Pág. 141), luego, existen divergencias en torno a la conceptualización del Estado así Platón lo concibió como un ente ideal, Aristóteles como una Sociedad Perfecta,

Hegel y Savigny como un ente espiritual, Kant como una reunión de hombres que viven bajo leyes jurídicas, para Marx como un instrumento de dominación de clases. El concepto de Estado Social surge ante la desigualdad real existente entre las clases y grupos sociales, que atenta contra la igualdad jurídica reconocida a los individuos por la propia Carta fundamental, *"Para todo ello era necesario El Estado Social de Derecho y no únicamente el apego formal a la ley"* (Galvis, 2012, Pág. 91), y es que en Colombia nace como salto al Estado Capitalista Individualista existente antes de la reforma Constitucional de 1991, en el artículo 1 de la nueva Constitución Política.

4.2.- Lo que es el Estado Social de Derecho: En Colombia la Carta fundamental en el artículo 1 establece: "Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Así debemos ir al nacimiento de la norma para saber el espíritu y propósito de la misma y encontramos en opinión de los constituyentes que *"si nos decidimos a conformar un pacto social y una renovada sociedad en Colombia deberemos optar por un auténtico Estado Social de Derecho en el que los ciudadanos tengan, igualdad de oportunidades no solo ante la ley sino ante la vida"* (Gaceta Constitucional, número 53, 1991)

4.3.- El paradigma del Estado Social de Derecho: Son muchos quienes aducen en que la conformación del Estado social de Derecho se ha ido transformando con el tiempo, y que el sentido proteccionista que una vez le dio origen a la organización del Estado ha quedado disminuida, sin embargo en la Constitución se ponen *"las bases para que el estado cree unas condiciones de vida más justas y, en definitiva, más humanas"* (Alzaga, 1978, Pág. 77).

En este orden se ha llegado a concebir al Estado Social de Derecho desde diferentes enfoques desde lo neoliberal, socialdemócrata en el plano político hasta lo neoliberal en lo económico o liberal. La llamada Constitución liberal *"se constituyó en la herramienta que utilizaron las élites en el poder para adecuar el aparato institucional a los requerimientos... del capitalista, ... Y lo que realmente buscaba era el adelgazamiento del Estado"* (Jiménez, 2008, Pág. 44). Por su parte, la Constitución social demócrata en lo político y neoliberal en lo económico pareciera constituir una contradicción al ser *"un proyecto humanista, liberal, incluyente, que persigue la consolidación de la democracia participativa y un proyecto económico neoliberal, a todas luces excluyente"* (Jiménez, 2008, Pág. 47). Constitución liberal con ella se logra el impulso del individuo como ser sujeto de derechos, así encontramos una constitución fundada en el **pluralismo y con ello encontramos diversidad de ideologías**, de manera que sería viable la consolidación de un Estado

intervencionista, fundamentado en el artículo 334 de la Constitución Política, en donde es el Estado el director de la economía, así que no puede quedar como un sujeto pasivo, ni mucho menos disminuido, debe superar el Estado Neoliberal y liberal, todo en función del respeto del fin por el cual se consolida en Estado Social de Derecho, el respeto a la Dignidad Humana.

De suerte, constitucionalistas y doctrinarios como Jesús Vallejo analizan este paradigma y dice que *“la Carta adhiere al sincretismo ideológico porque “hace suyo el concepto de politeísmo de los valores... para significar que en una sociedad pluralista no hay un solo valor supremo, sino constelaciones de los mismos. De ahí que la Constitución sea susceptible de lecturas liberales, conservadoras, socialistas, neoliberales, populistas y hasta gnósticas”* (Vallejo, 2001, Pág. 16). Como vemos la apreciación del régimen político inspirado en una ideología en particular, debe circunscribirse su acción, a la consecución de los fines del Estado Social de Derecho como lo es la Dignidad Humana, *“el fenómeno estatal va estrechamente asociado al ejercicio del poder en la sociedad política... El estado en un sentido amplio ha de ser considerado como una estructura de poder”* (Naranjo, 2000, Pág. 82).

4.4.- Marco Jurisprudencial del Estado Social de Derecho frente al Derecho de los menores: en Cuanto a la prevalencia de los derechos de los menores que son los sujetos a quienes va dirigida la protección integral la Corte Constitucional ha dicho:

Con relación a la diferencia de trato entre menores y mayores de edad. *“Esta primacía, que es manifestación del estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la carta política, pretende garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los derechos de los menores y de protegerlos contra cualquier forma de abandona, violencia,... La vida, ... la alimentación equilibrada, ... son derechos fundamentales de los niños que deben ser protegidos por el Estado mediante la expedición de leyes internas y la ratificación de instrumentos internacionales que persigan este fin.”* (Corte Constitucional, C-839/01).

Con respecto a los pilares básicos en que se conforma el Estado Social de Derecho la corte ha dicho que son *“La dignidad humana y el principio de igualdad, propende la protección de los más desvalidos e indefensos y busca ir cerrando las brechas existentes entre privilegiados y desposeídos... El estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños y, por tanto, se inaplicarán, en el presente caso, las disposiciones que van dirigidas a imponer limitaciones”.* (Corte Constitucional, T-514/98).

Con relación a la prevalencia de los derechos de los menores, y muy particularmente en cuanto al derecho de alimentos, frente al derecho a la libre circulación y residencia del mayor obligado a dar alimentos, por cuanto se autorizó una medida cautelar de prohibición de ausentarse del país, la corte constitucional

hizo una ponderación de los mismos *“la importante salvaguarda que con dicha medida se logra alcanzar frente a los derechos de los menores y en cumplimiento del fin esencial del Estado social de Derecho de dar efectividad prevalente de los mismos, la hace válida y plenamente justificada a la luz del ordenamiento constitucional”*. (Corte Constitucional, C-1064/2000).

En cuanto al ámbito internacional, ante el estudio de los tratados internacionales referentes a la protección de la obligación alimentaria, como la convención interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989, la corte ha dicho que *“La Protección del menor en el campo de la obligación alimentaria se constituye como un deber del Estado colombiano”* (Corte Constitucional, C-184 de 1999).

En este orden, en un Estado Social de Derecho cualquier interpretación normativa, no puede separarse del contenido de los derechos fundamentales ya que son la esencia de la conformación de este tipo de Estado, así la Corte en sentencia que trató sobre la constitucionalización de los derechos del niño y de la dimensión del Estado Social de Derecho dijo: *“No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales... Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental... su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado... y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela.”* (Corte Constitucional, T-406/92).

CONCLUSIONES:

1.- El artículo 44 de la Constitución Política desarrollado por el Artículo 7 de la Ley 1098 de 2006, vino a dar un cambio en la forma de mirar al menor, configurándose un sistema más proteccionista, fundamentado en la prevención de cualquier amenaza dirigida a vulnerar los derechos de los niños, así como reaccionar a través del restablecimiento, en caso de presentarse la vulneración; más aún en el caso particular del derecho de alimentos, en donde prima el interés superior del menor, lo cual se configura en una garantía en el cumplimiento y respeto de este derecho por parte de la Familia, la Sociedad y del Estado, a través del principio de la corresponsabilidad; es por ello que el Estado ha puesto en marcha programas dirigidos a proteger el Derecho de alimentos de los niños, a través del subsidio alimentario de la ley 100 de 1993, el subsidio familiar de la Ley 21 de 1982, los restaurantes escolares de la Ley 715 de 2001, el subsidio de nutrición otorgado a

través de familias en acción el cual paso hoy día, de programa presidencial a política de estado por ley 1532 de 2012, los programas MERPD y Red UNIDOS.

2.- A nivel del bloque de constitucionalidad, de la carta fundamental, y de las disposiciones normativas en Colombia, se debe materializar el cumplimiento del derecho fundamental de protección integral de los niños, con la implementación de programas y políticas públicas eficaces, las cuales se han enfocado en primer término a la entrega de subsidio que tienen un contenido prestacional a quienes trabajan y en otros casos dirigidos a quienes se encuentren en registros del Sisben 1 siempre que cumplan ciertos requisitos; en segundo término los programas MERPD y Red UNIDOS, se han focalizado en la erradicación de la pobreza extrema teniendo como objeto de estudio primordialmente los más pobres del Sisben 1, analizando a su vez las estadísticas vemos que no todos Trabajan y no todos están en Sisben 1, hay una población importante que queda fuera de estos programas, incluso hay quienes se han salido de los programas entre otras razones por los atrasos injustificados en el pago de los subsidios, en otros casos el subsidio nunca llega; si bien los índices de pobreza extrema se han reducido en el año 2011 en 674.000 personas, la proporción de niños que nacen todos los años y que terminan en hogares si lo tienen, de familias en condiciones de extrema pobreza al menos son 300.000, todo ello repercute en que los programas no sean sostenibles y totalmente eficaces en el tiempo, hay que tomar en consideración que los subsidios entregados realmente son precarios y no favorecen a combatir la pobreza extrema.

3.- La conformación de Colombia como un Estado Social de Derecho, en materia de protección integral de los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su derecho fundamental de ser alimentados nutritivamente, tiene un alcance inagotable, toda vez que se funda en principios máximos del respeto a la dignidad humana, derechos estos que prevalecen por encima de los demás, y en estas líneas apunta el criterio jurisprudencial; no hay conformaciones ideológicas en las estructuras del poder, que puedan mermar este derecho, el estado colombiano si bien es Pluralista sustentado por una Constitución liberal, que presenta una economía neoliberal, también es cierto, que encuentra sus límites, al ser el estado actor principal de la economía estatal, no puede ser entonces, un mero espectador a la hora de proteger los derechos fundamentales de los niños, pretendiendo quedar disminuido, el Estado Social de Derecho debe superar cualquier intento del poder de sobrepasar los límites bajo los cuales se circunscribe su actuación.

4.- La sentencia T-025 de 2005 de la Corte Constitucional, abrió las puertas para la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional, como hemos señalado, mientras los programas y políticas públicas sigan mostrando las cifras en rojo, mientras se sigan presentando tutelas que buscan la protección de los derechos del menor, mientras se siga hablando de insuficiencia de recursos para no implementar políticas públicas, es evidente que nos estamos apartando de la esencia de Estado que se ha conformado desde la Constitución de 1991, luego, se podría dar lugar a una declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

D'Antonio, Daniel Hugo, (2004), *Actividad Jurídica de los Menores de edad*, Buenos Aires, Edit. Rubinzal.

Cepeda, Manuel José y otros, (2007), *Teoría Constitucional y políticas públicas*, Universidad externado de Colombia.

Lafont Pianetta, Pedro, (2012), *Derecho de familia contemporáneo, menores, juventud y discapacitados*, Tomo III, Edit. Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Dueñas Ruiz, Oscar José, (2009), *Acción y Procedimiento en la Tutela*, Sexta Edición, Edit. Librería ediciones del profesional LTDA.

Naranjo Mesa, Vladimiro, (2000), *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Edit. Temis.

Galvis Gaitán, Fernando, (2012) *La Constitución Política de 1991, Balance de veinte años*, Edit. Temis

Alzaga Villaamil, Oscar, (1978) *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edit. del foro.

Jiménez, Andrea Carolina, (2008), *Democracia y neoliberalismo, Divergencias y convergencias en la construcción de la Carta Política de 1991*, Medellín, Edit. La carreta Editores.

Vallejo Mejía, Jesús, (1991), "Reflexiones críticas sobre la constitución de 1991", Bogotá, Universidad del Rosario.

Corte constitucional, Sentencia T-514/98, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

-

Corte Constitucional, Sentencia T-531/92 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia T-408/95 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia T-292/2004 Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia C-598/98 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-839/01 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

- Corte Constitucional, Sentencia C-1064/2000 Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia T-406/92 Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

Londoño Jaramillo, Mabel (2007), Deberes Y Derechos Procesales En El Estado Social De Derecho, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302007000100004&script=sci_arttext

Gráfico 1: *Evolución de las inscripciones de familias del nivel 1 del Sisben Período 2005-2011*, Departamento para la prosperidad social, familias en acción Informe de estado y avance Segundo Semestre de 2011, [http://www.dps.gov.co/documentos/docs_FA/INFORME%20DE%20GESTION%20BIRF%207619%20-%20SEMESTRE%20II%202011%20\(2\).pdf](http://www.dps.gov.co/documentos/docs_FA/INFORME%20DE%20GESTION%20BIRF%207619%20-%20SEMESTRE%20II%202011%20(2).pdf)

Gráfico 2: *Pobreza extrema Nacional*, Dane, Boletín de prensa 17-05-2012, http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=430&Itemid=66

Tabla No. 1 *Proyecciones de Población 2005-2020 Nacional, por sexo, grupos quinquenales de edad*, DANE, Estimaciones y proyecciones de población,

http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=75&Itemid=72

Tabla No. 2 *Máximo de Familias liquidadas y valor liquidado por período*, Departamento para la prosperidad social, familias en acción, Informe de estado y avance Segundo Semestre de 2011, [http://www.dps.gov.co/documentos/docs_FA/INFORME%20DE%20GESTION%20BIRF%207619%20-%20SEMESTRE%20II%202011%20\(2\).pdf](http://www.dps.gov.co/documentos/docs_FA/INFORME%20DE%20GESTION%20BIRF%207619%20-%20SEMESTRE%20II%202011%20(2).pdf)

Tabla No. 3 *Máximo de Menores liquidados según el tipo de subsidio por período*, Departamento para la prosperidad social, familias en acción, Informe de estado y avance Segundo Semestre de 2011, [http://www.dps.gov.co/documentos/docs_FA/INFORME%20DE%20GESTION%20BIRF%207619%20-%20SEMESTRE%20II%202011%20\(2\).pdf](http://www.dps.gov.co/documentos/docs_FA/INFORME%20DE%20GESTION%20BIRF%207619%20-%20SEMESTRE%20II%202011%20(2).pdf)

Tabla No. 4 *Nacimientos en el 2011*, DANE, Estadísticas Vitales, Cuadro 12 Nacimientos por sitio de parto, según departamento, municipio de ocurrencia y régimen de seguridad social de la madre año 2011, http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=73&Itemid=119

LA FILIACIÓN EN EL CASO DE LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN COLOMBIA

José Gabriel Lizcano Suárez
Jesús Enrique Rolón Rolón
Martha Patricia Rubio Hurtado

RESUMEN

Las técnicas de reproducción humana asistida, con fines reproductivos, se han convertido en los últimos 30 años en una oportunidad única para las familias o parejas, que por diferentes afectaciones biológicas, no han podido procrear de manera natural. Sin embargo, estas técnicas han conllevado a un sinnúmero de problemas jurídicos, relacionados especialmente con el tema de la filiación.

En Colombia, no existe una ley específica sobre las técnicas de reproducción asistida. Las donaciones de espermatozoides y óvulos están contempladas en el Decreto 1546 de 1998, sin que se haga mención de sus consecuencias sobre la filiación, ni las condiciones requeridas para ser receptor(a) de una donación de gametos.

En el año 2006, se expidió la Ley 1060 de 2006, que modificó en su totalidad la normatividad del Código Civil en cuanto a las acciones de filiación, y ha impactado la regulación en materia de derecho de familia, no solo desde el punto de vista de la filiación, sino en general el parentesco, al equiparar la filiación y el parentesco matrimonial con el extramatrimonial en cuanto a la protección jurídica se refiere.

Sin embargo, y de acuerdo a las directrices trazadas por la jurisprudencia, en Colombia los donantes de gametos están expuestos a soportar acciones de investigación de la paternidad o la maternidad, si se tiene en cuenta el alcance del derecho fundamental a conocer la filiación.

Sin lugar a dudas, ha sido la legislación española la que más se ha tenido en cuenta a la hora de proceder a redactar las normas colombianas, especialmente en el tema en mención.

Palabras clave: Reproducción asistida, derecho de familia, filiación, In vitro, fecundación, gametos, Código Civil.

ABSTRACT

The techniques of assisted human reproduction, reproductive purposes, have become in the last 30 years a unique opportunity for families or couples, who for various biological affectations, could not procreate naturally. However, these techniques have led to a host of legal problems, especially related to the issue of parentage.

In Colombia, there is no specific law on assisted reproduction techniques. The sperm and egg donation are covered in Decree 1546 of 1998, without making mention of its impact on personal details, or the requirements for receiving (a) for a donation of gametes.

In the year 2006, passed Law 1060 of 2006, which amended the regulations in full Civil Code regarding the actions of filiation, and regulation has impacted on family law, not only from the point of view of parenthood, but in general the relationship, to equate marriage and kinship affiliation with the extramarital affair in terms of legal protection is concerned.

However, according to the guidelines set by case law in Colombia gamete donors are exposed to support research activities of parenthood, taking into account the scope of the fundamental right to know the parentage.

Undoubtedly, Spanish legislation has been the most widely taken into account when proceeding to draft Colombian regulations, especially on the issue in question.

Keywords: assisted reproduction, family law, affiliation, in vitro fertilization, gamete, Civil Code.

INTRODUCCIÓN

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. De ellas, la inseminación artificial (IA) con semen del marido o del varón de la pareja (IAC) o con semen de donante (IAD), se viene realizando desde hace bastantes años;

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces.

Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión.

Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal.

Las técnicas de reproducción asistida plantean graves problemas en orden a la determinación de la filiación, fundamentalmente al tratar de utilizar los criterios tradicionales para ello.

Con este ensayo, se quiere presentar un análisis jurídico del desarrollo normativo de las relaciones de filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida en Colombia, examinando a su vez la influencia que han tenido los modelos legislativos extranjeros en el desarrollo de la legislación colombiana sobre las relaciones de filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida, así como los problemas que se presentan en materia de filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida en Colombia, y finalmente, presentar un compendio de las normas legales en el derecho comparado sobre las técnicas de reproducción asistida para comparar su incidencia en materia de filiación.

1. LA FILIACIÓN EN EL CASO DE LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN COLOMBIA

La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, tiene múltiples implicaciones en el mundo jurídico observándose claramente su estrecha relación en cuanto a la filiación de los hijos.

En Colombia a pesar de no existir norma alguna en la legislación civil, en la Constitución Política de Colombia, se estableció un precepto bajo el cual se determina que todos los hijos incluyendo a los procreados con asistencia científica gozan de los mismos derechos y deberes, lo que conlleva a una incompleta regulación sobre las técnicas de reproducción humana asistida.

