

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL PADRE FRENTE AL  
HIJO NO RECONOCIDO**

Sady Bustos Manrique

C.C. 79.559.344

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Postgrados y Formación Continuada

Especialización en Derecho de Familia

Bogotá D.C.

2018

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL PADRE FRENTE AL  
HIJO NO RECONOCIDO**

Sady Bustos Manrique

C.C. 79.559.344

Trabajo de Grado como requisito para optar por el título de  
Especialista en Derecho de Familia

DOCENTE:

Dra. Libia Patricia Pérez Quimbaya

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Postgrados y Formación Continuada

Especialización en Derecho de Familia

BOGOTÁ D.C.

2018

## **CONTENIDO**

### **RESUMEN**

### **ABSTRACT**

## **CONTENIDO**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. ANTECEDENTES .....</b>                               | <b>6</b>  |
| <b>2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....</b> | <b>8</b>  |
| <b>3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....</b>                  | <b>9</b>  |
| <b>4. HIPÓTESIS .....</b>                                  | <b>9</b>  |
| <b>5. OBJETIVO GENERAL .....</b>                           | <b>9</b>  |
| <b>6. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....</b>                      | <b>9</b>  |
| <b>7. JUSTIFICACIÓN .....</b>                              | <b>10</b> |
| <b>8. MARCO REFERENCIAL .....</b>                          | <b>11</b> |
| <b>8.1. Marco Histórico.....</b>                           | <b>11</b> |
| <b>8.2. Marco Conceptual.....</b>                          | <b>14</b> |
| <b>8.3. Marco Jurídico .....</b>                           | <b>27</b> |
| <b>8.4. Marco Teórico .....</b>                            | <b>34</b> |
| <b>9. DISEÑO METODOLÓGICO .....</b>                        | <b>38</b> |
| <b>10. CONCLUSIONES.....</b>                               | <b>38</b> |
| <b>11. BIBLIOGRAFÍA.....</b>                               | <b>40</b> |

## **RESUMEN**

Esta investigación tiene como objetivo demostrar que el no reconocimiento voluntario de un hijo por parte de un padre puede causar daños morales y materiales al no reconocido, conducta que puede derivar en una responsabilidad civil extracontractual por parte del progenitor.

Es importante destacar que la presente investigación se basa en el derecho inherente que tiene toda persona menor de edad de conocer su realidad biológica y de tener una filiación, dicho derecho reconocido por la comunidad internacional a través de la Convención sobre los Derechos de los Niños, es así como a través de la presente investigación se tiene conocimiento de países como México, Perú y Argentina los cuales tienen Leyes que permiten la indemnización por falta de reconocimiento de hijos.

La responsabilidad civil extracontractual por el no reconocimiento de hijo, no tiene desarrollo jurisprudencial ni doctrinal, situación que se presenta por la falta de regulación expresa de Leyes por parte de nuestro legislador. El desarrollo del tema nos permitirá analizar el derecho a la identidad del menor de edad, determinar los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, y su aplicación en el Derecho de Familia y la determinación de la existencia de una posible responsabilidad civil por el no reconocimiento de hijo por parte de su progenitor, y una vez comprobada su existencia la reparación del daño moral y material al hijo no reconocido.

## **ABSTRACT**

This research has as objective to prove that voluntary non-recognition of a child by a father can cause moral and material damages to unrecognized child. This behavior can result in an extra-contractual civil liability for the progenitor.

It is important to highlight that this investigation is based on the inherent right of every minor child to know its biological fact and has a filiation. This right is recognized by the international community through the Convention on the Rights of the Child. In addition, during this research is known that countries like Mexico, Peru and Argentina have laws which establish financial compensation for lack of recognition of children.

Extra-contractual civil liability does not have jurisprudential or doctrinal development for the non-recognition of a child. This situation due to the lack of express regulation by our legislator. The development of the theme will allow us to analyze the right to the identity of minor child and determine budgets of the extra-contractual civil liability. Moreover, its implementation in family law and the determination of the existence of a possible civil responsibility for the parent because of non-recognition of its child and, where applicable the financial compensation for moral and material damages to unrecognized child.