Los problemas que surgen en materia de filiación al encontrarse en presencia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida han sido tratados aplicando la lógica jurídica, los principios generales de derecho y derecho comparado⁵⁰, para darle solución a los vacíos legales que se presenta en Colombia.

Sin embargo, el precepto constitucional existente en Colombia no ha tenido aún el desarrollo legislativo necesario, aunque se han hecho intentos para crear una legislación referente al tema, siendo estos varios proyectos de ley, que nunca ha sido posible convertirlos en ley, viéndose así la intención de regular el tema, pero así mismo el fracaso que ha tenido.

En Colombia, el tema de las técnicas de reproducción humana asistida, ha sido tratado por doctrinantes como Roberto Suárez Franco, Arturo Valencia Zea, Eduardo García Sarmiento y Jaime Humberto Araque González⁵¹, los cuales señalan en sus obras su postura a la solución en el tema de la filiación que les corresponde a los hijos procreados con asistencia científica dependiendo esta del método utilizado⁵².

1.1 Las Técnicas de reproducción humana asistida

⁵⁰ GARCIA SARMIENTO, E. (1999). *Elementos de derecho de familia*. Bogotá: Editorial Facultad de Derecho. Pág. 89.

⁵¹ BAQUERO VEGA, I. y CRUZ GONZALEZ, C. (2002). *La Filiación a la luz del derecho Colombiano, Chileno, Argentino, Venezolano y Peruano*. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Derecho. Bogotá, D.C. Pág. 131. www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS08.pdf

⁵² *Las técnicas de reproducción humana asistida comprenden varios métodos entre los cuales se encuentran la inseminación artificial y la fecundación in vitro.*

La reproducción humana asistida es la denominación genérica de diversas técnicas desarrolladas en las últimas décadas, para el tratamiento de la esterilidad, las cuales se caracterizan por la manipulación de los gametos de la pareja, sin que para tal fin sea necesaria la presencia de relaciones sexuales⁵³.

En primer lugar, es necesario señalar, que se llaman técnicas de reproducción asistida, a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción⁵⁴.

En un concepto más amplio, se puede afirmar que las técnicas de reproducción humana asistida, son diversos procedimientos que buscan de una forma artificial ayudar a la concepción de hijos en los casos en que la procreación de estos no puede realizarse de manera natural, es así como debido a su innegable utilidad para la vida social, las técnicas de reproducción humana asistida se han venido usando desde hace muchos años a lo largo y ancho del mundo, sin que Colombia sea una excepción a esa tendencia global de servirse de dichas técnicas⁵⁵.

Las técnicas de reproducción humana asistida, se han venido utilizando desde hace unos 30 años, pero debido a la complejidad médica, ética y a la evolución constante de las mismas, no han sido reguladas de una forma clara y no se han establecido límites para ellas, fenómeno que, independientemente de la opinión que se tenga al respecto, necesita una solución rápida.

Existen aproximadamente, unas trece técnicas de reproducción humana asistida para las parejas con esterilidad, que desean tener hijos. Las más usadas de todas, son la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro⁵⁶:

La inseminación artificial: Es una técnica que consiste en trasladar el semen del hombre, esposo o donante, recogido previamente, al interior del útero de la mujer sin que haya relaciones sexuales entre ellos.

⁵³ *DICCIONARIO DE MEDICINA*. (2004). Barcelona, Mosby. Pág. 33.

⁵⁴ *IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina*. UNFA - ASDI. San José de Costa Rica, 2008.
<http://lac.unfpa.org/webdav/site/lac/shared/DOCUMENTS/2008/Libro%204.%20Reproduccion%20asistida.pdf>

⁵⁵ *SUAREZ PARADA, A. Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho de Familia Colombiano*. Universidad Santo Tomás. Bogotá, Colombia.
http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/

⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 25.

Ahora bien, existen dos clases de inseminación artificial o también llamada intrauterina; la inseminación artificial de donante o inseminación heteróloga y la inseminación artificial del esposo o compañero, llamada inseminación homóloga.

La inseminación artificial de donante o heteróloga es aquella en la que la muestra de semen es aportada por un donante anónimo. El procedimiento se utiliza sobre todo en los casos en que no ha sido posible obtener por ningún método espermatozoides del compañero sexual o porque existe alguna anomalía genética del compañero⁵⁷.

Con respecto a la inseminación intrauterina homóloga, la muestra de semen es aportada por el compañero sexual, teniendo en cuenta que existen para ello factores cervicales; factor masculino u oligoastenoteratozoospermias moderadas; factor coital; infertilidad inexplicable o endometriosis; en otras palabras, esta inseminación se efectúa sobre todo en casos de impotencia, o cuando el compañero sexual no puede tener una relación sexual normal como consecuencia de alguna incapacidad física⁵⁸.

La Fecundación "In Vitro", por su parte es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre.

Otras técnicas menos usadas son: la Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides, la transferencia de embriones congelados y la donación de ovocitos⁵⁹.

En este orden de ideas, debe señalarse que la reproducción humana asistida comprende todo un conjunto de procedimientos técnicos-médicos que actúan como coadyuvantes en el proceso de la fecundación, pero desde una perspectiva y manejo científico y tecnológico, cuando para las parejas, de manera natural, es imposible procrear.

⁵⁷ PEREZ, L. (1991). *Infertilidad y Endocrinología Reproductiva*, Bogotá, Gamacolor. Pág. 93-95.

⁵⁸ SUAREZ PARADA, A. *Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho de Familia Colombiano*. Universidad Santo Tomás. Bogotá, Colombia. Pág. 27.
http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/

⁵⁹ SUAREZ PARADA, A. *Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho de Familia Colombiano*. Universidad Santo Tomás. Bogotá, Colombia. Pág. 25.
http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/

1.2 Desarrollo normativo de las relaciones de filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida en Colombia.

Jurídicamente la filiación es la relación paterno-filial existente entre el progenitor (ya sea el padre o la madre) y su hijo(a). Ese vínculo o relación familiar puede provenir de una realidad natural (biológica) o puede provenir de un acto jurídico como la adopción. Si es biológica (es decir, la generación del hijo proviene del acto sexual), sus padres biológicos pueden estar casados (filiación matrimonial) o no estarlo (filiación extramatrimonial). También puede ser biológica, pero la fecundación no se origina en el acto sexual natural, sino en una fecundación médicamente asistida a través de las técnicas de reproducción permitidas legalmente.

La Corte Constitucional ha definido la filiación como la relación que se genera entre procreante y procreado o procreada entre adoptante y adoptado o adoptada⁶⁰.

La filiación estructura un estado civil porque implica la relación jurídica entre un hijo o hija, una hija y su padre o su madre, relación de ese hijo o hija con la familia de donde proviene, que va a determinar que el mismo o la misma pueda ser titular de derechos y obligaciones respecto a su padre o a su madre.

La relación paterno-filial está regulada por la ley, que se encarga de dar efectos a la relación que nace entre esos miembros de la familia. La filiación es el grado de parentesco o relación de descendencia existente entre dos personas, una de las cuales es madre o padre de la otra.

La filiación proporciona una identidad a toda persona y, además, implica derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijo o hija. En nuestra legislación esta relación paterno-materno-filial, estaba sujeta a condiciones que no dependían de los hijos o hijas, sino de su nacimiento o del estado civil de los padres. Estas circunstancias han desaparecido de la mayoría de legislaciones, habida cuenta que actualmente a todos los hijos o hijas se les reconoce igualdad de derechos independientemente del origen de su filiación. En nuestra legislación a pesar de haberse igualado los derechos para toda la clase de hijos o hijas, subsisten las diferencias entre ellos de acuerdo con el nacimiento o con el estado civil de los padres, por las diferentes circunstancias que implica cada tipo de filiación.

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T 488 de 1999. M.P. Martha SÁCHICA.*

En cuanto a las personas que optan por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida para procrear les asiste el derecho a su filiación, ya que más que una realidad moral es una realidad jurídica, aún cuando actualmente no exista en la legislación colombiana normatividad específica que regule lo concerniente al manejo de las técnicas de reproducción humana asistida.

Uno de los aspectos que más ha cambiado y más se ha desarrollado a través del tiempo es la clasificación de la Filiación. El Código de Andrés Bello, con clara tendencia francesa incorporó la primera distinción entre hijos o hijas legítimos e ilegítimos y fue reacio a incluir la adopción como fuente de parentesco; esta modalidad se incluyó por iniciativa del legislador de Cundinamarca, y fue adoptada por el Código de la Unión en 1873⁶¹.

En este Código de 1873 los hijos o hijas ilegítimos, se subdividían en dos categorías: 1) Los hijos Naturales o hijos de padres que se podían casar al momento de la concepción. 2) Los hijos de dañado y punible ayuntamiento: Que, a su vez, también se consideraban de dos clases: a) Adulterinos e b) Incestuosos. 3) Los hijos simplemente ilegítimos, aquellos no reconocidos por sus padres. Con esta clasificación de los hijos ilegítimos terminó la Ley 45 de 1936 que sólo contempló a los hijos naturales y a los legítimos⁶².

Posteriormente el Decreto 2820 de 1974, modificó la denominación de hijos o hijas naturales por la de hijos o hijas extramatrimoniales, denominación que hoy continúa vigente. La Ley 29 de 1982 estableció la clasificación de los hijos o hijas en Legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y otorgó igualdad de derechos a todos los hijos o hijas⁶³.

Esta clasificación se conservó hasta la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006 que contiene cambios que afectan directamente la materia.

La Ley 1060 de 2006, que modifica en su totalidad la normatividad del Código Civil en cuanto a las acciones de filiación, ha impactado la regulación en materia de derecho de familia, no solo desde el punto de vista de la filiación, sino en general el

⁶¹ *CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (2007). Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia. Filiación en el Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Grafi-Impacto Ltda. Primera Edición. Pág. 48.*

⁶² *Ibidem. Pág. 48.*

⁶³ *Ibidem. Pág. 48.*

parentesco, al equiparar la filiación y el parentesco matrimonial con el extramatrimonial en cuanto a la protección jurídica se refiere.

Con esta Ley, modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad. Se coloca en pie de igualdad a la familia conformada por un matrimonio y a la conformada por la unión marital.

Admite la filiación como un derecho fundamental, recoge los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia, y establece que siempre existe la posibilidad de establecer la filiación, concretamente la del hijo o hija de mujer casada.

Es una ley de carácter contemporáneo, al incluir la visión moderna de la prueba científica como prueba reina en los procesos de filiación.

A pesar de ser una ley de avanzada, pasó por alto algunos temas de la filiación muy importantes, como la donación de embriones o la fecundación in vitro, entre otros. Sin embargo, no se puede desconocer que representa un avance en el cambio del sistema clásico que diferenciaba entre la filiación legítima y la extramatrimonial; trata de igualarlas en el caso de uniones maritales de hecho, sin técnica jurídica real, pues dentro del título de los hijos o hijas legítimos concebidos en el matrimonio, incluye a los que provienen de una unión marital. Sin embargo la filiación propiamente dicha no se ha igualado.

Con la reforma se pueden establecer que se mantiene la clasificación de la filiación en legítima y extramatrimonial pero se da un alcance diferente a la filiación proveniente de una unión marital que son hijos o hijas extramatrimoniales.

La clasificación legal no contiene la filiación asistida, pues a pesar del esfuerzo hecho por regular el tema, su complejidad no ha permitido concretar ninguna iniciativa legislativa sobre la materia; sin embargo, la filiación asistida goza de reconocimiento constitucional.

1.2.1 La filiación asistida

La filiación asistida es la filiación de hijos o hijas concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. Este sería el nombre más técnico y completo pero por ser un fenómeno nuevo, no completamente regulado y

definido, no hay uniformidad de criterios al momento de denominarla; también ha sido llamada filiación tecnificada o no biológica.

La filiación asistida a pesar de haber aparecido en el mundo hace unos 30 años, no ha sido regulada en forma completa por nuestra legislación civil. El parágrafo 6º del artículo 42 de la Carta Política se refiere explícitamente al tema cuando dispone: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento, en lo concerniente al manejo constitucional y legal de las técnicas científicas de reproducción humana, se hace necesario analizar dentro del actual régimen jurídico de la filiación, consagrada en el Código Civil, no sólo aquellas formas o modalidades tradicionales, sino también aquellas que derivan de los avances científicos.

Con tal fin, las normas actuales que tiene nuestro Derecho de Familia sobre filiación, nos permite establecer que existen en la actualidad dos clases de filiación: la consanguínea, fundada en el vínculo de sangre que une al niño con sus dos padres y la filiación civil, fundada en la adopción, esto es en la voluntad de los padres, homologado por el juez de familia, de acoger como propio a un tercer extraño, y solo en casos excepcionales a quien tiene vínculo consanguíneo con uno de los padres.

Ahora bien, en virtud de lo anterior, y con detalle en el parentesco, resulta evidente que entre el procreado por inseminación artificial y el dador existe una relación de consanguinidad, conforme lo prevé el artículo 35 del Código Civil, tratándose de personas que llevan la misma sangre en virtud de la generación. Así mismo, la situación con respecto a la madre es menos dificultosa, cuando de ella nace el hijo fruto de la fecundación con su pareja⁶⁴.

Respecto de la afinidad, debe decirse que en el caso de la inseminación artificial, se omite la relación sexual para reemplazarla por la inseminación, hallándonos ante la siguiente situación: que entre el dador y los consanguíneos de su pareja no existe parentesco propiamente tal; y viceversa, no se configuraría afinidad entre los consanguíneos del dador y su pareja, debido a la falta de conocimiento carnal⁶⁵.

⁶⁴ SUAREZ FRANCO, R. (2001). *Derecho de Familia, Bogotá. Pág. 38.*

⁶⁵ *Ibidem. Pág. 39.*

No obstante, el caso presenta mayor complejidad cuando la mujer es inseminada artificialmente por hombre distinto de su pareja; caso en el cual el hijo procreado por inseminación artificial adquiere con su padre putativo parentesco de afinidad en línea recta en primer grado, por la razón de ser consanguíneo (hijo) de la mujer.

Consecuentemente, se hace mención a otro aspecto de gran controversia como es si el dador es el esposo, el hijo de su mujer es legítimo o matrimonial. Si quien suministra el espermatozoide es persona distinta del esposo que conforma la pareja, el hijo será extramatrimonial, aunque la esposa hubiese sido autorizada por su esposo para que se la insemine artificialmente.

En cuanto a la fecundación In Vitro, conforme con nuestra legislación actual, es decir, con base en nuestro Código Civil Colombiano, artículo 35, la madre es la mujer que a través del parto tiene el hijo, luego ella es pariente consanguínea de su hijo en primer grado en línea recta. Con relación a quien fecundó el espermatozoide que dio origen a la vida del hijo, se enfatiza una vez más en que no existe normatividad que permita determinar un parentesco.

De otro lado, con fundamento en la actual Constitución Política que nos rige en Colombia y con la normatividad legal vigente, se puede afirmar que no es posible aceptar la maternidad por sustitución, que consiste en que la mujer que gesta y da a luz, no aporta material genético y tan solo le contratan su fuerza biológica de gestación, toda vez que en ambos casos se estarían violando principios legales y constitucionales.

De esta manera queda claro, según el Código Civil, en sus artículos 335 y subsiguientes, que el estado de filiación respecto de la madre, en caso de que en la técnica de reproducción humana asistida, se haya utilizado la fertilización in Vitro con el óvulo de una donante, se debe resolver a partir de un hecho cierto, como es el alumbramiento, acreditado según el registro civil correspondiente, pues en este caso se debe aplicar dogmáticamente la regla "*partus sequitur ventrem*", la cual presupone que existe una coincidencia entre la mujer que aporta el óvulo, la que sobrelleva el embarazo y la que da a luz, sin que sea posible la impugnación de la maternidad por causal distinta que la de suplantación del hijo o por falso parto.

De otro lado, si se trata de aportar la prueba del DNA para demostrar la falta del vínculo de sangre entre la presunta madre y su supuesto hijo, el juez está en la obligación de aclarar la causa del embarazo y si se trata del empleo de una técnica de reproducción asistida, objeto de esta investigación, dar por sentado que el consentimiento prestado para que dicha técnica se hubiera llevado a cabo, es causal suficiente para aceptar y prohijar como propio el hijo que está por nacer; no por el vínculo de sangre, sino por un acto voluntario de aceptar la concepción de ese hijo, asemejándose esa manifestación de voluntad a la que se presta en la adopción para prohijar como propio al hijo que no lo es y con el cual no se mantiene ningún vínculo de consanguinidad.

Cabe analizar, para finalizar este aspecto de la filiación materna, el derecho a la mujer soltera a que se le reconozca su derecho a la procreación, mediante las técnicas de reproducción humana asistidas.

En razón a ello, en Colombia existe poco control sobre el acceso libre de las madres solteras para encargar un hijo con cualquiera de las técnicas y aportando ella o no su material genético.

Lo cierto es que la Constitución respeta en su artículo 42 el derecho que tiene toda persona a conformar una familia, a decidir el número de hijos que pueda tener, y en resumen, a decidir libremente sobre si opta o no por tener hijos sin tener un compañero en su vida, mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

De esta manera se deduce, que cualquier legislación que limite el derecho de acceso libre a las técnicas de reproducción humana asistidas, serían violatorias del artículo 42 de nuestra Constitución Política.

1.3 Influencia de los modelos legislativos extranjeros en el desarrollo de la legislación colombiana sobre las relaciones de filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida.

Aunque se la legislado en varios países sobre la filiación en caso de utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, se ha escogido como modelo legislativo extranjero, el caso de España, donde se modificó el art. 182 del Código Civil en materia de filiación en relación el problema de los hijos concebidos mediante la aplicación de la tecnología reproductiva.

El precepto aprobado por la ley N° 19.585, que entró en vigencia el 27 de octubre de 1999, dispone que “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas” y que “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (art. 182 CC).

Si el nacimiento o la concepción tecnológica del niño acaecen durante el matrimonio de la pareja receptora, la maternidad quedará determinada por el parto, conforme al art. 183 CC, y la paternidad por aplicación de la presunción *pater is est* del art. 184 CC. No es necesario, para nada, sacar a relucir que se trata de una concepción lograda por aplicación de métodos artificiales.

Si la pareja que se somete a la técnica homóloga no ha contraído matrimonio, la determinación de la filiación se producirá con toda seguridad mediante reconocimiento otorgado en la inscripción del nacimiento del hijo (art. 187 CC). Si uno o ambos padres no reconoce al hijo deberá reclamarse judicialmente la filiación, pero de nuevo no será necesario invocar el art. 182 CC, ya que mediante las pruebas biológicas se podrá acreditar la paternidad o maternidad discutidas. Por cierto, el hecho de que se pruebe que esos interesados consintieron en someterse a la técnica de la cual nació el hijo, constituirá un elemento probatorio importante en ese proceso. Pero se tratará de una probanza, no de un medio de determinación de la filiación.

En el caso de técnicas con uso de gametos ajenos, es donde lugar propio la función del artículo 182 CC, ya que de no existir la norma, el varón o la mujer que no aportó su material genético al proceso de procreación no podría ser considerado, salvo caso de adopción, padre o madre del niño.

En todo caso, la determinación no operará por la mera exhibición de documentos o declaraciones testimoniales que acrediten el sometimiento a la técnica. La ley no ha dado normas –ni creo que hubiera sido factible hacerlo- para que acceda al Registro la voluntad de procrear artificialmente un hijo.

Por esta razón, aquí la determinación se completará siempre con la sentencia judicial que constate que el hijo fue concebido por aplicación de una técnica de reproducción asistida y que el supuesto padre o madre se sometió voluntariamente a ella, estando consciente de la utilización de gametos de un tercero.

En el fondo, pueden darse dos situaciones. La primera – que será la más frecuente- que el hijo goce de una filiación determinada por otros medios que coincide con la que le atribuye el art. 182 CC. Por ejemplo, si es hijo de padres casados y se aplicó la presunción de paternidad del esposo, o si es hijo de padres no casados pero ambos lo han reconocido voluntariamente. En tales casos, sólo frente a una demanda de impugnación de dicha filiación (por ejemplo, del esposo que pretende desconocer su paternidad o del donante de gametos que pretende reclamar al hijo), se podrá oponer como excepción la norma del artículo 182 CC, y la sentencia que constate que se han producido sus presupuestos afirmará la filiación determinándola conforme a esa norma, es decir, por el hecho del sometimiento a esas técnicas reproductivas.

La segunda situación en la que puede encontrarse el hijo concebido por aplicación de estas técnicas, es que sea de filiación no determinada, por no haber tenido lugar las formas ordinarias de determinación. En tal caso, el hijo, o su representante legal, podrá ejercer la acción de reclamación de paternidad y maternidad contra el varón o la mujer que consintieron en la aplicación de la técnica, y la sentencia que así lo constate determinará la filiación conforme con el art. 182 CC.

En ambos casos, la sentencia debe acceder al Registro Civil y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento.

Según el art. 182 CC no puede impugnarse la filiación determinada conforme a la regla que él establece, es decir que son padres el varón y la mujer que se someten a la técnica.

La norma está claramente dirigida, en primer lugar, al miembro de la pareja que se somete a la técnica y que no aportó sus propios gametos en la fecundación. La ley le veda que entre a desconocer su paternidad o maternidad invocando la falta de vínculo de sangre. Esta prohibición de impugnar es operativa solamente cuando existe determinada una filiación para el hijo por otros medios pero que coincide con la regla del art. 182 CC.

El caso típico es el del esposo que ha aceptado que su mujer sea inseminada con gametos ajenos y que luego pretende impugnar la presunción de paternidad. Lo mismo sucede, cuando se trate de padres no casados, si uno de ellos pretende ir en contra del reconocimiento que hizo del hijo.

También indirectamente se aplicará al aportante de gametos, que no podrá impugnar la paternidad o maternidad de los que consintieron en la técnica, como presupuesto de procedencia de una acción de reclamación de su propia paternidad o maternidad.

1.4 Tendencias mundiales sobre legislación en relación con las técnicas de reproducción asistida.

A nivel mundial muchos países no han legislado aún sobre el tema de la filiación en relación con las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, hay algunos que lo han hecho, y se destacan dos tendencias al respecto:

La primera tendencia agrupa a una gran cantidad de países que no tienen legislación sobre el tema, aunque en muchos de ellos solamente exista alguna normatividad en curso. Algunos piensan que debe esperarse un poco más hasta cuando haya más claridad sobre el tema. Este criterio no tiene en cuenta que la primera fecundación in vitro (del Latín vitrum-i= vidrio, hoy tubo de ensayo) fue hace 30 años y es hora de regular fenómenos de ocurrencia diaria en nuestro país; la ley deberá comprender los fenómenos conocidos pues es necesario ir regulando la materia.

La segunda es la de los países que han legislado sobre el tema que, a su vez presentan dos corrientes:

Los de los liberales y permisivos, representados por las legislaciones Española, Inglesa, Francesa.

La de los restrictivos incluidos en las legislaciones de Alemana, Austria, Italia, Suiza, Noruega y Sueca.

En algunos países como Austria, Francia y Suecia solo tienen derecho a la reproducción in vitro, las parejas casadas y las que conviven como marido y mujer. En Bulgaria, Hungría y Noruega la restricción es mayor: es solo para mujeres casadas. En Dinamarca pueden acceder a esta técnica mujeres solas. En España pueden acceder a esta técnica tanto matrimonios, como parejas heterosexuales y mujeres solas.

En Italia y Perú está prohibida la donación de espermatozoides y óvulos. En países como Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Checoslovaquia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Inglaterra, Kosovo, Luxemburgo, Portugal, Suecia y Suiza es lícita la reproducción usando el semen de otra persona y hay normas que reconocen al marido o compañero como padre legal del niño o niña así procreado. Francia además estipula que el donante del semen no podrá establecer vínculo de filiación con el hijo o hija fruto de esta procreación.

En Bolivia y México se establece que no se puede desconocer la paternidad de un hijo o hija concebido por fecundación artificial si se dio autorización escrita del marido para hacerla. En la legislación Chilena el código civil dispone que en caso de reproducción asistida el padre y la madre, sin importar que estén o no casados, son quienes se sometieron a ella e impide la impugnación o reclamación de la filiación así determinada. Está prohibida en Alemania, Austria y Noruega la donación de óvulos. En Inglaterra la donación de óvulos y embriones si es lícita.

En Colombia el asunto no está regulado, es un punto controversial para algunos conocer la identidad del donante, es importante porque por un lado defienden el derecho del niño o niña a conocer su origen genético, de acuerdo con la teoría de la verdad biológica y, por otro, en poblaciones pequeñas sería útil para evitar matrimonios entre personas que están ligadas consanguíneamente.

Entre los países que aprueban el derecho de los niño o niñas a ser informados acerca de la identidad de sus padres está Alemania (a partir de los 16 años), Austria (lo establece desde los 14 años), Inglaterra (a los 18 años) y Suiza (a los 18 años). El donante, por el hecho de la donación, pierde todos los derechos y obligaciones con relación a ese niño o niña; los renuentes a que se conozca la identidad del donante manifiestan que podría haber problemas con terceros (donantes del semen o del óvulo) que traten de interferir en la vida del hijo o hija o posteriormente, la hija o el hijo, así concebidos, intenten solicitar al donante alimentos o derechos sucesorales sobre los bienes del padre biológico; sería una coyuntura que dificultaría conseguir donantes. Esta es la posición de países como Francia, Noruega y Bulgaria donde el donante es anónimo, en España también pero el hijo o hija puede conocer la información genética del donante a los 18 años. La posición intermedia sostiene que la donación debe ser anónima, salvo circunstancias de fuerza mayor que obliguen a levantar la reserva, como una enfermedad del hijo o hija, o para evitar matrimonios con impedimentos etc.

1.5 Problemas que se presentan en materia de filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida en Colombia.

Las técnicas de reproducción humana asistida parten de premisas –en principio- contrarias a las que dibujan la filiación tradicional, porque ellas, por regla, excluyen el derecho a conocer quien fue el aportante del material genético y, en adición, le dan especial valía al consentimiento. La jurisprudencia se ha venido valiendo de la ciencia, para poder conocer; pero la ciencia cuando de las técnicas de reproducción humana asistida se trata, descarta la averiguación del origen biológico⁶⁶.

Como es de amplio conocimiento, la mayoría de las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación intrauterina, o la fertilización in vitro), posibilitan por razones médicas la utilización de semen o de óvulos que no pertenezcan al hombre o la mujer que integran la pareja, eventos en los cuales se acude al material genético que haya sido entregado por un donante de gametos anónimo o relacionado⁶⁷.

En esta hipótesis de inseminación heteróloga, un presupuesto fundamental de las técnicas de reproducción humana asistida, es la preservación del anonimato del donante, contra quien, en teoría, no se debería adelantar ningún proceso de investigación de la paternidad o de la maternidad, como tampoco debería ser admisible un proceso de impugnación por parte del hombre o mujer que consintieron en la utilización del material genético ajeno. Puede afirmarse, válidamente, que si un ordenamiento jurídico posibilita que los donantes de gametos sean llamados a responder por la paternidad o la maternidad de quien fue procreado a partir de la fecundación lograda con su material genético, está condenando al fracaso a las técnicas de reproducción humana asistida, pues quien se expondría a ser donante. Y por esa misma vía, al margen del resultado meramente médico, toda vez que no se podría ofrecer ninguna seguridad jurídica de dichas técnicas, si se habilitara al padre

⁶⁶ ALVAREZ GOMEZ, M. *Avances Jurisprudenciales en las nuevas tipologías familiares en Colombia. Perspectiva judicial en torno a las técnicas de reproducción humana asistida.* Pág. 15. derecho.udea.edu.co/descargas/Flia2/avancesJurisprudenciales.pdf

⁶⁷ MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. *Decreto 1546 de 1998. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9a. de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares.*

o la madre para retractarse del consentimiento que inicialmente dieron para utilizar el material genético del donante heterólogo⁶⁸.

De acuerdo a las directrices trazadas por la jurisprudencia, se debe aceptar que en Colombia los donantes de gametos están expuestos a soportar acciones de investigación de la paternidad o de la maternidad, si se tiene en cuenta el alcance del derecho fundamental a conocer la filiación. Es tan fuerte el criterio biológico, que la Ley 721 de 2001, estableció como prueba obligatoria la del DNA con el uso de marcadores genéticos, previendo en su artículo 8 que, “en firme el resultado, si la prueba demuestra la paternidad o maternidad el Juez procederá a decretarla” (parágrafo 2), disposición en torno a la cual la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-808 de octubre 3 de 2002 que, “sin lugar a dudas, con fundamento en la prueba de ADN la decisión judicial no puede ser distinta a la señalada en la misma norma, que sólo tiene dos opciones, a saber: (i) si del resultado de la prueba se concluye la paternidad o maternidad, obviamente el Juez, tendrá que declarar probada la existencia de uno de tales vínculos, señalando al padre o madre verdadero; (ii) por el contrario, si del resultado de la prueba se determina que el demandado no es el padre o madre, o que el índice de probabilidad de la prueba no arroja el resultado del 99.9% de certeza, por fuerza deberá absolverse al demandado (a)”.

En otras palabras, si el hijo, por vía de ejemplo, llegare a conocer el nombre del donante heterólogo, bien podría entablar contra él un proceso de filiación extramatrimonial, en la seguridad del buen éxito de su pretensión; y si fue habido en matrimonio, o fue reconocido – en caso de haber sido procreado en el marco de una unión marital de hecho-, bien puede impugnar su paternidad o maternidad y, al mismo tiempo, ejercer la acción de reclamación de estado, seguro de que el criterio biológico marcará el sentido de la decisión. Más aún, tanto el padre como la madre, al amparo de esa interpretación judicial, pueden impugnar la filiación, e incluso, nada obsta para que el donante, tal vez por interés en la futura sucesión, reconozca eficazmente a los hijos que se procrearon a partir de su material genético, pues ninguna norma lo impide, tanto más si se considera que en los casos en que el hijo fue habido dentro de un matrimonio, “es criterio sólidamente decantando el de que el reconocimiento de paternidad extramatrimonial que se haga de hijo de mujer

⁶⁸ *ÁLVAREZ GÓMEZ, M. Avances Jurisprudenciales en las nuevas tipologías familiares en Colombia. Perspectiva judicial en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. Pág. 16. derecho.udea.edu.co/descargas/Flia2/avancesJurisprudenciales.pdf*

casada preexistente a la ejecutoria de la sentencia que declare que tal no lo es del marido, no sufre desmedro en su validez ni puede, simplemente por ello, ser anulado, si no que permanece en estado de pendencia, para producir todos sus efectos, hasta cuando se ejecutoríe la sentencia que destruya la presunción de maternidad legítima que ampara al hijo”⁶⁹.

Ahora bien, cuando una pareja está ligada por el vínculo del matrimonio, acude a una de dichas técnicas para solucionar el problema de infertilidad del hombre o la mujer, es claro que, de ser necesaria la utilización de material genético de donante heterólogo, es indispensable el consentimiento de los cónyuges. Pero al margen de ese consentimiento, lo cierto es que ese hijo tendrá por padre al marido y por madre a la mujer, así el semen o el óvulo hayan provenido de otro varón o de otra mujer.

Con todo, nada obsta para que el padre o el hijo impugnen la paternidad, sin que se les pueda oponer para el buen suceso de la pretensión, que aquél consintió en la donación. En el único caso en que ese consentimiento sí puede ser oponible, se presenta cuando el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para impugnar la paternidad (Art. 219 C.C.), evento en el cual los herederos no pueden desconocer la voluntad del padre, pues la Corte Suprema de Justicia ha doctrinado, en sentencia perfectamente aplicable a esta hipótesis, que: “si el marido, pues, en cambio de ejercer el derecho de impugnación por medio del reconocimiento reafirma esa paternidad, aceptándola así claramente, esa circunstancia cierra definitivamente a sus herederos la posibilidad de entrar a discutir el hecho de la paternidad legítima que está indisolublemente unido a la maternidad legítima”⁷⁰.

Tratándose de la paternidad extramatrimonial, la Corte Suprema de Justicia señaló en un pronunciamiento, que la confesión de paternidad contenida en el reconocimiento voluntario que se hace del hijo..., en principio, significa, de un lado, la participación de su autor en los actos propios destinados a la procreación del reconocido”, esto es, en “las relaciones sexuales como fenómeno natural generador de la concepción o, en la actualidad, la participación en la obtenida por cualquier medio científico”, agregando que, en los casos en que procede la impugnación del reconocimiento, es necesario demostrar “que el reconocido no pudo tener por padre

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Civ. Sent. Marzo 1 de 1991.

⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Civ., Sent. Septiembre 22 de 1978.

a quien figura como tal", que es la hipótesis contemplada en el artículo 248 del Código Civil, al cual remite el artículo 5 de la Ley 75 de 1968⁷¹.

Por consiguiente, tan amplia previsión posibilita que el padre extramatrimonial pueda impugnar el reconocimiento, acreditando que el hijo reconocido no puede tenerlo a él como progenitor, porque el semen utilizado provenía de otro hombre: del donante heterólogo.

En el caso de la maternidad, la situación no es menos favorable a las técnicas de reproducción humana asistida, pues ella, en la hora actual, puede ser impugnada sin mayores cortapisas, lo que deja bien frágil la situación de las mujeres que acuden a esos procedimientos y requieren de la donación de un óvulo, las más de las veces de una donante relacionada (madre, hermana, sobrina, etc.), dadas las dificultades que presenta la crío preservación de los gametos femeninos, todo lo cual se afirma sobre la base de que la Ley 721 de 2001, optó por la maternidad biológica, acabando con la rigidez del Código Civil, que se inclinó por la maternidad gestacional.

Cabe destacar que la maternidad que se determina con referencia a la gestación, parece favorecer más los interés de las técnicas de reproducción humana asistida (salvo en el caso del arrendamiento de vientres), toda vez que, con independencia de quien haya aportado el óvulo, la maternidad se determina por el parto, como acontece en el Código Civil (Art. 335).

Sin embargo, la Ley 721 de 2001, no deja duda sobre el particular, pues el Juez está obligado a declarar la paternidad o la maternidad, en el sentido expresado en la prueba de ADN, de suerte que si este medio probatorio permite establecer que la mujer aportante del material genético no fue la que parió, deberá declararse como madre a aquella cuyo óvulo fue fecundado.

Pero retomando el tema del consentimiento, este presenta mayores dificultades cuando las técnicas en cuestión se aplican con posterioridad al fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

Conviene recordar un caso judicial: hace ya varios años, una pareja se sometió a un procedimiento para revertir la fertilidad de la mujer. Como parte de él, el

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Cas. Civ. Sent, Abril 11 de 2003.*

hombre congeló su semen en el centro médico que los atendió, pero a los pocos meses falleció. Algún tiempo después, la mujer se sometió a un procedimiento de fertilización in vitro, en el cual se utilizó el material genético de quien fue su compañero, con la buena fortuna de haber procreado gemelos, nacidos casi al año de la muerte del esposo. Reclamada la paternidad, el Juzgado 3 de Familia de Bogotá, accedió a la solicitud de declarar la filiación extramatrimonial, en decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 2 de agosto de 1994. En su fallo, la Sala le dio particular importancia a dos hechos: el primero, que el material genético utilizado para fecundar a la madre “provenía de quien lo consignara”; el segundo, que “era de manifiesta la voluntad de xx y su compañera de tener descendencia”, e igualmente, que aquél otorgó “consentimiento expreso de su paternidad” al depositar su semen “con destino exclusivo a la fecundación de su compañera”.

El principal argumento del Tribunal se remitió al consentimiento, al punto de reseñar en su decisión, tras de hacer una mención genérica al derecho comparado, que hoy por hoy se “privilegia el consentimiento para la práctica de una determinada operación destinada a la génesis de un ser humano, a efecto de determinar las relaciones propias de la filiación, a diferencia de la procreación natural en la cual la gestación es anexa a la relación sexual, de modo que las relaciones parentales creadas en virtud de ese procedimiento de génesis artificial son exactamente las buscadas.