**Keywords:** Voluntary non-recognition, civil liability, Convention on the Rights of the Child, compensation for moral and material, damages, right to the identity.

## **1. ANTECEDENTES**

En el contexto colombiano no se encuentran textos o autores que propongan con sus tesis o postulados que a través de un proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual se cuantifiquen los daños morales y materiales por falta de reconocimiento del hijo; tal es el punto, que en nuestro ordenamiento jurídico podría afirmarse que en términos generales no se ha estudiado con profundidad acerca de la responsabilidad civil extracontractual del padre que no reconoce de manera voluntaria a su hijo extramatrimonial, por consiguiente, se puede observar pocas normas relacionadas con la responsabilidad en el derecho de familia; los más cercano a la responsabilidad, en esta rama del derecho, que se encuentra en la ley y la jurisprudencia, corresponde a los casos de indemnización que se regulan a través del ordenamiento civil cuando se anula un matrimonio civil encontrándose que uno de los contrayentes actuó de mala fe, por tanto, el contrayente afectado debe demostrar la mala fe del otro y el perjuicio que sufrió.

Para el caso que nos ocupa, en nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un hijo es un acto voluntario del padre, en tanto, es un deber legal para la progenitora denunciar el nombre del padre extramatrimonial de su hijo, no obstante, se podría entender que en nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento es un acto voluntario y no obligatorio, situación por la cual no generaría un deber indemnizatorio, pero, si bien es cierto también puede entenderse como un acto discrecional, el cual no puede ser realizado de manera arbitraria, toda vez que dicho reconocimiento se fundamenta en el derecho inherente que toda persona menor de edad tiene a conocer su identidad y a tener una filiación, que desde el punto de vista jurídico, la identidad se define como el conjunto de atributos y características psicosomáticas, espirituales y sociales que permiten individualizar a la persona en sociedad, permitiéndole la posibilidad de conocer su génesis,

procedencia u origen, es así como este derecho y el de filiación son derechos reconocidos ampliamente a nivel internacional, razón por la cual, me he permitido verificar los contenidos de los tratados, declaraciones y convenios internacionales relativos a los menores de edad no encontrando en sus contenidos aspectos referentes a una reclamación directa correspondiente a una indemnización por los daños morales, psicológicos y materiales causados al hijo no reconocido.

En la doctrina internacional cercana a la nuestra, principalmente la argentina, se considera que la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial genera el deber de indemnizar el daño causado, dicho daño indemnizable se refiere a aquel que pudo haber sido de menoscabo en el menor en los años de vida con filiación paterna no reconocida, por haber sufrido y no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado, en el ámbito de las relaciones humanas, hijo de su progenitor. Dicha doctrina igualmente, se basa en el principio de no dañar al otro, por lo tanto, la falta de reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial provoca un daño en la persona, el cual es susceptible de reparación.

Entendido lo anterior, se encuentra que en el Derecho de Familia existe un vacío jurídico, en muchas de las legislaciones, al no contar con herramientas que puedan derivar en la responsabilidad civil de los padres, al no reconocer a sus hijos extramatrimoniales de manera voluntaria, negando la posibilidad de reclamación directa por los daños y perjuicios ocasionados por su no reconocimiento, daños que pueden ser materiales, morales y/o psicológicos, es así como nuestro ordenamiento jurídico tampoco es ajeno a dichos vacíos normativos ya que no se encuentra con una norma que admita la figura jurídica de responsabilidad civil en el Derecho de Familia por el no reconocimiento de hijo extramatrimonial como si lo existe en otras legislaciones; en nuestro ordenamiento jurídico tan solo llega hasta los procesos de filiación teniendo como resultado en los casos