En caso de consolidarse este criterio jurisprudencial, pueden ser muchos los inconvenientes que se presenten en materia de derechos sucesorales, pues si bien el consentimiento es determinante para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, salvo en el caso de embriones que ya existan para la fecha de la muerte del hombre – por las razones constitucionales que ya se mencionaron-, ese hecho, el fallecimiento del donante, debiera erigirse como impeditivo para la utilización de los gametos que hubiere dejado criopreservados. Ni siquiera en el caso de voluntad testamentaria debiera ser posible adelantar un procedimiento de procreación asistida, pues el derecho no puede tolerar que los hombres creen vida después de su muerte.

Tanto en la hipótesis de la paternidad matrimonial como extramatrimonial, debieran restringirse los efectos patrimoniales, los cuales, en el último evento, sólo pueden concederse si la demanda de filiación se notifica dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre (Art. 10, Ley 75 de 1968).

1.6 Normas legales en el derecho comparado sobre las técnicas de reproducción asistida para comparar su incidencia en materia de filiación.

Los principios generales sobre la relación jurídica entre padres e hijos o hijas se encuentran contenidos, entre otros, en los siguientes pactos y convenios internacionales firmados por Colombia:

Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional. Firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1889. Ratificado por Colombia mediante la Ley 33 de 1992. Este tratado contiene tres artículos (16, 17 y 18) referentes al tema de la filiación donde específicamente se establece que la ley que rige la celebración del matrimonio es la que determina la filiación legítima de un niño o niña, de manera que si el problema de la legitimidad de un niño o niña no tiene raíz en la validez o en la nulidad de un matrimonio, se regula por el domicilio conyugal que tengan los padres en el momento de nacer el niño o niña y que los derechos de la filiación ilegítima se rigen por la ley del Estado donde se va a hacer efectiva.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 La declaración en su artículo 2o. proclama que no se admiten excepciones, distinciones o discriminaciones en el reconocimiento y aplicación de los derechos proclamados en ella, por motivos de nacimiento o de cualquier otra condición. De otra parte, en su artículo 25 señala que "Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

Con estos pronunciamientos la declaración universal de los derechos del hombre, desde 1948, establece la igualdad de todos los hijos o hijas sin importar su origen.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968.

Inicia su artículo 2º. con la misma consideración de la declaración universal de los derechos humanos en el sentido de que los Estados Partes del Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos

en el Pacto, sin distinción alguna por nacimiento o por cualquier otra condición social.

De otro lado el pacto señala que se deberán tomar todas las medidas que sean necesarias con el fin de garantizar la protección y asistencia en favor de todos los niños o niñas, y los adolescentes y las adolescentes, sin distinción alguna por razón de filiación o de cualquier otra condición. (Artículo 10.3) y que todo niño o niña tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de su nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (Artículo 24)

El Artículo 26 del Pacto reitera que todas las personas tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Para ello, la ley prohíbe toda discriminación por motivos de nacimiento o de cualquier otra condición social.

Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y acogida por Colombia mediante la Ley 12 de 1991. En primer término la convención desarrolla el derecho fundamental de la IGUALDAD al señalar que: “El convenio se aplica a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Lo que implica que todos los niños sin importar si son hijos o hijas legítimos, extramatrimoniales, adoptivos o que provengan de filiación asistida, tienen los mismos derechos.

En segundo lugar se destaca como la Convención reconoce los derechos y deberes que surgen de la relación paterno filial; así en el artículo tercero los Estados Partes se comprometen a proteger al niño o niña sin perder de vista los derechos y deberes de los padres responsables de ese menor y en el artículo 5 se comprometen a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres del niño o niña.

El Derecho a la Identidad. En la Convención se establece que todo niño o niña adquiere desde que nace el derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Es así que por este tratado a todos los niños o niñas, niñas y adolescentes se les reconoce el derecho fundamental a esclarecer su verdadera filiación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Ratificado por Colombia el 29 de Octubre de 1969.

El pacto en su artículo segundo establece que los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna, entre otros, por motivos de su nacimiento.

Por otro lado, en el artículo 10 numeral tercero, el Pacto preceptúa "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición."

Como se observa, en este tratado se protege a los menores de edad contra todo tipo de discriminación por su nacimiento y su filiación.

2. CONCLUSIONES

El avance de la ciencia y la tecnología han convertido en obsoletas muchas de las leyes y códigos en especial el Código Civil que tiene más de un siglo y que entre sus disposiciones consagra una serie de presunciones para establecer la filiación que hoy por hoy han quedado atrás respecto del avance científico mediante las pruebas antro-po-heredo-biológicas; por lo cual se deben adecuar las normas a las actuales circunstancias del mundo moderno.

Nuestra legislación actual en materia de filiación parte del supuesto carácter de vincularla exclusivamente al aspecto biológico; figuras como el alquiler de vientre o la maternidad subrogada, la donación de embriones, la inseminación artificial, la gestación "in Vitro", etc. no están suficientemente reguladas; en consecuencia, cuando surjan conflictos en relación con ellas, el Juez deberá tener una visión más amplia que las presunciones que le otorga la ley para fallar, partiendo actualmente de la prueba del DNA.

La filiación asistida a pesar de haber aparecido en el mundo hace unos 30 años, no ha sido regulada en forma completa por nuestra legislación civil. El artículo

42 de La constitución de 1991 reconoce la igualdad de todos los niños o niñas e incluye los “hijos procreados con asistencia científica”. La filiación asistida es la filiación de hijos o hijas concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. Este sería el nombre más técnico y completo pero por ser un fenómeno nuevo, no completamente regulado y definido, no hay uniformidad de criterios al momento de denominarla; también ha sido llamada filiación tecnificada o no biológica.

En algunos países como Austria, Francia y Suecia solo tienen derecho a la reproducción humana asistida las parejas casadas y las que conviven como marido y mujer. En Bulgaria, Hungría y Noruega la restricción es mayor: es solo para mujeres casadas. En Dinamarca pueden acceder a esta técnica mujeres solas. En España pueden acceder a esta técnica tanto matrimonios, como parejas heterosexuales y mujeres solas.

No existe una ley específica sobre las técnicas de reproducción asistida en Colombia. Las donaciones de esperma y óvulos están contempladas en el Decreto 1546 de 1998, sin que se haga mención de sus consecuencias sobre la filiación, ni las condiciones requeridas para ser receptor(a) de una donación de gametos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ GÓMEZ, M. Avances Jurisprudenciales en las nuevas tipologías familiares en Colombia. Perspectiva judicial en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. derecho.udea.edu.co/descargas/Flia2/avancesJurisprudenciales.pdf

AWAD CUCALON, M., y NARVÁEZ CANO, Mónica. (2001). Aspectos jurídicos de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, D.C.

BAQUERO VEGA, I. y CRUZ GONZALEZ, C. (2002). La Filiación a la luz del derecho Colombiano, Chileno, Argentino, Venezolano y Peruano. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Derecho. Bogotá, D.C. www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS08.pdf

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 488 de 1999. M.P. Martha SÁCHICA.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Civ. Sent. Marzo 1 de 1991.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Civ., Sent. Septiembre 22 de 1978.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Civ. Sent, Abril 11 de 2003.

COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Decreto 1546 de 1998. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9a. de 1979, y 73 de 1988.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (2007). Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia. Filiación en el Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Grafi-Impacto Ltda. Primera Edición.

DICCIONARIO DE MEDICINA. Barcelona, Mosby, 2004.

GARCÍA SARMIENTO, E. (1999). Elementos de derecho de familia. Bogotá: Editorial Facultad de Derecho.

IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina. UNFA - ASDI. San José de Costa Rica.
<http://lac.unfpa.org/webdav/site/lac/shared/DOCUMENTS/2008/Libro%204.%20Reproduccion%20asistida.pdf>

PÉREZ, L. (1991). Infertilidad y Endocrinología Reproductiva, Bogotá, Gamacolor.

SUAREZ PARADA, A. Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho de Familia Colombiano. Universidad Santo Tomás. Bogotá, Colombia.
http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/

SUAREZ FRANCO, R. (2001). Derecho de Familia. Bogotá, Temis.

APLICACIÓN DE LA FIGURA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO COLOMBIA – ESPAÑA - ARGENTINA

Yeraldin Aguilar Manzano
Nohora Angelina Serrano Osorio

INTRODUCCIÓN

La patria potestad es el conjunto de deberes y derecho del padre y la madre, en relación con los hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoría de edad, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos e hijas.

La titularidad de la patria potestad, por regla general, la ostentan el padre y la madre, con la finalidad principal de proteger a los menores desde el momento del nacimiento hasta que alcanzan la plena capacidad de obrar. Así es, mediante la patria potestad los padres deben velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Así encontramos que la Patria Potestad corresponde a ambos padres y ambos tienen el derecho y el deber de tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado, atendiendo su desarrollo físico y moral, atender a su educación, dirigir su formación social, ética e ideológica y, por último, y no por ello menos importante, a administrar en su interés y adecuado disfrute sus bienes.

El estudio y la confrontación de los distintos sistemas adoptados por la legislación comparada (Colombia – España – Argentina) en relación con la institución de la patria potestad, tiene importancia para distinguir los derechos que comprende esta institución, así como diferenciar las causales que dan lugar a la privación o pérdida de esta condición, y finalmente, examinar las características de la patria potestad en la legislación de estos tres (3) países. Por lo anterior, esta investigación se propone realizar un análisis sobre la aplicación de esta figura en el derecho comparado Colombia – España - Argentina.

1. APLICACIÓN DE LA FIGURA DE PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO COLOMBIA – ESPAÑA - ARGENTINA

Una de las instituciones más importantes del Derecho de Familia, es la PATRIA POTESTAD, definida como la autoridad o el poder que tiene el padre sobre los hijos menores de edad, siendo, no sólo un derecho, sino también un deber que implica protección, educación, representación.

La patria potestad es una institución jurídica creada para proteger los intereses familiares en todos los sentidos; desde el derecho romano se hizo especial tratamiento a las personas que se encontraban sujetas a ella, así como a aquellas personas que la ejercían.

En una primera etapa, siguiendo lo expuesto por Marta Morineau (2000), la patria potestad fue concebida como una institución de protección de los intereses de quien la ejercía, razón por la cual todos los derechos estaban a favor de ésta y todas las obligaciones del lado de las personas sometidas a aquella. Así, de origen, la autoridad paternal del pater potestas (conocido también como pater familiae) fue similar a la del amo sobre el esclavo en tanto que se ejercía de forma total tanto sobre la persona como sobre los bienes de aquellos que estaban sujetos a la patria potestad; posteriormente y conforme fue evolucionando la institución en estudio, esta enérgica autoridad fue variando hasta convertirse en una relación de mayor igualdad, con derechos y deberes tanto para padres como para hijos, es decir, tanto para quien ejerce la patria potestad como para aquél o aquellos que se encuentran bajo ella.

Para Ernesto Gutiérrez y González (2004), la patria potestad se define como “El conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimonial pecuarios. La patria potestad, si fallecen la madre y el padre, pasa a las personas que determina la ley, y es renunciable, y sólo de puede suspender cuando la ley lo determina, y por decisión del juez civil de lo familiar”.

Por otra parte, Bonnecase (1997) define la patria potestad como: “el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios”.

Asimismo, Marcel Planiol (1997) define la institución en cita como: “el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y

bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.

Henri León y Jean Maseaud (1959) ubican la patria potestad dentro de “las relaciones jurídicas entre padre e hijos, y las califican como vínculos de autoridad sobre la persona de ellos”.

Ambroise Colín y Henri Capitant (1955) explican que la patria potestad constituye “un poder de protección, y las prerrogativas que confieren al padre y a la madre sobre la personalidad y los bienes de su hijo no son más que el reverso de los deberes y de la responsabilidad que les impone el hecho de la procreación”. Además agregan: “La patria potestad no comprende solamente los derechos, es decir, el derecho de guarda, el derecho de corrección, así como el usufructo legal de los padres, sino además, una serie de derechos, por ejemplo, el derecho de consentir el matrimonio del hijo, de emanciparlo, de consentir su adopción por otra persona, el derecho de administrar su patrimonio”.

El tratadista José María Castán Vázquez (1960), define la Patria Potestad como "el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar la prole".

La Patria Potestad es una institución natural. Según Castán Vázquez (1960), “dos aspectos pueden apreciarse de la Patria Potestad:

- a) Cuando se contemplan las relaciones internas de sus sujetos, se atribuye a los padres como un deber.
- b) Cuando se consideran en las relaciones externas a los sujetos, es un derecho subjetivo de los padres”.

Para Messineo (1979), la patria potestad es “un conjunto de poderes, en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar; es pues un medio para que pueda llevarse a cabo el oficio encomendado a los progenitores en protección al hijo; en cambio, en cuanto se la considere fuera de

las relaciones familiares, o sea, en las relaciones externas, la patria potestad es un derecho subjetivo".

Las definiciones anteriores permiten perfilar el objetivo de la patria potestad que es la asistencia, el cuidado y la protección de las personas menores de edad no emancipadas, así como de los bienes que pertenezcan a éstas.

Se trata entonces de derechos, respecto de hijos no emancipados, también conocidos como hijos de familia, que no han llegado a la mayoría de edad y dependen de los padres para la satisfacción de sus básicas necesidades. Se desprende de los derechos de patria potestad, efectos personales y patrimoniales. Son efectos personales los deberes de crianza y educación y los patrimoniales relacionados con la administración y usufructo sobre los bienes del hijo no emancipado.

De acuerdo a los conceptos anteriores, se puede definir la patria potestad como la autoridad que tienen los padres para ejercer sus obligaciones como padres en cuanto a la asistencia, protección y cuidado de sus hijos menores de edad no emancipados.

El artículo 288 del Código Civil consagraba la Patria Potestad pero únicamente sobre los hijos legítimos no emancipados.

Estos derechos no pertenecían a la madre ni siquiera en el caso de a muerte del padre. Esta concepción fue modificada por el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, según el cual "la Patria Potestad es un conjunto de derechos que la ley reconoce al padre legítimo sobre los hijos no emancipados. Muerto el padre, ejerce los derechos la madre legítima, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias". Pero la Patria Potestad no se otorgó a la madre con relación a los hijos legítimos. Podía ejercerla únicamente por muerte del padre, siempre y cuando que guardara buenas costumbres y no pasara a otras nupcias.

Este sistema fue modificado por el artículo 13 de la Ley 45 de 1936, que estatuyó lo siguiente: "la Patria Potestad es el conjunto de derechos que la ley le concede a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Ejerce estos derechos respecto de los hijos legítimos, el padre, y a falta de éste, por cualquier causa legal, la madre mientras

guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o la madre con relación a ellos, padre o madre de familia"

El artículo 14 de la citada ley 45 de 1936 dispuso lo siguiente: "Por regla general corresponde a la madre la Patria Potestad sobre el hijo natural. Pero el juez puede, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente a los intereses del hijo, conferirla al padre, siempre que no esté casado, o poner bajo guarda al hijo. A falta de la madre por matrimonio u otra causa legal, tendrá la Patria Potestad el padre natural no casado, sin perjuicio de que el juez le confiera la guarda del hijo a otra persona, a petición de parte y en las mismas circunstancias previstas en el inciso anterior. No tiene la Patria Potestad ni puede ser nombrado guardador el padre o madre declarado tal en juicio contradictorio"

De conformidad con la Ley 45 de 1936, la Patria Potestad se otorgó al padre; se concedió a la madre el ejercicio de la Patria Potestad, con respecto a los hijos legítimos, no solamente para el caso de muerte del padre, si no también para cuando este llegue a faltar por cualquier causa, siempre y cuando que ella guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias.

En cuanto a los hijos naturales, le concedió la Patria Potestad a la madre, pero autorizando al juez para otorgarla al padre, siempre que no esté casado y lo considere conveniente a los intereses del hijo, y si falta la madre, dicha Patria Potestad la tenía el padre natural casado.

Luego, el artículo 19 de la Ley 75 de 1968 definió la Patria Potestad como "el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos como emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone". El inciso 2 estableció que el ejercicio de los derechos derivados de la Patria Potestad los tenía respecto de los hijos legítimos el padre, y a falta de este por cualquier causa legal, la madre. El juez puede entregar en guarda al hijo, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente para los intereses del hijo.

Igualmente, la citada ley conservó el sistema de la Ley 45 de 1936, otorgando a la madre la Patria Potestad respecto del hijo natural, pero autorizando al juez para darla al padre o poner bajo guarda al hijo, de acuerdo con los intereses de éste. Si faltaba la madre, el ejercicio de la Patria Potestad del hijo correspondía al padre, pero el juez podía, en interés del hijo, designarle un curador, a instancia de parte interesada y previo conocimiento de causa. Se estipuló que el matrimonio del padre o de la

madre no ponía fin al ejercicio de la Patria Potestad en cuanto al hijo natural; pero se autorizó al juez para otorgarla al padre en caso de que la madre contrajera nupcias, o discernirle la guarda a un tercero, de conformidad con los intereses del hijo y previo conocimiento de causa. Sin embargo, la Ley 75 le negó la Patria Potestad al padre o a la madre naturales que hubieran sido declarados tales en proceso contradictorio por la persona del hijo o su representante.

Según el inciso 2 del artículo 24 del Decreto 2820 de 1974, el ejercicio de la Patria Potestad sobre los hijos legítimos corresponde conjuntamente a los padres, y a falta de uno de estos, la ejercerá el otro.

En Colombia, preceptúa el artículo 228 del Código Civil, que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos (los padres), el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

1.1. Derechos que comprende la patria potestad en el derecho comparado Colombia – España - Argentina.

Son deberes y derechos personales de los padres: la guarda de los hijos, alimentos indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la situación y posibilidades de la familia; educación, corrección moderada, y aprovechamiento de servicios, que permita inculcar en los hijos el hábito al trabajo y a las labores del hogar, para procurarse ayuda en los quehaceres diarios.

Son deberes y derechos de los hijos: la obediencia, el respeto y honra hacia los padres, contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen; capacidad para adquirir a título gratuito, si tiene discernimiento; práctica de actos requeridos por la industria que ejerce con autorización; responsabilidad por sus actos ilícitos; y derecho a percibir interés legal.

1.1.1. Colombia. El ejercicio de la patria potestad confiere a su titular tres atributos o derechos, que son: el derecho de usufructo, el derecho de administración y el derecho de representación.

- **El usufructo de los bienes del hijo.** El usufructo legal es el derecho que la ley concede a quienes ejercen la Patria Potestad, para hacer propios los frutos de

los bienes de los hijos legítimos (art. 291, 292, 295 y 296 modificados por el Decreto 2820 de 1974).