favorables al menor o hijo no reconocido su reconocimiento, en estos casos la responsabilidad del progenitor llega hasta su reconocimiento derivada de una sentencia favorable al menor o hijo no reconocido con fundamento en salvaguardar el interés superior del menor y la no vulneración del derecho de identidad del menor pero, todo aquello, sin derivar en sanciones económicas que puedan de una o de otra forma reparar los daños morales o materiales por el no reconocimiento de un hijo, toda vez que, los mecanismos de responsabilidad civil extracontractual en legislaciones como la nuestra o en otras de países cercanos al nuestro no han sido pensadas para ser aplicadas en el Derecho de Familia, pues, desde el punto de vista de la presente investigación no se puede observar razón alguna que pueda justificar que un miembro de la familia pueda causar daño a otro integrante de la misma, así mismo, no se encuentra ninguna tesis que justifique que dichos daños causados no sean de carácter indemnizable, consecuencia de ello las herramientas jurídicas de responsabilidad civil pueden ser aplicables al ámbito del Derecho de Familia, salvo que la ley disponga lo contrario, siendo así que los daños derivados de las relaciones de familia sí son susceptibles de ser indemnizados de acuerdo con las normas de responsabilidad civil extracontractual, siempre y cuando se den todos los presupuestos, tal y como en el desarrollo del presente trabajo se explicaran, ya que las razones que se arguyen para la negación de la responsabilidad civil extracontractual no serán siempre suficientes, pudiendo ser estas objetadas.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

La responsabilidad civil extracontractual por el no reconocimiento de hijo extramatrimonial, no tiene desarrollo jurisprudencial ni mucho menos doctrinal en Colombia, situación que se presenta por la falta de regulación expresa por parte de nuestro legislador.

El desarrollo del tema permitirá analizar el derecho a la identidad del menor de edad, determinar los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, y su aplicación en el Derecho de Familia y la determinación de la existencia de una posible responsabilidad civil por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial, por parte de su progenitor, y dada su existencia la reparación del daño moral y material al hijo no reconocido, entonces el problema que me planteo es el siguiente:

### **3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

Al determinar la existencia de una responsabilidad civil extracontractual del padre frente al hijo no reconocido, por daños morales y materiales causados a este hijo a falta de dicho reconocimiento y teniendo como parámetro una legislación comparada como la Argentina, es viable su planteamiento para una legislación como la colombiana.

### **4. HIPÓTESIS**

Si los hijos extramatrimoniales no reconocidos por su progenitor, sufren de daños morales y materiales surge, de esta conducta, el deber de reparar a través de una herramienta jurídica como lo es la Responsabilidad Civil Extracontractual.

### **5. OBJETIVO GENERAL**

Demostrar como el no reconocimiento voluntario de un hijo por parte del padre puede causar daños morales y materiales al mismo, lo cual traería como consecuencia una responsabilidad civil extracontractual.

### **6. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- ✓ Demostrar la existencia de daños morales, materiales y/o psicológicos en los menores, por falta de su no reconocimiento por parte del padre.

- ✓ Determinar la relación de causalidad entre daño y perjuicio y sus correspondientes indemnizaciones o reparaciones en el Derecho de Familia, en la estructura de la responsabilidad civil extracontractual.
- ✓ Verificar e identificar los presupuestos de la responsabilidad civil por el no reconocimiento voluntario de hijo.

## **7. JUSTIFICACIÓN**

Esta investigación tiene como objetivo demostrar que el no reconocimiento voluntario de un hijo por parte de un padre puede causar daños morales y materiales al no reconocido, conducta que puede derivar en una responsabilidad civil extracontractual por parte del progenitor.

Sí bien es cierto, el derecho de filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares entre padres e hijos que reconocen principios generales como el de unidad de la filiación, igualdad jurídica entre hijos, derecho a la identidad, al de tener un nombre y un apellido y al derecho de tener un padre entre otros; también es cierto que su no reconocimiento compromete derechos fundamentales como lo son, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión y valores como el del honor y la dignidad, así como los sentimientos íntimos de una persona, los cuales deben ser protegidos con fundamento en los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Sin embargo, lo que se pretende es buscar una herramienta jurídica que se pueda aplicar a este caso en concreto a fin de poder resarcir de alguna manera los daños materiales, psicológicos y morales a falta de su reconocimiento.