Según la doctrina, el fundamento de esta institución estriba en que los frutos deben dedicarse al sostenimiento y educación de los hijos. El Código Civil otorgaba el usufructo legal únicamente al padre; a falta del padre lo tenía la madre, porque en este caso se le atribuía la Patria Potestad. El Decreto 2820 de 1974 modificó el artículo 291 del C.C., y estableció: "el padre y la madre gozan por iguales partes del usufructo de todos los bienes del hijo de familia". Desde luego que si falta uno de los padres, el otro goza del usufructo.

Los padres hacen suyos los frutos de todos los bienes del hijo que integran el peculio adventicio ordinario, pero no afecta los bienes que constituyen el peculio adventicio extraordinario ni a los bienes que forman el peculio profesional.

- **La Administración de los bienes**, El artículo 295 del C.C. establece que por regla general, corresponde a los padres la administración de los bienes del hijo sobre los cuales la ley le concede el usufructo. La administración de los padres se refiere a los bienes de los hijos menores no emancipados.

Esta regla tiene las siguientes excepciones:

- 1.- Bienes que forman el peculio adventicio extraordinario, respecto de los cuales los padres administran pero no perciben para sí los frutos.
- 2.- Bienes que el hijo reciba por herencia o donación, con la condición de que el titular o titulares de la potestad no los administren (art. 295 del C.C.)
- 3.- Bienes que se dejen al hijo con la condición de que el titular de la potestad no tenga ni la administración ni el usufructo
- 4.- Los bienes que recibe el hijo por indignidad o desheredamiento del padre o de la madre.

La administración de los padres de familia difiere de la administración del tutor o curador porque no están obligados a proceder o confeccionar inventario solemne de los bienes que reciben, ni aprestar caución por este concepto.

La administración debe ejercerse conjuntamente por los padres, o por uno de ellos autorizado por el otro, y, a falta de uno de los padres por muerte o por privación de la Patria Potestad, la ejercerá el otro.

Los negocios de administración tiene por objeto la conservación de un derecho o hacerlo más productivo o recuperarlo, o evitar que se pierda o extinga, como arrendar, colocar dinero a interés, cultivar un predio, explotar una empresa etc.

- **La Representación judicial y extrajudicial del hijo**, la representación del hijo es consecuencia de la administración que tienen los padres sobre los bienes del hijo menor no emancipado. Puede ser judicial y extrajudicial.

La representación extrajudicial es ejercida conjuntamente por el padre y la madre (art. 307 del C.C.). Esta norma es inconveniente porque dificulta en la práctica la realización de actos que beneficien al menor, ya que si hay un desacuerdo entre los padres, se debe acudir al juez de menores para resolver el litigio.

La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres (art. 306 del C.C.). La ley establece que el hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres.

En relación con los derechos sobre la persona de su hijo, que se derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste.

1.1.2. España. Los derechos que confiere la patria potestad en España son:

- **El usufructo legal de los bienes del hijo:** La patria potestad concede a los padres el derecho de gastar, invertir o ahorrar los beneficios e intereses de los bienes del hijo.

Los bienes que se encuentran a nombre de los menores continúan siendo de ellos, pero las ganancias que de ahí se deriven la pueden tomar los padres y usarlas como ellos a bien tengan.

En este punto la ley hace una excepción los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria pertenecen a él en forma integral y sobre dichos bienes los padres ya no tienen derecho de usufructo.

Lo mismo sucede con los bienes que hayan sido donados al niño, siempre y cuando en la herencia o legado el donador haya estipulado que el usufructo corresponde al niño y no a los padres.

También es una excepción a este derecho que los bienes pasen al hijo por desheredamiento de uno de los padres.

- **La administración de los bienes:** Los padres también pueden administrar los bienes del hijo sobre los cuales tiene el usufructo. Esto implica que los progenitores, gracias a la patria potestad, pueden dirigir el futuro de esas pertenencias y determinar el tipo de inversión que se hará con ellas.

El derecho de administración no cobija bienes donados, heredados o legados bajo esta condición, es decir, mientras se estipule en los documentos pertinentes que a ellos no les corresponde la administración de dichos bienes.

La administración y el usufructo de los bienes del menor acaban cuando cesa la patria potestad, la cual puede ocurrir cuando el menor queda emancipado es decir cuando cumple la mayoría de edad o en su defecto cuando exista sentencia judicial en la que se compruebe que los padres administraron mal los bienes.

Los padres son responsables de la administración de los bienes de su hijo. Deben responder por la disminución o el deterioro de dichos bienes, más no en cuanto al usufructo.

Se considera que un bien ha estado mal administrado cuando el patrimonio disminuye sin ninguna justificación.

En estos casos, cualquier familiar que lo considere necesario puede elevar una demanda para suspender ese derecho al padre, con el fin de proteger el patrimonio del menor. El proceso sería de privación de administración de los bienes del hijo.

- **La representación judicial y extrajudicial del menor:** Otro derecho que otorga la patria potestad a los padres es asistir o representar a los hijos en actos jurídicos o judiciales.

En el caso de investigación de la paternidad, la madre es la representante legal del hijo, quien por ser menor de edad no está capacitado para ser parte en un caso judicial.

En cualquier otra circunstancia, por ejemplo, robo o crimen cometido por el menor, son los padres quienes responden por los hechos del niño.

La representación extrajudicial implica todas las actividades que no son jurídicas pero en las cuales los padres deben representar al hijo.

Todo lo relacionado con cuentas de ahorro para los menores, diligencias en notaría, presentación ante otras autoridades como el colegio, por citar un ejemplo, les corresponden a los padres en conjunto.

Los padres pueden vender los bienes de los hijos, si se trata de bienes muebles: ejemplo ganado o vacas, automóviles, enseres o electrodomésticos etc. Sin embargo en tratándose de bienes inmuebles se necesita la sentencia judicial y remate en subasta pública.

1.1.3. Argentina

Conforme el artículo 264 del Código Civil “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas u los bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado...”

- El padre y la madre tienen el **usufructo de los bienes** de sus hijos matrimoniales, o de los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes: 1ro. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres; 2do. Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres; 3ro. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo.

- Los padres son los **administradores legales de los bienes de los hijos** que están bajo su potestad con excepción de los siguientes: 1ro. Los que hereden con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres. 2do. Los adquiridos por herencia, legado o donación cuando hubieran sido donados o dejados por testamento bajo la condición de que los padres no los administren.

La administración de los bienes de los hijos será ejercida en común por los padres cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por el padre o la madre. Los padres podrán designar de común acuerdo a uno de ellos administrador de los bienes de los hijos, pero en ese caso el administrador necesitará el consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también la autorización judicial. En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los padres podrá requerir al juez competente que designe a uno de ellos administrador.

La condición que priva a los padres de administrar los bienes donados o dejados a los hijos, no los priva del derecho al usufructo.

- El ejercicio de la patria potestad por el padre o madre guardador implica la **representación judicial y extrajudicial del hijo**, la autorización para que el menor pueda ejercer profesión u oficio antes de los 18 años, la gestión de los bienes, la percepción del usufructo, la licencia para dejar la casa de los progenitores, la responsabilidad por los daños causados por el hijo.

1.2. Causales que dan lugar a la privación o pérdida de la Patria Potestad en el derecho comparado Colombia – España - Argentina.

La patria potestad está constituida por todos aquellos Derechos que otorgan las leyes a los padres sobre sus hijos no emancipados. Esos Derechos les permiten cumplir sus Deberes como padres. La patria potestad se puede suspender o perder, por lo tanto son dos fenómenos jurídicos un tanto diferentes. La suspensión es de carácter temporal, es decir, que una vez rehabilitado el padre puede volver a ejercerla. La pérdida es indefinida. Por ello, no es posible aplicar las causales legales para la suspensión o la pérdida de la patria de potestad, de manera indistinta.

1.2.1. Colombia. Ahora bien, las situaciones de suspensión y terminación de la patria potestad, se encuentran reguladas en los artículos 310, 311 y 315 del Código Civil

Colombiano. La patria potestad termina mediante pronunciamiento judicial, por las mismas causales previstas para que opere la emancipación (C.C. art. 315).

La pérdida o suspensión de la patria potestad se proyecta concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación. (Sentencia de Tutela 266/2012 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio).

El artículo 310 del Código Civil estipula las causales que dan lugar a la suspensión de la Patria Potestad, y que son:

- Demencia
- Mala administración de los propios bienes
- Ausencia prolongada de uno de los padres

Mientras que el artículo 315 Código Civil establece las causales que dan lugar a la pérdida de la Patria Potestad, a saber:

- Maltrato del hijo
- Abandono del hijo
- Depravación
- Haber sido condenando el padre a pena privativa de la libertad superior a un año.

Cualquier consanguíneo del menor ya sea cualquiera de los padres, abuelo, tío, etc., están facultados para iniciar el proceso de suspensión o pérdida de la patria potestad, de igual forma lo puede hacer el juez de oficio o el defensor de familia

En la demanda se citaran a personas en calidad de testigos para que den a conocer al juez como era la relación padre-hijo.

Una vez el juez dicte sentencia suspendiendo o privando al padre de ejercer la patria potestad sobre el menor, no podrá ejercer ningunos de los derechos que por ley se le otorgaron por medio de la patria potestad, solo podrá ejercer esos derechos el otro padre. Si a ambos padres se le suspende la patria potestad al menor se le nombra un guardador, hasta que el menor cumpla la mayoría de edad.

La Patria Potestad se pierde por suspensión y terminación o emancipación.

La Patria Potestad se suspende respecto de ambos padres o de uno solo, sin que ello implique su extinción, debido a que puede existir rehabilitación cuando cesa el motivo o causa que la originó. El artículo 310 C.C., establece las siguientes causas de suspensión de la Patria Potestad:

- Demencia de quien la ejerza, hay que advertir que la ley no exige que haya sido decretada la interdicción por demencia. Si la Patria Potestad se suspende respecto de un padre, la ejerce el otro, y a falta de ambos padres, el juez le designará al hijo un curador para que se encargue de la administración de sus bienes.
- Por hallarse el padre o la madre en entre dicho de administrar sus propios bienes. Desde luego se requiere que exista declaración judicial de interdicción.
- Larga ausencia del padre o de la madre. La ausencia implica que el padre o la madre desaparezcan y se ignore su paradero, por lo que se perjudica al hijo.

El artículo 42 del Decreto 2820 de 1974, contempla la pérdida de la Patria Potestad en estos términos: "A si mismo termina por las causales contempladas en el artículo 315 del C.C., pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo". Esto implica que la Patria Potestad termina para uno de los padres, en cuyo caso es ejercida por el otro, se presenta por las mismas causas que la suspensión y la emancipación judicial. Es obvio que la terminación de la Patria Potestad exige decreto judicial.

La suspensión es temporal, ya que puede haber rehabilitación, y, en cambio la terminación es definitiva, pero solo respecto a uno de los padres. Al contrario la emancipación implica que la Patria Potestad finaliza para los dos padres.

El artículo 312 del C.C. dice que la emancipación "es un hecho que pone fin a la Patria Potestad". La emancipación puede ser voluntaria, legal o judicial.

- **Emancipación voluntaria:** la emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que los padres declaren emancipar al hijo adulto y éste consienta en ello. No valdrá esta emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa. De conformidad con el artículo 43 del Decreto 2820 de 1974, la emancipación exige estos requisitos:
 - Debe hacerse por instrumento público

- El consentimiento debe darlo el padre y la madre conjuntamente
 - Solo puede recaer sobre un hijo adulto
 - El hijo debe dar consentimiento
 - Requiere autorización judicial con conocimiento de causa
 - Es irrevocable una vez efectuada.
- **Emancipación legal:** conforme al artículo 44 del Decreto 2820 de 1974, la emancipación legal se efectúa:
 - Por la muerte real o presunta de los padres
 - Por el matrimonio del hijo
 - Por haber llegado el hijo a la edad de los 18 años
 - **Emancipación Judicial:** artículo 315 del C.C.
 - Por maltrato del hijo
 - Por haber abandonado al hijo
 - Por depravación que los incapacite de ejercer la Patria Potestad
 - Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año

En estos casos podrá el juez a proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado de defensor de familia y aún de oficio. El procedimiento para la privación de la Patria Potestad se encuentra en el artículo 427 del C.P.C.

El efecto de la emancipación es ponerle fin a la Patria Potestad, pero como el hijo continúa siendo incapaz, habrá que designársele un curador legítimo o dativo.

1.2.2. España. En este país hay que distinguir entre causas de extinción propiamente dichas y causas de privación de la patria potestad.

Las causas de extinción, no plantean ningún problema desde el punto de vista práctico y las tienen reguladas el Artículo 169 del Código Civil:

- La muerte o la declaración de fallecimiento de los padres
- La muerte o la declaración de fallecimiento del hijo
- La emancipación

- La adopción del hijo

Pero además de estas causas de extinción de la patria potestad, existen causas de privación de la misma. Así, y según el artículo 170 del Código Civil, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad:

- **Por sentencia fundada en el incumplimiento de deberes inherentes a la misma.** Esta es la causa más habitual de privación de la patria potestad. Los motivos que dan lugar a su aplicación son variados, pero en la práctica la causa más invocada es la falta de cumplimiento de las obligaciones económicas.
- **Por sentencia dictada en causa criminal.** El artículo 170 del Código Civil dispone que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.
- **Por sentencia dictada en causa matrimonial.** En España se puede distinguir como causa de extinción de la patria potestad: la pérdida, como consecuencia de la adopción o del cumplimiento de la mayoría de edad, y la privación que tiene carácter sancionador.

1.2.3. Argentina. Según el artículo 307 de la Ley 23.264 de 1985, el padre o la madre quedan privados de la patria potestad:

- Por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.
- Por abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que lo haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero.
- Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria y delincuencia.

La acción de privación de la patria potestad puede ser promovida por el otro progenitor, o por el Asesor de Menores o por el mismo menor. Los demás parientes o interesados deben efectuar denuncia ante el Defensor Oficial o ante el Asesor de Menores quien luego promoverá la demanda que tramitará por procedimiento ordinario.

La privación de la patria potestad, según el artículo 308, podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraren que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos.

El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido por las siguientes causas:

- Ausencia de los padres: debe ser declarada por el juez, reaparecido el progenitor, éste recuperará sus derechos y obligaciones.
- Por interdicción de alguno de los padres o de inhabilitación en caso de embriaguez habitual o uso de estupefacientes y disminuidos en sus facultades sin llegar a la demencia. En estos casos producida la rehabilitación se recuperará el ejercicio.
- Por entregar a los hijos a un establecimiento de protección de menores.

Por último, si la suspensión de la patria potestad se aplica a uno de los progenitores, la patria potestad continuará en derecho y ejercida por el otro padre. Si ambos padres fueran privados o suspendidos en su ejercicio, funcionará el sistema de la tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en grado excluyente, y en su defecto, los menores quedarán bajo el patronato del Estado Nacional o Provincial.

1.3. Características de la patria potestad en el derecho comparado Colombia – España - Argentina.

Algunas características son: es obligatoria, pues los padres tienen la patria potestad a no ser que la misma ley los prive de la patria potestad o los excluya de su ejercicio, es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio, es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita, constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los padres.

Es obligatoria, pues los padres tienen la patria potestad a no ser que la misma ley los prive de la patria potestad o los excluya de su ejercicio

Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.

Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita

Constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los padres.

Entre las principales características de la patria potestad tenemos que citar en primer término, la relatividad por dos razones; primero, porque su ejercicio se encuentra comprendido en principio hasta tanto el menor no se emancipe o adquiera su mayoría de edad; y segundo, porque debe existir un adecuado ejercicio sin abuso de este derecho de conformidad al contenido de dicha figura jurídica que la Ley confiere a los progenitores, todo esto enmarcado en favorecer el interés del menor.

De igual forma, la patria potestad se caracteriza por ser de orden público en virtud al interés estatal que se concentra sobre ésta institución; en primer lugar, el Estado subsidiariamente mediante los progenitores realiza un seguimiento al cumplimiento de la titularidad y ejercicio de la patria potestad; y en segundo lugar, interviene a través de los órganos estatales específicos sean éstos de carácter administrativo o judicial, de acuerdo a la magnitud del problema suscitado.

Asimismo, la patria potestad constituye una limitación de la voluntad individual, lo que significa que los derechos y deberes comprendidos en esta figura jurídica no pueden ser ejercidos arbitrariamente ni discrecionalmente, sino que se encuentran regulados o establecidos en la Ley.

También la patria potestad se considera como un atributo personal, es decir, es intransmisible, lo cual significa que la patria potestad no puede ser objeto de transferencia, enajenación o comercio por parte de los progenitores bajo ningún precepto. No obstante, éstos pueden delegar -no transmitir- derechos concretos a un tercero, supuesto que se presenta en el caso de internar al menor en un centro educativo.

Se considera también como característica de la patria potestad la imprescriptibilidad, puesto que no se extingue por el transcurso del tiempo hasta que los hijos cumplan los dieciocho años.

Es de tracto sucesivo, lo que quiere decir que la titularidad y ejercicio de la patria potestad se realiza de manera continuada en el transcurso del tiempo sin intermitencias, es una condición que a partir del nacimiento de los hijos no cesa hasta que el menor adquiere los dieciocho años de edad o se emancipa a menos que exista una patria potestad prorrogada.

Se caracteriza también la patria potestad como una representación total, que comprende un conjunto de deberes y obligaciones, que abarcan los ámbitos personal y patrimonial de los hijos menores de edad.

Del mismo modo, la patria potestad genera responsabilidad durante su ejercicio, puesto que la administración deficiente en el plano patrimonial, conlleva la satisfacción de daños y perjuicios.

La patria potestad es irrenunciable, toda vez que los progenitores, voluntariamente no pueden renunciar a su titularidad, pues, esto significaría el incumplimiento del deber de protección del menor.

2. CONCLUSIONES

Conforme a los sistemas jurídicos implementados en España, Argentina y Colombia, el contenido de la patria potestad es caracterizado como un conjunto de derechos y deberes de titularidad de los padres, cuyo ejercicio se dirige a los hijos menores de edad no emancipados, a fin de que éstos reciban una formación y protección integrales, que procure su desarrollo armónico y la educación en valores para que el niño alcance la madurez y conciencia que le permita el ejercicio responsable y pleno de sus derechos.

El ejercicio de la patria potestad confiere en los tres ordenamientos jurídicos (España, Argentina y Colombia) a su titular tres atributos o derechos, que son: el derecho de usufructo, el derecho de administración y el derecho de representación.

En relación con la suspensión o privación de la patria potestad las causales que se establecen en los ordenamientos jurídicos de España, Argentina y Colombia, se presentan diferencias sustanciales, sin embargo, hay que tener en cuenta, que la suspensión o pérdida de la patria potestad son dos fenómenos jurídicos un tanto diferentes. La suspensión es de carácter temporal, es decir, que una vez rehabilitado el padre puede volver a ejercerla; mientras que la pérdida es indefinida.

La institución de la patria potestad, tiene unas características similares en los tres ordenamientos jurídicos estudiados, toda vez que lleva implícita relaciones jurídicas recíprocas entre las partes, padres-hijos e hijos-padres. Ambos tienen derechos-obligaciones y facultades- deberes que cumplir. Es intransmisible de manera tal que el padre o la madre que se desprenden de sus deberes y derechos a favor de otro. Esta característica, también conocida como de indisponibilidad o inalienabilidad, implica que las facultades derivadas de la Patria Potestad son de orden público. Es imprescriptible, no se pierde por la prescripción, sin embargo puede decaer o extinguirse. No es perpetua, pues puede extinguirse o restringirse. Su carácter es de temporalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BONNECASE, Julien. Tratado elemental de derecho civil. Editorial Harla, México, 1997.

CASTÁN VASQUEZ, José María. *La Patria Potestad*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1960.

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955.

MASEAUD, Henri y LEÓN, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ejea Editorial 1959.

MESSINEO, Fernando., Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo III, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. Derecho Romano. Oxford University Press, México, 2000.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Editorial Porrúa, México, 2004.

PLANIOL, Marcel y GEORGES, Ripert. Derecho Civil. Editorial Harla, México, 1997.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCIÓN DE MENORES POR PARTE DE HOMOSEXUALES EN COLOMBIA AÑOS 2007 AL 2012

Daniel Andrés Camargo Rojas
Karen Aylin Márquez Pacheco

RESUMEN

A pesar de las transformaciones sufridas en la familia colombiana, con la aparición de diversas formas de agrupación familiar (familias nucleares, nucleares simples, en cohabitación, unipersonales, monoparentales, reconstituidas, con hijos adoptivos, biparentales, polinucleares, extensas), entre otros; aún se presentan algunas limitantes que tienen que ver con la conformación de la familia, pues de acuerdo a la Constitución Política Colombiana, la familia en este país es heterosexual, es decir está conformada por un hombre y una mujer, situación que ha conllevado a que las parejas homosexuales, no puedan adoptar.

En el caso de los homosexuales gran parte de sus derechos han sido reconocidos a través de diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, a los cuales no ha sido ajeno el tema de la adopción por parte de homosexuales, sin embargo, este aún no ha sido reconocido para las parejas de la población LGBTI, solo a través de la Sentencia T-276 de 2012, se avaló la adopción de dos menores a un homosexual soltero.

De acuerdo a lo anterior, la adopción en Colombia, aún no está permitida para las parejas homosexuales,

Palabras clave: Familia, adopción, homosexuales, jurisprudencia, menores, ICBF.

INTRODUCCIÓN

El concepto de familia en la sociedad colombiana ha estado sujeto a cambios radicales en los últimos cinco (5) años. Tales cambios se han producido gracias al activismo de la Corte Constitucional en la defensa de los derechos de las personas homosexuales. Poco a poco, en aras a la igualdad, la población homosexual en Colombia pasó de ser una minoría ignorada, a ser una minoría protagonista de los

cambios más importantes de los últimos tiempos en el Derecho de familia a nivel nacional.

Sin embargo, y a pesar de los anteriores avances, aún se presentan algunas limitantes que tienen que ver con la conformación de la familia, pues de acuerdo a la Constitución Política Colombiana, la familia en este país es heterosexual, es decir está conformada por un hombre y una mujer, situación que ha conllevado a que las parejas homosexuales, no puedan adoptar menores.

En la Constitución Política de 1991, se establece que la finalidad de la adopción consiste en la protección de los derechos constitucionales de los menores y el desarrollo de los mismos.

La adopción por parte de parejas del mismo sexo es legal algunos países (Holanda, España, México, Israel, Argentina) y en las jurisdicciones de otros. Sin embargo, está prohibida en la mayor parte de los países, aunque en algunos se debate permitirla.

El tema que nos ocupa es controvertido: la adopción por parte de parejas homosexuales, y la relación que se establece con los niños en estas familias de parejas homosexuales. Por lo anterior, nos hemos propuesto analizar la evolución jurisprudencial que ha tenido la adopción de menores por parte de homosexuales en Colombia en los años 2007 al 2012. Además, examinar los argumentos fundamentales de la Corte Constitucional en la Sentencia T-276 de 2012, que permitió la adopción de dos menores de edad a un extranjero homosexual. De igual forma, reseñar los avances surtidos en los países que permiten la adopción por parte de parejas homosexuales; y finalmente, diagnosticar si existen antecedentes internacionales, que constituyan referentes obligados para las autoridades colombianas en el tema de la adopción de menores por parte de homosexuales.

1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCION DE MENORES POR PARTE DE HOMOSEXUALES EN COLOMBIA AÑOS 2007 AL 2012.

1.1. La familia

La familia es la unidad básica de la sociedad humana; centro fundamental del desarrollo de la vida afectiva y moral del individuo.

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1949) establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; o sea, que todo el mundo tiene derecho a tener y a formar una familia.

Por su parte, la Constitución Política Colombiana, en su Capítulo 2, Artículo 42, define a la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

La familia es una estructura social vital en toda comunidad. Las definiciones de familia tienden a referirse a las relaciones de consanguinidad y a un sistema compartido de valores, pero las familias son tan diversas como los individuos que la componen. Algunos utilizan el término “parentesco” para referirse a la familia biológica, es decir, a los parientes por sangre o ancestro, en la cual uno nace y “vinculo” hace referencia a la familia que uno escoge. Uno puede pertenecer simultáneamente a las dos.

Para Marco Gerardo Monroy Cabra, la familia es “una institución natural de la cual se vale la sociedad para regular la procreación y la educación de los hijos, así como el cumplimiento de sus fines”.

La familia puede considerarse como un sistema complejo en el que sus miembros desempeñan distintos roles y se interrelacionan para llevar a cabo una serie de funciones importantes para cada individuo, para la familia; como un todo contribuyendo así a la sociedad en la que se encuentra inmersa.

El Código Civil sólo se refiere a la familia en el Art. 874, cuando se establecen qué personas pueden beneficiarse de los derechos reales de Uso y Habitación: “El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador. En las necesidades personales del usuario o habitador se comprenden las de su familia. La familia comprende la mujer y los hijos; tantos los que existen al momento de la constitución, como los que sobreviven después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes a éstos deben alimentos”.

1.2. Clases de familia

Sin embargo, la familia ya no es lo que era. Dentro de una sociedad cada vez más cambiante, ha disminuido considerablemente la proporción de hogares que representan el modelo de familia nuclear "clásico" (padre, madre y al menos un hijo), al tiempo que han ido apareciendo nuevos modelos familiares, cada vez más habituales, que se consideran normales aunque no ya tradicionales.

O sea, en la actualidad se entiende por familia "toda convivencia bajo el mismo techo con ánimo de permanencia y ámbito de privacidad, sin considerar sexos, edades o existencia de parentesco legal" (Reyes, 2009). Con ello, el concepto de familia no sólo se separa del de matrimonio, sino que se desconecta de lo que ha sido la base y el fundamento de la institución familiar en todas las culturas: la heterosexualidad. A la vez, va desapareciendo poco a poco el modelo patriarcal, que ha prevalecido durante siglos, y se está dando paso a tantos tipos de familias como sociedades, clases sociales, sistemas políticos y sociales existen.

Frente a la homogeneización del modelo familiar, que todavía flota en las representaciones sociales, cada vez es mayor la diversidad de configuraciones de familia.

- Familias nucleares: Están compuestas por un hombre y una mujer, unidos mediante matrimonio y sus hijos.
- Familias nucleares simples: Están formadas por una pareja sin hijos.
- Familias en cohabitación: Convivencia de una pareja unida por lazos afectivos, pero sin el vínculo legal del matrimonio. Son las parejas de hecho, cada vez más frecuentes, especialmente entre los jóvenes.
- Hogares unipersonales: Hogares formados por una sola persona, mujer o varón, ya sea joven (suelen ser solteros), adulta (generalmente separados o divorciados), anciana (generalmente viudos).
- Familias monoparentales: Están constituidas por un padre o una madre que no vive en pareja y vive al menos con un hijo menor de 18 años. Puede vivir o no con otras personas (abuelos, hermanos, amigos...).

- Familias reconstituidas: Se refiere a la familia que, rota después de un divorcio, se rehace con el padre o madre, que tienen a su cargo los hijos y su nuevo cónyuge, que también puede tener hijos.
- Familias con hijos adoptivos: Son familias, con hijos naturales o sin ellos, que han adoptado uno o más hijos. Pueden ser familias de cualquiera de los tipos anteriores.
- Familias biparentales: Están constituidas por parejas del mismo sexo: dos hombres o dos mujeres, que pueden convivir solas, con hijos propios o adoptados, o concebidos a partir de métodos de fecundación artificial o a través de vías alternativas a las de la procreación en el marco de una pareja convencional.
- Familias polinucleares: Padres o madres de familia que debe atender económicamente, además de su actual hogar, algún hogar monoparental dejado tras el divorcio o la separación, o a hijos tenidos fuera del matrimonio.
- Familias extensas: Abarcan tres (o más) generaciones y están formadas por los abuelos, los tíos y los primos.
- Familias extensas amplias o familias compuestas: Están integradas por una pareja o uno de los miembros de ésta, con uno o más hijos, y por otros miembros parientes y no parientes.

En esa tipología hay que incluir los modelos que han aparecido o que se han hecho más habituales en las dos últimas décadas: homosexuales, lesbianas, solteros o solteras con hijos creados por inseminación in vitro, segundo matrimonio con hijos aportados por ambos cónyuges del matrimonio anterior.

Poco a poco los nuevos modelos de familia han comenzado a equipararse a los tradicionales. Y ahora el hogar tradicional se ve desbancado por modelos de familia para todos los gustos, surgidos por el retraso en la formalización de las parejas, la aparición de nuevas fórmulas de convivencia, la caída de la fecundidad y el incremento de las separaciones y divorcios.

1.3. La familia en la Jurisprudencia Colombiana

La jurisprudencia ha perfeccionado y extendido la protección a esa familia concebida como núcleo fundamental de la sociedad, a la que nos referimos, al

señalar y ratificar el concepto con la Sentencia T- 278 de 1994 de la Corte Constitucional:

“Como lo consagra nuestra Constitución Política, la familia es la base de la sociedad, independientemente si viene del matrimonio o de cualquier otra forma de unión entre dos personas de distinto sexos es el escenario de la protección y el desarrollo de la especie humana.

La familia ha sido como la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre. En efecto la familia es una comunidad de personas, para las cuales el propio modo de existir y vivir juntos es la comunión: *Communio personarum* (la cual se refiere a la relación personal entre “tu” y “yo”). La familia como unidad de personas es por consiguiente la primera sociedad. Y surge cuando se realiza la alianza del matrimonio (en cualquiera de sus formas) que abre los esposos” a una perenne comunión de amor y de vida” y se completa plenamente y de manera específica al engendrar los hijos. La familia que nace de esta unión basa su solidez interior en la alianza entre los esposos.

La familia recibe su propia naturaleza comunitaria aun sus características de “comunidad” de aquella comunidad fundamental de los esposos que se prolonga en los hijos. Mediante esa unión de dos personas el hombre y la mujer dan origen a la familia. El nuevo ser humano, igual que sus padres es llamado a la existencia como persona y a la vida “en la verdad y en el amor”. Es en el recién nacido que se realiza el bien común de la familia.

La familia es anterior a la sociedad y al Estado, (que en la concepción de la familia como núcleo del derecho moderno, la interviene para regular las relaciones y consecuencias que surgen entre la pareja inicial como entre los demás miembros de ella originándose el derecho de familia), entidades que están instituidas en primer lugar para servir al bienestar de la familia del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado. Nadie puede reemplazar a los padres en el cumplimiento ante el primer deber ante los hijos, deber que dicta antes el amor que la obligación. Pero a la sociedad y al Estado, les competen deberes no menos sagrados, como son velar por la integridad de la familia tutelar a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones y cooperar con la familia en la supervivencia y formación primera de la infancia.

Expresamente el Constituyente de 1991 consagró el derecho que le asiste a toda persona a tener una familia y la protección constitucional que ésta merece como núcleo esencial de la sociedad. Especial énfasis se da a la sociedad de mantener la armonía y la unidad familiar, fundamento de la convivencia social y la paz. De acuerdo a ello la unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales y prevalentes de los niños. Es la familia misma de donde surgen los comportamientos que van a determinar la sociedad, puesto que estos comportamientos se dan en personas concretas y estas se reconocen, se identifican y se estructuran en una familia: su familia.

La familia como poder dignificante, tiene la capacidad de formar la conciencia de los individuos en los verdaderos alcances de lo que constituye la inmensa fuerza de su naturaleza humana.

Es, pues, en el ámbito familiar en el que se reciben las bases de la realización y por el núcleo familiar, hoy en una grave situación de violencia, falta de unidad y de amor, que ha generado la proliferación de divorcios y conflictos entre los padres, de confusión en las orientaciones sobre las razones mismas de existir, hasta el punto de desatar un verdadero caos al interior de los hogares”.

Durante veintiún años de vigencia de la Constitución, la Corte ha ido construyendo una interpretación flexible frente a los cambios de los grupos familiares y ha ido fijando una jurisprudencia clara ante las demandas de la población LGTBI, reconociendo que una pareja del mismo sexo —que cohabite en forma estable y comparta un proyecto de vida— puede constituirse ante la ley en una familia, lo que significa otorgarles el mismo respeto y la misma dignidad de las familias conformadas por parejas heterosexuales.

1.4. La adopción en Colombia

1.4.1. Reseña histórica de la adopción

El tema de la adopción, aparece a través de las leyes del Fuero Real (1252) en la cual se permitió adoptar a personas que pudieran heredarle por no tener descendencia legítima, Y las siete partidas (1256) por lo cual la ley 1, tít. 16 part. 4, 33 estipulaba:

“omnes ser fijos de otros, maguer no lo sean naturalmente”. Expedidas por Alfonso el sabio, tomadas del derecho romano, por lo cual se mantuvieron las dos clases de adopción: la abrogativa, concebida por el rey y autorizada por el juez; y la adoptiva, común acuerdo entre adoptante y adoptado este no podía heredar, si existían hijos legítimos o naturales.

Luego de haber obtenido la independencia, la primera Constitución de la naciente República, la de 1821, la de Villa del Rosario – Cúcuta, autoriza la aplicación de las disposiciones Españolas vigentes que no fueran en contra de dicha carta política, de tal manera que seguían rigiendo aquellas complicaciones en lo tocante con la adopción.

Este concepto de adopción expuesto por la legislación española la mantuvo el país hasta 1853, en donde el Estado pudo expedir sus propias leyes. Ya el ocho de enero de mil ochocientos cincuenta y nueve (1859), el Estado soberano de Cundinamarca acoge el Código Civil Chileno, el cual no amparaba la adopción puesta en desuso por Andrés Bello para fortalecer los derechos del hijo legítimo, teniendo en cuenta que este código fue retomado del de Napoleón que lo incluía. Más aun siendo el código de Cundinamarca fiel copia de el de Bello, dio a bien el gobierno incluir la adopción retomada del derecho español y el de Napoleón. La adopción fue establecida en la Ley 57 de 1887, quedando así consagrada de la siguiente manera: “es el prohijamiento de una persona o la admisión en lugar del hijo del que no lo es por naturaleza”. Con este Código se acoge la Institución adoptiva proveniente del Código Civil Francés y de la Legislación Española, dado que el Código Chileno no regulaba la figura.

A partir de 1887 y hasta nuestros días, son cinco (5) las fuentes normativas básicas que han regulado la adopción como institución; a saber: el Código Civil de la Nación, la Ley 140 de 1960, la Ley 5 de 1975, el Decreto 2737 de 1989, y finalmente la última modificación hecha a la adopción, se estipula en la ley 1098 del 2006.

1.4.2. La adopción en la normatividad colombiana

El concepto de adopción se encuentra en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006. Se define como "principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza".

La adopción es un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia y, por ello, toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de los demás.

De acuerdo a las Sentencias C-562 de 1995, C-477 de 1999 de la Corte Constitucional, la finalidad de la adopción es "el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello conlleva ya que en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad".

Técnicamente la adopción es una medida de protección a las niñas, niños y adolescentes entre personas que por naturaleza no la tienen.

La adopción implica el surgimiento de un parentesco entre el adoptado y el adoptante, lo mismo que entre el adoptado y los consanguíneos del adoptante.

Este tipo de parentesco es civil, por cuanto aunque se legalice la adopción, la ley no podrá hacer caso a la realidad según la cual no hay lazos de sangre entre el adoptante y el adoptado.

1.4.2. Derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado

Sobre la adopción y sus efectos jurídicos, ha dicho el artículo 64 de la ley 1098 de 2006:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.
2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.
3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.

4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil.

5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

Este hecho es importante para aspectos como la seguridad social, puesto que al legalizarse la adopción, el hijo adoptivo adquiere los mismos derechos que los hijos biológicos del adoptante, derechos como el de la seguridad social entre otros.

1.5. La homosexualidad en el Derecho Colombiano

Colombia es el país más avanzado de América Latina en materia de reconocimiento de derechos de los homosexuales. Desde la expedición de la Carta Política de 1991, el panorama de los derechos para los homosexuales cambió de manera drástica. Durante los años noventa, la tutela como instrumento para garantizar el amparo de los derechos fundamentales sirvió tanto para proteger a los homosexuales en casos puntuales de discriminación, como para empezar a construir una jurisprudencia que, poco a poco, se convirtió en ganancias para toda la población LGBTI.