## **8. MARCO REFERENCIAL**

### **8.1. Marco Histórico**

Los primeros antecedentes históricos sobre la responsabilidad por daños y perjuicios, los podemos encontrar en épocas remotas como en la Ley de las XII Tablas, que contemplaban como por ejemplo, que por el incumplimiento de una parte de su promesa, se obligaba a pagar el doble; que una víctima de usura podía recibir el cuádruplo de la cantidad del interés usurario; así mismo encontramos otro tipo de manifestaciones indemnizatorias que posiblemente podían resarcir de alguna manera daños morales por hechos cometidos por algún integrante de la familia como se puede ver en el libro de Deuteronomio 24.16 el cual dice: “No serán ejecutados los padres por las culpas de los hijos ni los hijos por las culpas de los padres; cada uno será ejecutado por su propio pecado”; de esta forma y como se ha mencionado a esta época, los romanos establecieron los conceptos de acto ilícito y reparación integral, pero no fueron relacionados al reconocimiento de hijos extramatrimoniales, pues, para los romanos la fuente principal de la potestad paterna es el matrimonio o a lo que se conoce como *justoe nuptio*; los hijos nacidos forman parte de la familia civil del padre, es decir su reconocimiento es legitimado sin necesidad de indemnizar por su no reconocimiento, los hijos *ex justis nuptiis* son hijos legítimos, *liberi justis*, y están bajo la autoridad de su padre o de su abuelo paterno, formando parte de la familia civil del padre, siendo la filiación legítima en relación a la madre un hecho fácil de establecer, respecto del padre la paternidad era incierta, las indemnizaciones por su no reconocimiento no eran posibles ni a sus hijos ni a sus progenitoras, ya que la ley o el derecho romano no las contemplaban, en cuanto a los antecedentes históricos sobre la responsabilidad por daños y perjuicios en Roma, correspondían a los que se derivaban del divorcio a fin de impedir el aumento

descontrolado de divorcios, aplicando penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente; también, y a manera de pena pecuniaria se le imponía a la mujer adúltera, penas corporales, la pérdida de la dote y las arras a manera de indemnización a su cónyuge, para esta época, no se tuvo conocimiento alguno de las responsabilidades derivadas por el no reconocimiento de hijo por parte de su progenitor.

Con la decadencia del imperio romano, y el nacimiento de la edad media con influencia de la Iglesia Católica y del derecho canónico la responsabilidad civil se sustenta en un sentido moral basado en el pecado y la culpa, las referencias del derecho romano y de la edad media son indiscutiblemente nuestro legado como ordenamiento jurídico en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, pero al igual que en el periodo Romano, en la época medieval, la responsabilidad civil en el Derecho de Familia tenía su sustento en el Matrimonio, ya que para impedir el aumento de divorcios, se aplicaron penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente.

En legislaciones un poco más modernas y protectoras de derechos fundamentales como lo es Francia, va un poco más allá en procura de la protección de la maternidad y de la protección de la identidad del recién nacido.

En Francia, en cambio, rige un sistema contrario al imperante en nuestro ordenamiento jurídico; entre nosotros, la maternidad quedará determinada según el artículo 242 del código civil, en el cual la maternidad puede estar indeterminada al momento del parto y por lo tanto la mujer que ha dado a luz tiene el derecho a mantener el secreto de su identidad, a lo cual se denomina parto anónimo, que permite mantener el secreto de la identidad del recién nacido, con el que se logró una disminución considerable del número de abortos y de infanticidios, posibilitando también que la madre no asuma la

maternidad en casos en que no esté en condiciones de hacerlo, derecho que según algunos autores franceses, se concede solamente a la madre extramatrimonial. (Corbo, 2008, pág. 36)

En Argentina, por ejemplo, es de rango constitucional el deber de no dañar a otros, lo que puede derivar en el deber de reparar todo daño causado, dicha legislación, reconoce el derecho de filiación como un deber moral y legal, por lo que, las conductas omisivas por parte de los progenitores al no reconocer sus hijos son consideradas como “...conductas antijurídicas, a punto de tipificar dicha conducta como un acto ilícito, ubicando este tipo de responsabilidad como extracontractual o aquiliana en razón de que proviene de la violación de un deber legal y no del incumplimiento de un contrato” (Novales Alquézar, 2008, pág. 133) .