En 1980, la homosexualidad fue despenalizada en este país y la Constitución Política de 1991 consagró derechos fundamentales a todos los colombianos sin distinción de sexo. Pero fue en 2007 y 2008 cuando se empezaron a reconocer jurídicamente a través de tres fallos de la Corte Constitucional, que otorgaron algunos derechos patrimoniales y de seguridad social a las parejas homosexuales en igualdad de condiciones que las heterosexuales. Finalmente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia 029 de 2009, aprobó un paquete de reformas, mediante las cuales las uniones del mismo sexo gozan de los mismos derechos y obligaciones que aquellas conformadas por hombre y mujer, salvo para efectos de adopción. En sus deliberaciones, esa instancia tuvo en cuenta los principios o derechos fundamentales de "igualdad" y "libre desarrollo de la personalidad", ambos consagrados en la Constitución Nacional, así como el de "dignidad humana", que implica vivir sin humillación.

Una mirada a las sentencias de los casos considerados por la Corte Constitucional son elocuentes en cuanto al tipo de tutelas falladas en esos años: acceso a cupos,

cambio de nombre (1993); publicidad de un beso en la Plaza de Bolívar (1994); homosexualidad en las Fuerzas Militares (1995) y el desfile de travestis en Neiva (2000), entre otros.

A partir de 1999 y a la par con las tutelas, organizaciones de defensa de los derechos LGBTI como Colombia Diversa empezaron a desarrollar estrategias jurídicas más complejas que incluían acciones de constitucionalidad contra artículos de las más variadas leyes vigentes. En 2004, la Corte Constitucional discutió el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares; en 2007, la afiliación al sistema de salud como beneficiario de la pareja gay y los derechos patrimoniales; en 2008, la seguridad social y la sustitución pensional para compañeros del mismo sexo.

La Corte Constitucional, reconoció nuevos derechos a las parejas homosexuales, en igualdad de condiciones a las establecidas por ley en favor de las parejas de hecho heterosexuales, mediante la sentencia C-029/09, con la cual se pronunció sobre 42 disposiciones contenidas en un número significativo de normas acusadas de violación del principio de igualdad de trato a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

La sentencia C - 029 de 2009 viene a ser el último de los fallos que se emiten para otorgar derechos patrimoniales de sucesión o de herencia, de seguridad social (pensión de supervivencia, subsidio familiar en servicios y para vivienda), de salud, derechos civiles en torno a la propiedad (patrimonio de familia inembargable, vivienda familiar), derechos migratorios y de nacionalidad, derechos penales y derechos disciplinarios (no incriminación de la pareja, prescindir de la sanción penal en los delitos culposos, víctimas en desaparición forzada y secuestro), el amparo de las normas sobre violencia intrafamiliar y la ley de justicia y paz como víctimas a las parejas del mismo sexo, el estar cobijados por el Seguro Obligatorio de Tránsito y Accidentes (SOAT) y el derecho de residir con la pareja si uno de los miembros de la pareja vive en San Andrés y Providencia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que esta sentencia también es hito porque además de derechos establece obligaciones, sanciones e inhabilidades, como la obligación civil de prestar alimentos, la agravación punitiva de los delitos contra la pareja del mismo sexo, la extensión de la ley de violencia intrafamiliar a las parejas del mismo sexo y el estar cobijados al régimen de incompatibilidades e inhabilidades en materia de contratación administrativa o para la postulación en cargos de elección popular como alcalde, diputado, concejal etc.

Este histórico fallo es un ejemplo de la sofisticación y el poder de convocatoria que las organizaciones que defienden los derechos de la población homosexual han alcanzado en su estrategia jurídica. La demanda de inconstitucionalidad detrás de la sentencia C-029 fue presentada el 28 de abril de 2008 por Colombia Diversa, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes con el respaldo de cerca de 30 grupos defensores de derechos humanos como la Comisión Colombiana de Juristas y Católicas por el Derecho a Decidir, entre otros.

Y son precisamente estos logros, que ha alcanzado el movimiento por la defensa de los derechos LGBTI por la vía de tutelas y demandas en estos 16 años, los que han llevado a Colombia a la vanguardia de los países latinoamericanos en estas materias. En términos prácticos y simbólicos, la agenda pendiente de los derechos de los homosexuales está reducida a la adopción y el matrimonio, temas espinosos en todo el mundo y hoy el único bastión que les queda a los opositores de la población LGBTI.

En cuanto a sentencias judiciales se refiere, la legislación colombiana es la más avanzada en el subcontinente y está dentro de las más progresistas del mundo. En el país, las parejas homosexuales no solo disfrutan de los derechos en salud y pensiones, sino también del derecho a no declarar contra su pareja, adquirir vivienda y protegerla como patrimonio familiar inembargable, y si la pareja es extranjera puede reclamar la nacionalidad colombiana en las mismas condiciones de una unión heterosexual.

1.6. La adopción por parte de homosexuales en otros países

1.6.1. Antecedentes internacionales, que constituyen referentes para las autoridades colombianas en el tema de la adopción de menores por parte de homosexuales

En lo que respecta a la regulación dentro del derecho civil, la adopción homoparental consiste en que un niño pueda ser adoptado, y así, legalmente sea hijo de los dos miembros de una pareja compuesta por dos personas del mismo sexo.

Desde finales de los 90, países de Europa, algunos estados en E.U. y otras regiones del mundo han autorizado a parejas homosexuales a adoptar legalmente niños.

La adopción homoparental es un derecho reconocido en Andorra, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Guam, Islandia, Israel, Noruega, los Países Bajos, el Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Uruguay y en ciertos territorios de Australia y Estados Unidos. En Alemania, Finlandia y Francia es legal la adopción del hijo del otro miembro de una pareja de hecho o unión civil.

La legislación aprobada varía sustancialmente de país a país. En algunos casos se permite a las parejas homosexuales adoptar niños sin tener relación de parentesco con ellos, mientras que en otros sólo se permite a la pareja homosexual de un padre biológico adoptar al hijo de esa persona.

- **Holanda**

Fue el primer Estado que ha permitido que las parejas homosexuales adoptaran un niño, aunque tendrían que pasar por las mismas condiciones que se les exige a una pareja de heterosexuales, por ejemplo convivir juntos por lo menos por tres años.

En 2001, se adoptó una ley en la que establece que los niños deben tener la nacionalidad holandesa para poder así evitar futuros conflictos legales con países extranjeros, que no adoptan esta postura.

- **España**

Se contempla la adopción homoparental desde la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. Anteriormente, diversas comunidades autónomas ya permitían la adopción conjunta a las parejas de hecho. España fue el primer país que estableció la igualdad total en lo relativo a la adopción y matrimonio para las parejas del mismo sexo.

- **México**

Desde diciembre del 2009, se permite la adopción a parejas homosexuales en la Ciudad de México. Fue el Distrito Federal, el primero en el país en autorizar la adopción a homosexuales, lo cual ha provocado rechazo por parte de la Iglesia católica y ha sido impugnado sin éxito por el Partido Acción Nacional, en cuya impugnación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación se elevó a rango federal el reconocimiento y derechos de los que en el Distrito Federal adopten a un infante o infantes. En el Distrito Federal y otros Estados de la República Mexicana la

población menor de 35 años se ha manifestado a favor de la medida, mientras el rechazo, generalmente por cuestiones religiosas se incrementa con la edad. El 18 de Agosto del 2010 el Supremo Tribunal resolvió que las parejas homosexuales tienen el mismo derecho de poder adoptar a un menor en la Ciudad de México.

- **Israel**

El 11 de febrero de 2008 Israel se convirtió en el primer país de Asia en autorizar la adopción homoparental. Los gays y lesbianas no sólo están autorizados a adoptar a los hijos biológicos de su compañero del mismo sexo, sino también a adoptar otros niños. El Estado de Israel ya había reconocido, en febrero de 2006, el estatuto de padres legítimos a una pareja de mujeres, de las cuales una era la madre biológica de los niños que criaba. Con esta medida, gays y lesbianas de Israel no sólo están autorizados a adoptar a los hijos biológicos del compañero del mismo sexo, sino también a otros niños.

- **Uruguay**

En septiembre de 2009, se señaló en los medios de comunicación la aprobación de una ley de adopción a parejas homosexuales, pero no fue tal. Lo que hubo fue una modificación que permite abrir las posibilidades de adopción a otras organizaciones que no estuvieran ligadas a la Iglesia Católica, pero no consagra explícitamente esa posibilidad para parejas de gays o lesbianas. De hecho, la ley se refiere a la adopción de concubinos, pero habla del orden de los apellidos del padre y de la madre. Algunos jueces han solicitado una ley interpretativa. Pese a ello varias parejas homosexuales lograron que ambos conyugues tuvieran la tenencia legal sobre el hijo adoptado por uno de ellos.

- **Argentina**

En la República Argentina la ley permite la adopción por una persona, sin referencia alguna a la identidad o preferencia sexual del adoptante. Tras la modificación del Código Civil el 15 de julio de 2010 se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, otorgándoles así el derecho de adoptar conjuntamente, con los mismos requisitos que ya existían para los matrimonios entre personas de distinto sexo.

- **Estados Unidos**

En Estados Unidos, no todos los Estados aceptan la misma postura. En New Jersey desde fines del año 1997, se les permite a los homosexuales adoptar niños. Aunque hay otros, como Florida, que lo prohíben. Es por esta razón que en la mayoría de los casos, que ocurren en otros Estados, se deja la decisión en manos de la Justicia.

En 1986, dos mujeres en California se convierten en la primera pareja del mismo sexo en adoptar legalmente un niño. Desde entonces el número de estados en Estados Unidos que permiten alguna forma de derechos de adopción para homosexuales creció a 14. La lista incluye Nueva York, Connecticut y Nueva Jersey. La situación en muchos estados es hoy ambigua, con la adopción para homosexuales no aceptada explícitamente pero tampoco prohibida.

1.6.2. Avances surtidos en los países que permiten la adopción por parte de parejas homosexuales.

A través del tiempo y de acuerdo a los avances mundiales, muchos de los países, especialmente los occidentales han revisado o reelaborado las normas que regulan el matrimonio, la familia y la filiación. En esta tendencia es posible incluir las opciones legislativas que han determinado que el matrimonio pueda ser fácilmente disuelto por los cónyuges (divorcio vincular), que la familia pueda tener una unión de pareja no formalizada por el matrimonio, que la filiación pase a depender de un elemento volitivo más que de un antecedente biológico (inseminación artificial), o que personas del mismo sexo puedan formar una familia. Así Holanda (El 21 de diciembre del año 2000 el parlamento Holandés aprobó importantes leyes sobre esta materia. Una primera para abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, y una segunda para admitir la adopción de niños nacidos en Holanda, por parte de miembros de parejas del mismo sexo (incluyendo a los matrimonios). En el proceso de elaboración de la ley, el gobierno rechazó la posibilidad de incluir también las adopciones internacionales, por temor a que los países de origen de los niños rechacen la adopción por dos personas del mismo sexo), España (En España la principal innovación en esta materia, surge a raíz de la reforma al código civil a través de la ley nº 13 del 2005, que otorga plenitud e igualdad de derechos y obligaciones al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, incluyendo además, la posibilidad de adopción conjunta por parejas y matrimonios homosexuales y la co-adopción (que el cónyuge del padre o la madre del niño pueda adoptarlo), y Bélgica han elaborado normas que permiten que personas del mismo sexo se casen, incluyendo además, la posibilidad de adopción conjunta por estas parejas.

Luego de haber analizado las limitaciones que hacen imposible que parejas y matrimonios homosexuales adopten menores en Colombia, es relevante señalar cuales son las soluciones que se han seguido en otros países para permitir la adopción de menores a estas parejas; ya que la diferencia entre una y otra solución, pudiera ser la base de una futura discusión parlamentaria.

En materia de adopción de menores se distinguen dos casos, el primero, como aquel en que el niño no tiene relación alguna de parentesco biológico o adoptivo con el o los adoptantes y el segundo, está constituido por la adopción del hijo biológico o adoptivo de la pareja homosexual, llamada también adopción co-parental (WAGMAISTER Y BEKERMAN, 1998)

La primera hipótesis, es muy inusual, teniendo cabida, solo en Holanda, España, Bélgica y Canadá. La mayoría de las legislaciones, incluyendo las más progresistas, prohíben expresamente la adopción de menores a parejas formadas por personas del mismo sexo.

En España la principal innovación en esta materia, surge a raíz de la reforma al Código Civil a través de la ley N° 13 del 2005, que otorga plenitud e igualdad de derechos y obligaciones al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, incluyendo además, la posibilidad de *adopción conjunta* por parejas y matrimonios homosexuales y la co-adopción (que el cónyuge del padre o la madre del niño pueda adoptarlo).

El Código Civil Español, a raíz de la mencionada reforma, sufrió modificaciones en diversos artículos, entre los que destacan el artículo 44, donde se agrego un nuevo inciso. Así el artículo 44 dispone: "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código". El inciso segundo quedó redactado de la siguiente manera: "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

Además encontramos modificaciones en el artículo 16 del Código Civil español, que adaptan el lenguaje cambiando el texto legal de "marido", "mujer", "padre" o "madre" a "cónyuge" o "progenitor" (IDCH, 2005).

La constitucionalidad de la ley se ve amparada en el artículo 32 de la constitución, que afirma que "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica" (LEY 13 DE 2005).

La adopción co-parental, por otro lado, es una situación que se da con mayor frecuencia y que consiste en la adopción del hijo de la pareja homosexual (En noruega por ejemplo, las parejas homosexuales pueden adoptar como madrastras o padrastros, pero esas adopciones se conceden de forma muy restringida y nunca antes de que la niña o niño haya cumplido 12 años de edad.). Este tipo de adopción opera en dos supuestos. En el caso que el progenitor renuncie a sus derechos parentales voluntariamente o en el caso que le sean terminados por resolución judicial y en el caso de inseminación artificial por donante anónimo. Los beneficios reportados para el adoptado son múltiples, por ejemplo, heredará del adoptante así como de su familia según las normas de sucesión, recibirá los beneficios de seguridad social que le correspondan en caso de incapacidad o muerte del adoptante y participará de los beneficios médicos y educacionales que se le otorguen por motivos laborales. (VARAS, 2000).

En Estados Unidos es común un proceso denominado "Second-parent adoption" o adopción co-parental, en virtud del cual, un miembro de la pareja adopta individualmente al hijo o hijos de su pareja, ya sean biológicos o adoptivos, sin que el padre o madre biológico pierda derechos sobre ellos. Este proceso comienza a gestarse a raíz de una proposición que emana de "The [National Center for Lesbian Rights](#) (Centro Nacional para los Derechos de las Lesbianas), a mediados de la década de los 80'. En los estados de [California](#), [Connecticut](#), [Illinois](#), [Maine](#), [Massachusetts](#), [New Jersey](#), [New York](#), [Pennsylvania](#), [Vermont](#), Washington, [Washington, D.C](#) y recientemente Colorado, expresamente se permite la adopción co-parental.

Uno de los casos más comentados en relación a la adopción co-parental de homosexuales en Estados Unidos tuvo lugar en Massachusetts, en el cual la Corte Suprema de ese Estado concedió la adopción de una niña concebida por inseminación artificial a la pareja lesbiana de la madre. Debido a que la ley prescribe que para que una mujer pueda adoptar a un menor la madre biológica o adoptiva del niño debe renunciar a sus derechos parentales, ambas mujeres iniciaron un proceso de adopción en forma conjunta.

En el juicio respectivo se presentó evidencia de las capacidades de ambas mujeres como madres, testificando en su favor una serie de expertos en salud mental, profesores, colegas y vecinos. Luego de un amplio estudio acerca de lo que sería el

mejor interés de la niña, el perito especializado en psiquiatría, concluyó que “existían plenos motivos para que ambas mujeres fueran las madres legales de la niña”.

Ante la cantidad de evidencia y las recomendaciones del especialista, y considerando además que la adopción le permitía a la niña gozar de una serie de beneficios legales, la Corte Suprema de Massachussets concedió la adopción de la menor a las dos mujeres estableciendo que era en el mejor interés de la niña.

La importancia de este fallo es que sienta precedente, dado que las leyes del estado de Massachussets prohíben la adopción conjunta por parejas no casadas (aunque en este caso la realidad era más parecida a la de adopción co-parental). Al respecto, la corte señaló que el lenguaje general de la ley era ejemplificativo, más no taxativo, por lo que era posible aún cuando la ley no contemplara la hipótesis de la adopción entre personas del mismo sexo. (SHERYL, citada por VARAS 2000)

Existe una tercera hipótesis de adopción, donde podrían intervenir como adoptantes personas homosexuales. Es la adopción de menores por parte de personas solteras, donde no se exige que la persona tenga una determinada tendencia sexual, salvo contadas excepciones como Florida (Estados Unidos) donde expresamente se prohíbe que personas homosexuales formen parte de los procesos de adopción. Legislaciones como Utah prohíben tajantemente que parejas homosexuales adopten menores en forma conjunta o de manera co-parental, sin embargo, aceptan la adopción por parte de personas solteras independientemente de la condición sexual del adoptante, siempre y cuando no conviva con otra persona del mismo sexo. (ANN MINOT, 2000).

En este tipo de adopciones tendrá vital importancia la determinación del interés superior del menor, a través de exámenes físicos, mentales, psicológicos y morales en la persona del adoptante, donde podría influir su condición sexual, aunque esta ya no constituiría una causal de exclusión obligatoria, para la autoridad llamada a concederla.

La cuarta hipótesis de adopción, es aquella conocida como adopción abierta o semi-abierta que de acuerdo a sus adeptos, proporcionan grandes ventajas en cuanto a la disminución de los temores de los adoptantes, ya que ellos eligen si entregan o no a la pareja homosexual el hijo que dan en adopción, y en especial en relación con el desarrollo del adoptado y el conocimiento de su propia realidad.

Estas adopciones implican, usualmente, la elección de los futuros adoptantes por el o los progenitores biológicos y un acuerdo en relación al tipo de contacto que mantendrán ambas familias.

El éxito de este sistema se basa en una adecuada implementación de asistencia por parte de equipos interdisciplinarios, que ponen especial énfasis en la definición de los respectivos roles, los que comienzan su labor mucho antes de la incorporación del niño en su familia adoptiva y continúan con su seguimiento.

El contacto entre ambas familias, la de origen y la de adopción, se define por medio de un acuerdo generalmente escrito; aunque puede definirse con más o menos trato de acuerdo al mejor interés del niño. (STILERMAN y SEPLIARSKY, 1999).

En Canadá, se le pide a la madre que dio a luz a la criatura, sola o junto con el padre, si viven, que den su aprobación a la familia que va a recibir a su hija o hijo, de manera que a la madre biológica, se le proporciona información personal no identificatoria acerca del padre o madre potencial, y puede utilizar ampliamente su criterio para dar su consentimiento. (ANN MINOT, 2000).

En el Reino Unido al igual en Canadá, se le pide a la madre que dio a luz a la criatura, sola o junto con el padre, si viven, que den su aprobación a la familia que va a recibir a su hija o hijo.

La negativa por parte de la madre y el padre de nacimiento, puede ser anulada, si se califica como "no razonable".

No queda claro que esto suceda en forma uniforme en todas las situaciones en que la objeción principal sea la orientación sexual de la potencial madre adoptiva o padre adoptivo (ANN MINOT, 2000).

En todo caso, no debe olvidarse que la adopción es un mecanismo de protección para el menor y no un derecho de los homosexuales ni de los heterosexuales, razón por la cual no puede oponerse el argumento de la discriminación como argumento para favorecer la adopción de estas personas, pues el interés superior del niño está por encima del derecho a la igualdad de las parejas homosexuales y heterosexuales.

1.7. La adopción por parte de homosexuales en la Jurisprudencia Colombiana

1.7.1. Desarrollo de la doctrina en la adopción de menores por parte de homosexuales en Colombia en los años 2007 al 2012

En cuanto a la perspectiva jurídica, en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, se establecen los derechos fundamentales de los niños, quienes gozarán y tendrán plenas garantías para disfrutarlos. Además como obligados y principales responsables de esta labor estarán la familia, la sociedad y el Estado y en este sentido podría decirse que cuando una pareja, independientemente de su condición sexual, pueda garantizar la plena seguridad del menor y pertenecer a una familia se empezarían a dar dichas garantías, sin embargo, la misma Constitución Política en su artículo 42 reza: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla...". Este artículo indica que en Colombia, legítimamente, es familia únicamente la constituida por un hombre y una mujer y hasta el momento no hay cabida para otro tipo de familia por lo cual es negada la posibilidad para las parejas del mismo sexo.

La Corte Constitucional ha reiterado que la noción de familia es heterosexual y en varias sentencias (T-999 de 2000 y T-1426 de 2000) consideró que el fin de la adopción es brindar al niño una familia, la cual se conforma por un hombre y una mujer, haciendo la distinción entre pareja y familia. Sin embargo, esto no quiere decir que los adultos que libremente decidan su opción sexual, la cual es protegida por la Constitución, queden desamparados; por el contrario, sus derechos patrimoniales se mantienen y de todas formas no habrá lugar a discriminación alguna.

El Dr. Jaime Araujo Rentería, en el salvamento de voto de la Sentencia C-075 de 2007, aduce que falta un pronunciamiento de la Corte en estos temas y por ende se mantienen como tabú o intocables, siendo ésta la causa de tantos dramas familiares por falta de legislación al respecto.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, visto desde el que tiene una persona a adoptar un hijo presenta una fuerte discusión social, jurídica y religiosa, si este proceso se ve encabezado por personas homosexuales.

Los principales afectados en estos casos son los derechos de los menores de edad, quienes ven truncada su esperanza de hacer parte de una familia, sin querer decir con ello que seamos partidarios de que la unión marital de hecho de dos

homosexuales se deba catalogar como tal, por ser éste un tema de competencia exclusiva de la Corte Constitucional.

Vista desde el enfoque social, la adopción no podría verse truncada por ser solicitada por una pareja homosexual, siendo así que, a manera de ejemplo, la Organización Mundial de la Salud en 1974, determinó que la condición homosexual no es una enfermedad mental. Siguiendo esta determinación se puede destacar que el homosexual es una persona equilibrada mentalmente y podría adoptar un niño y aún más si tiene la posibilidad de brindarle protección económica que conlleve a una buena educación.

No existen estudios científicos comprobados que expliquen el por qué de una orientación sexual, es decir, no se elige esa condición, sencillamente se encuentra genéticamente establecida, cosa que las personas heterosexuales no comprenden, ya que es difícil entender lo que no se conoce y por lo tanto es fácil juzgar, lo que lleva a una discriminación de una condición de la cual se desconoce su origen.

La Corte Constitucional ha dicho que si bien la idoneidad moral de la persona, es un requisito indispensable para la adopción, no excluye expresamente a las personas homosexuales. La restricción del derecho de adoptar impuesta a quienes viven de conformidad con sistemas morales distintos del presupuesto de la moral pública, aunque representa una limitación fuerte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es la única forma de garantizar la prevalencia de los objetivos superiores relativos a la finalidad moral de la educación, dada la condición de los padres de ser los primeros y principales educadores de sus hijos.

El concepto de familia en Colombia, como se ha dicho anteriormente, es netamente heterosexual y es el eje central de una sociedad, donde se forma la persona, es responsable de brindar amor, comprensión, garantizar todos los derechos del niño por ser ésta, su primer contacto desde el origen de la vida por lo cual su papel es fundamental en la formación no solo de la persona sino del ciudadano como tal, haciéndolo sujeto de derechos y obligaciones que lo llevan a cumplir un rol responsable en la sociedad ya que justo allí sus conductas y virtudes lo llevarán al desarrollo de su futuro y su entorno.

En Colombia la autoridad central en materia de adopción es el ICBF, quien está al frente del programa, apoyada por ocho instituciones que están debidamente autorizadas por éste; en la misma vía, el Código de Infancia y la Adolescencia o Ley

1098 de 2006, tiene como finalidad garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes para su pleno y armonioso desarrollo en el seno de la familia y de la comunidad en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Se tiene a la adopción como medida de restablecimiento de derechos para los niños, niñas y adolescentes cuya situación jurídica se define por un Defensor de Familia del ICBF a través de una declaratoria de adoptabilidad, consentimiento de los representantes legales o por autorización para la adopción.

Este proceso consiste en adelantar la adopción de un menor por parte de personas naturales, de las cuales no se reputa su condición heterosexual; cuando son parejas interesadas en adoptar deben demostrar una convivencia ininterrumpida de, por lo menos, tres años. Las personas solteras, viudas o separadas no están inhabilitadas.

Según lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Artículo 68), quienes deseen adoptar deben tener las siguientes cualidades:

- a) Debe ser mayor de 25 años de edad.
- b) Tener por lo menos 15 años más que el adoptable.
- c) Garantizar idoneidad física, mental, moral y social a través de un estudio psicosocial realizado por el ICBF.

El ICBF dice que las parejas del mismo sexo no pueden adoptar porque la Constitución Nacional no las considera una familia legalmente constituida. Posición ratificada en la Ley de Infancia y Adolescencia, basándose en que una familia es sólo conformada por un hombre y una mujer y, siendo el máximo órgano encargado de adopción, argumenta que su responsabilidad es dar una medida de protección al menor, sin embargo, uno de los integrantes de la pareja lo puede realizar, ya que es legalmente aceptada para personas solteras.

De todo lo anterior se concluye que la búsqueda de la Corte Constitucional ha estado enmarcada dentro de parámetros de igualdad y libertad, principios que son patrimonio de cada ciudadano pero que son desconocidos cuando se habla de equidad en la diferencia.

La Corte Constitucional, ha reconocido, tanto en sede de tutela como en sede de constitucionalidad, derechos tan importantes como al trabajo, la educación, la salud, la dignidad y la autodeterminación en materia sexual y de género que, clasificados y reunidos en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, otorgan a quienes ostentan preferencias sexuales distintas a las heterosexuales, en teoría, una oportunidad de poder desarrollarse al interior de la sociedad colombiana. Y se dice que en teoría, porque son las instituciones públicas y privadas, más que los particulares o gentes del común, quienes obstaculizan el desenvolvimiento normal de las parejas del mismo sexo que desean acceder a sus derechos, dificultando la aplicación material de lo reconocido por la Corte Constitucional.

1.7.2. Argumentos fundamentales de la Corte Constitucional en la Sentencia T-276 de 2012, que avaló la adopción de menores de edad a un homosexual.

Mediante la sentencia T-276 de 2012, la Corte Constitucional avaló la adopción de dos menores de edad al periodista estadounidense Chandler Burr, quien se vio inmerso en un lío legal en Colombia luego de admitir su condición de homosexual, lo que provocó que el Instituto de Bienestar Familiar le quitara la custodia de sus hijos adoptivos.

En el trascendental fallo, el alto tribunal da la legitimidad de la adopción individual por parte de personas homosexuales, pues el argumento de la sentencia es que la orientación sexual del adoptante no puede ser considerada como un factor de riesgo para los derechos de los niños adoptados. Además, esta sentencia asegura la estabilidad jurídica de la situación de esta familia que, aunque ya están reunidos desde diciembre de 2011, jurídicamente continuaban en espera de este pronunciamiento por parte de la Corte.

Para la Corte Constitucional, en estos casos prima la estabilidad de los niños adoptados, por lo que consideraron que en el caso de Burr este demostró con creces que se le podía darles alimentación, bienestar, salud y educación, además de amor y un cuidado en Estados Unidos.

Concluye que el ICBF no contaba con evidencia de que los hijos de Burr estuvieran en riesgo y criticó que la Subdirectora de Adopciones del ICBF hubiese dado “por sentado que la orientación sexual del peticionario habría podido afectar el resultado del proceso de adopción o generaba una amenaza sobre los derechos de los niños”, sin explicar nunca “las razones en las que se basaron sus conclusiones”.

La Corte encontró que la única afectación a los derechos de los hijos de Burr se derivó de las propias determinaciones adoptadas por el ICBF, pues fue la separación de su padre lo que puso en riesgo la estabilidad emocional de los niños y no la orientación sexual de su padre y que incluso se constató que los niños manifestaron su deseo de estar con su papá, pero su opinión no fue tomada en cuenta por el Instituto.

Fueron tres argumentos fundamentales los que tomó la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional para entregarle al periodista estadounidense Chandler Burr la custodia definitiva de dos menores de edad colombianos, de 10 y 13 años de edad, que adoptó en marzo de 2009 como padre soltero, pero que luego estuvo en entredicho cuando reconoció su orientación homosexual.

En primer lugar la Sala consideró que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Icbf no demostró que existiera una amenaza sobre la salud emocional de los niños cuando estos ya vivían en adopción, siendo esa la razón que invocó para quitarle los menores a Burr, luego de que una de sus funcionarias se enterara que era homosexual, por boca del mismo periodista.

Cuando esa declaración se produjo, el Icbf decidió comunicarse con la Embajada de Estados Unidos para impedir que Burr regresara a su país, inició un proceso de restablecimiento de derechos y luego envió los niños a un hogar sustituto en San Gil, Santander, el mismo de donde habían salido para la adopción. La Defensora de Familia no contaba con evidencia de que existiera amenaza alguna sobre los derechos de los niños. En efecto, en las diligencias de verificación de derechos del 31 de marzo de 2011, los profesionales del Icbf concluyeron que los niños estaban en buen estado físico y demostraban cuidado, y que si bien estaban alterados emocionalmente, ello se debía a que fueron separados de (Burr) y se les impidió viajar con él, señaló la Sala.

En segundo lugar, la Sala de la Corte Constitucional señaló que aunque eventualmente se hubiera concluido que sí existía una amenaza, el ICBF tampoco probó que existiera un nexo causal entre dicho riesgo y la falta de información sobre la orientación sexual de Burr en el proceso de adopción. Por el contrario la amenaza, en concepto de los profesionales del área psicosocial del propio Icbf, devino de las consecuencias que podría traer la denuncia penal formulada contra (Burr), la separación de los niños de (Burr) y la interrupción de su viaje a Estados Unidos, es decir, la amenaza no era imputable –a juicio de los sicólogos y trabajadores sociales

del ICBF- a la falta de información sobre la orientación sexual de (Burr), señala la providencia de la Sala.

Igualmente, la Corte resaltó que de los conceptos de los profesionales del área sicosocial del Icbf se deduce que la posibilidad de que se revocara la adopción en ese momento estaba alterando y amenazando la salud emocional y mental de los niños. En este punto, también criticó la Sala que el proceso hubiera sido abierto en el Icbf por considerar como una amenaza la ausencia en el proceso de adopción de la información sobre la orientación sexual de Burr y su relación con otro hombre.

En el expediente se cita una información de la Subdirectora de Adopciones, del 11 de junio de 2011, en la que se limitó a afirmar que después de enterarse de que Burr era homosexual habló con la oficina jurídica dada la incidencia de esta omisión en el proceso de adopción. Nótese que la funcionaria dio por sentado que la orientación sexual del peticionario habría podido afectar el resultado del proceso de adopción y generaba una amenaza sobre los derechos de los niños, razón por la cual solicitó una diligencia de verificación de derechos, pero nunca explicó las razones en las que se basaron sus conclusiones, señaló la Corte.

En tercer lugar, la Corte manifestó que la medida adoptada por el Icbf, de restablecimiento de derechos de los niños, no sólo no estaba justificada, sino que era desproporcionada, ya que separar a un niño de su familia debe ser una medida excepcional. En este caso, la Sala encontró que la Defensora de Familia resolvió adoptar una de las medidas de restablecimiento más drásticas -pues la ubicación en hogar sustituto conlleva la ruptura del núcleo familiar, sin que existiera evidencia de una amenaza de tal magnitud que la justificara. Finalmente, la Corte cuestionó que la Defensora de Familia que asumió el caso no tuvo en cuenta la opinión de los niños a la hora de dictar la medida de restablecimiento, pese a que los niños de forma reiterada manifestaron su deseo de vivir con Burr y de no ser separados de él.

Este fallo implica un aval de parte de la Corte Constitucional a la legitimidad de la adopción individual por parte de personas homosexuales, pues el supuesto de toda la argumentación de la sentencia es que la orientación sexual del adoptante no puede ser considerada per se como un factor de riesgo para los derechos de los niños adoptados. Además, esta sentencia asegura la estabilidad jurídica de esta familia, pues aunque están reunidos desde diciembre de 2011, continuaban en espera de este pronunciamiento por parte de la Corte.

2. CONCLUSIONES

Como hemos demostrado en esta investigación, existen una serie de limitaciones que impiden que los homosexuales adopten menores en Colombia. Esto no quiere decir que las parejas de homosexuales tienen prohibido el cuidado o la educación del menor.

En Colombia pueden adoptar las parejas heterosexuales que demuestren convivencia ininterrumpida de dos años, y las personas solteras, viudas o separadas. Es decir, que un homosexual solo puede adoptar, pero si está en una relación no puede hacerlo, lo cual quedo ratificado con la Sentencia T-276 de 2012.

Permitir y legalizar la adopción de menores por parejas integradas por personas de mismo sexo exige dejar de lado las discriminaciones, tanto para la pareja como para el menor, ya que al ser reconocidos sus derechos éste puede también ser cobijado, es decir, si el padre o madre biológica del menor fallece la pareja se puede hacer cargo y el menor no quedará desamparado.

La adopción de niños y niñas en Colombia debería tener como principio que los adoptantes sean personas idóneas, con capacidad económica para brindar todas las comodidades que ellos requieren, además de valores y principios, estabilidad, amor, protección y el entorno adecuado donde se garantice el bienestar de los menores.

En los últimos años (2009 y 2010) las facultades de Psicología de cuatro universidades (Andes, Javeriana, Nacional y del Valle han elaborado estudios y conceptos en los que coinciden en señalar que los niños criados por padres homosexuales no se afectan en su desarrollo psicológico ni personal.

Colombia debería avanzar de la misma forma que ha avanzado el mundo, y la Corte Constitucional debería permitir el matrimonio por parte de las parejas homosexuales y el goce pleno de sus derechos y responsabilidades, como lo son el derecho a adoptar y tener una familia. De lo contrario se seguirá violando el derecho a la igualdad de las parejas homosexuales, seguirán siendo discriminados y segregados dentro de la sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

CONGRESO DE COLOMBIA. Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Noviembre 8 de 2006.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-562 de 1995 (M.P. Jorge Arturo Mejía: Noviembre 30 de 1995).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-477 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz: Julio 7 de 1999).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-999 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz: Agosto 2 de 2000).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1426 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis: Octubre 19 de 2000).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-276 de 2012. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Abril 11 de 2012).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-278 de 1994. (M.P: Hernando Herrera Vergara: Junio 15 de 1994).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-029 de 2009. (M.P: Rodrigo Escobar Gil: Enero 28 de 2009).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-075 de 2007 (M.P: Rodrigo Escobar Gil: Febrero 07 de 2007).

FORERO B., C. y CARDENAS, D. E. Perspectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Estudios en Derecho y Gobierno. Diciembre de 2009.

http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_5242_estudios-v2-n2-parejas-el-mismo-sexo-.pdf

LEON, H. y MAZEAUD, J. (1959). Lecciones de Derecho Civil; parte I, Volumen III. La Familia Constitución de la Familia. Traducción de Luís Alcalá Zamora y Castillo, Abogado. Ediciones Jurídicas Europa, América, Buenos Aires 1959.

MINOT LESLIE, A. (2000) .Concebir la mater/paternidad: Ser madres, ser padres, y los derechos de las personas lesbianas, Gays, Bisexuales, transgenero, sus hijas e hijos. San Francisco, Internacional Gay and Lesbian Human Rights Comisión.

MONROY CABRA, M.A. (1999), Derecho de Familia. Santafé de Bogotá: Jurídica Wilches.

ONU. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

REYES, R. (2009). Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social, Tomo 1/2/3/4, Ed. Plaza y Valdés, Madrid-México.

SHERYL, S. The rights of homosexual adopt, disponible en: http://www.tourolaw.edu/publications/Suffolk/vol10/pat3_txt.htm.

STILERMAN M., M., SEPLIARSKY E., S. (1999), Adopción integración familiar. Buenos Aires. Editorial Universidad.

WAGMAISTER Y BEKERMAN (1998). Niños criados por parejas homosexuales. Caracterización socio jurídica de ese contexto. X Congreso Internacional de la Familia.