En dicha legislación, la responsabilidad civil extracontractual por el no reconocimiento de hijo tiene su génesis en un primer fallo que la jurisprudencia reconoce con anterioridad a la reforma constitucional, dicho fallo se sustentó en los derechos implícitos contenidos en el Artículo 33 de la Constitución Nacional, amparado en el principio del deber de no dañar a otros, lo que deriva en una reparación de todo daño injusto, de estas reparaciones hace referencia el Código Civil y Comercial de Argentina, refiriendo que, la falta de reconocimiento de hijos genera el deber de reparar, como lo manifiesta el artículo 587, indicando que el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable.

En Colombia, la responsabilidad civil en el derecho de familia se sustenta básicamente en la reclamación y reparación en asuntos que tiene que ver con la nulidad del matrimonio, divorcio, la disolución de la unión marital de hecho, la impugnación de la filiación, la obstaculización del ejercicio de derechos como los de custodia y visitas y en las

liquidaciones de sociedades conyugales y patrimoniales entre otras; la escases de normas que puedan determinar la responsabilidad en el derecho de familia han permitido que en algunas ocasiones los tribunales o jueces hayan decidido acerca de las responsabilidades en que puede incurrirse en los asuntos antes mencionados.

## **8.2. Marco Conceptual**

Como preámbulo al análisis de la responsabilidad civil extracontractual frente al padre por el no reconocimiento de su hijo, es importante hacer algunas precisiones básicas sobre el Derecho de Familia, con el fin de entender ciertos conceptos básicos, tal como se desprende de los conceptos de filiación, es así como puntualmente se puede observar una definición del concepto de filiación desde el punto de vista etimológico, según el diccionario de la real academia de la lengua española, el concepto de filiación, se desprende del latín *filiatio*, el cual corresponde a la procedencia de los hijos respecto a los padres, pudiéndose entender como el vínculo del padre o la madre respecto del hijo.

En Colombia, no existe un concepto claro que define conceptualmente la filiación, situación por la cual, se tienen como conceptos cercanos las definiciones de la doctrina y de la jurisprudencia, es así como se puede observar, que a falta de un concepto desde el punto de vista positivo, se debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia, quienes aproximan su concepto con base en el hecho biológico de la procreación, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha definido en algunas ocasiones la noción de filiación como se puede observar en su sentencia del 12 de enero de 1976, en la cual se precisa, que:

La filiación, que es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado, encuentra su hecho fisiológico de procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde

a una creación legal. (CSJ Civil, 12 Ene. 1976, H. Roa. GJ: CLII, No. 2393, p. 387)

Al respecto y entendiendo el concepto de la Corte Suprema de Justicia, la maternidad y la paternidad constituyen la fuente de filiación, es así como encontramos otros conceptos desde el punto de vista de la academia quienes enseñan que la filiación es “un estado jurídico que la ley le asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra” (Suárez Franco, 2006, pág. 4), o la también definición, en donde se afirma que “ Se denomina filiación el vínculo que une al hijo con su padre o madre” (Monroy Cabra, 2010, pág. 54), y así sucesivamente podemos encontrar otros autores que entregan sus definiciones sobre la filiación que las relacionan como vínculos o lazos que unen a los padres con los hijos, relaciones que se originan con la procreación, derivando derechos y obligaciones para unos y otros, es decir los autores que he mencionado concurren en que la filiación es una relación de tipo jurídico o más aún relaciones de derecho, que implican un estado civil, pero dichas definiciones no se encuentran relacionadas con la responsabilidad civil extracontractual a falta de reconocimiento del hijo por parte de su progenitor.

Sí bien es cierto, en nuestro Marco Histórico se hicieron algunas precisiones sobre conceptos en el Derecho de Familia, corresponde en esta etapa del proyecto precisar conceptos que se manejan en la legislación colombiana y su doctrina, es así como principalmente tomaremos conceptos de lo que significa familia para muchos autores y así poder iniciar el camino de la conceptualización de las materias que trataremos en el presente trabajo; son muchos los autores que han definido el concepto de familia, es así como a través de la historia y de acuerdo a su evolución la familia se ha constituido en agrupaciones que se han unido por lazos de sangre o bien por los lazos de afinidad, los

conceptos de familia se pueden delimitar desde las concepciones etimológicas, sociológicas y jurídicas, desde su concepto etimológico encontramos definiciones como la de Taparelli, quien afirma que:

Aunque no ha faltado quien afirme que la voz familia proviene del latín *fames*, es decir, hambre, la mayoría de los autores aceptan que procede del término *fámulos* que traduce esclavo. Al parecer, del término *famuli* del osco *famel*, provienen los *fámulos*, agregados de libertos y esclavos que viven con el señor en la *Domus*<sup>1</sup>, bajo su autoridad, al igual que la mujer y los hijos. (Taparelli D´Azeglio, 1972, pág. 442)

Desde su punto de vista sociológico, la familia no es más que una institución social que no puede desenvolverse sin que pueda existir su reconocimiento social, es así como lo define el profesor Zannoni, “la familia constituye ante todo, un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación” (Zannoni E. A., 2012, pág. 3), desde el aspecto jurídico es posible entenderlo como lo preceptúa nuestra Constitución Política de Colombia en el Artículo 42, el cual indica:

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. (Constitución Política de Colombia, 2017)

Otro tipo de definiciones las podemos ver en Ulpiano, en el libro sexagésimo octavo al edicto, texto que es mencionado por Martha Patricia Irigoyen Troconis, al indicar que:

---

<sup>1</sup> Casa, morada, vivienda, habitación.

Por el derecho común de parentesco llamamos familia a la de todos los agnados, porque, aunque, al morir el cabeza de familia, todos tienen sus propias familias, sin embargo, todos los que estaban sometidos a la misma potestad se pueden llamar propiamente de su familia, pues proceden de la misma casa y estirpe. (Irigoyen Troconis, 2005, pág. 38)

Autores como, Álvaro D'Ors y Pérez-Peix, define la familia como:

La agrupación de personas formada por el padre, la madre y los hijos que viven en comunidad doméstica. En este último sentido la familia está integrada por un número pequeño de personas; a medida que los hijos se casan forman una nueva familia, lo que restringe aquella de donde provienen; muertos marido y mujer se extingue la primitiva familia dando origen a otras, y así sucesivamente. (D'Ors, 1975, pág. 862)

Valencia Zea desde un concepto más moderno ha dicho que se entiende por familia:

Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos. (Valencia Zea, 1983, pág. 9)

Una vez comprendidos estos conceptos podemos entender que la familia da origen al parentesco, y que cuando éste se funda en vínculos de sangre, como el que existe entre padres e hijos se denomina de consanguinidad, entendiéndose para el presente trabajo el concepto que se tendrá en cuenta para el desarrollo del mismo, pues vale la pena explicar que no se tendrá en cuenta los denominados civiles o adoptivos, ya que no vienen al caso de investigación, toda vez que la presente investigación se fundamenta en el derecho inherente

que tiene toda persona de conocer su realidad biológica y de tener una filiación, derecho que se reconoce ampliamente a nivel internacional como lo reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño, la filiación, según el Diccionario de la Lengua Española, proviene del latín filiatio, el cual indica que corresponde a la procedencia de los hijos respecto a los padres o como lo plantea Parra Benítez, como la “unión o vínculo entre el padre o la madre, y el hijo, originado principalmente en la procreación” (Parra Benítez, 2017, pág. 9), nexa que desde el punto de vista de la madre se le denomina maternidad y desde el padre paternidad, con esto podemos desde ya entender que la filiación es una relación jurídica que se sustenta en el lazo biológico, como ya se explicó anteriormente no se va a tener como objeto de estudio las derivadas de la voluntad propia de los padres como lo puede ser la filiación por adopción; también la filiación es un estado civil, pudiéndose entender dos concepciones, como las puede ilustrar Taparelli en su obra y a las cuales se refiere, como:

Una realista, fundada en el principio de veracidad, según la cual la filiación no es una mera relación biológica, y por tanto la paternidad o la maternidad pueden ser investigadas judicialmente, facilitándose que en los procesos judiciales se utilicen mecanismos que permitan alcanzar la verdad biológica; y otra formalista, en la que prevalecen valores o elementos diversos a la realidad biológica, como la paz familiar o la seguridad jurídica, e inclusive pondera determinadas presunciones. (Taparelli D´Azeglio, 1972, pág. 442)

El autor Manuel Albaladejo, afirma que:

A toda persona le pertenece por ley un cierto estado de filiación de sangre, el hijo de sus progenitores. Pero cuando esos no son realmente los que figuran como tales ante la ley, o cuando nadie figura legalmente como progenitor del hijo, la posición legal de los padres resulta ocuparla no por quienes deberían

ocuparla, sino por quienes aparecen como progenitores. (Albaladejo, 1994, pág. 215)

Es así como la realidad biológica y la jurídica no siempre concuerdan, pues en la realidad hay padres biológicos que no reconocen a sus hijos, así como también hijos abandonados por sus padres, tal situación no permite la atribución de un estado de filiación.

La filiación, en términos generales, se puede entender cómo, el lazo o la relación de derecho, que presenta las siguientes características como lo enuncia el Doctor Jorge Parra Benítez, como:

a) Es una relación jurídica, fundamentalmente objetiva y de alto contenido humano y social, b) Sirve de supuesto jurídico para la asignación normativa de derechos y deberes a los sujetos que conforman la relación jurídica, c) Es compleja, por ser fruto de elementos, factores y condicionantes múltiples y variados, por tanto, resulta de la conjugación de diversos requisitos, y d) Es simétrica. (Parra Benítez, Derecho de Familia, 2017, pág. 460)

En este sentido podemos indicar que la filiación, no permite clasificaciones, ya que todos los hijos gozan de igualdad, pero desde el punto de vista formal, se puede clasificar en 1) Filiación Matrimonial, la cual se entiende cuando el hijo es concebido dentro del matrimonio de sus padres o cuando la concepción del hijo es antes del matrimonio, pero que sus progenitores le dan la calidad de hijo legítimo una vez celebran el matrimonio, 2) Filiación Extramatrimonial, es aquella que se da por fuera del matrimonio, producto de la procreación entre padre y madre, los cuales no se encuentran unidos por el vínculo del matrimonio, 3) Filiación Adoptiva, se produce por la solemnidad de un acto jurídico que crea un vínculo legal de parentesco entre adoptantes y el adoptado, es decir no media la procreación, y 4) Filiación Asistida, surge de las técnicas de reproducción

científicas, mediante la inseminación de un embrión en la mujer, es decir, la fecundación de un ovulo previamente fecundado en un laboratorio.

Una vez explicados los conceptos anteriores, es importante también comprender los conceptos de Paternidad y Maternidad, en cuanto a la primera es la relación jurídica desde el punto de vista del progenitor y la segunda desde su progenitora, de igual manera y como lo han explicado muchos autores la paternidad hace referencia a un sistema de presunciones, como es el caso que hijo de mujer casada se presume que es del marido, en otros supuestos, la paternidad se configura por una declaración de voluntad o por una declaración de juez, como sucede en la paternidad extramatrimonial, *contrarium sensu*, la maternidad es cierta, *mater semper certa est*, cualidad que no se encuentra presente en la paternidad, la Corte Constitucional mediante sentencia T-339/94, cuyo M.P. fue el Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, expuso que:

La maternidad, como proyección de la solidaridad natural de la persona humana, no comprende, per se, un estado biológico a secas, sino una actitud racional. De no ser así, se desconocería, verbi gratia, la maternidad por adopción, la cual no es una ficción, sino una verdadera actitud afectiva tendiente a asumir a plenitud la noble misión maternal. (CConst,T-339/1994, V. Naranjo.)

Entendidos los anteriores conceptos, se puede establecer que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre de manera conjunta o por solo uno de ellos, Fátima Suley Tuesta Vásquez, cita a Francesco Messineo, quien menciona que:

El reconocimiento (del hijo extramatrimonial es impugnabile, por defecto de veracidad (por ejemplo, por inexistencia del hecho del nacimiento o de la

concepción), o base de la excepción plurian concubentium, por cualquiera que tenga interés en ello (...), o por violencia sufrida por el autor del reconocimiento (...); y, finalmente, por incapacidad (de quien reconoce) consiguiente a interdicción judicial. (Tuesta Vásquez, 2015, pág. 33)

Igualmente, el maestro Arturo Valencia Zea, señala al respecto que, el reconocimiento de un hijo natural tiene como principales características los siguientes:

Es una confesión: De esto se deduce a que constituye a una declaración de voluntad que como tal debe estar exenta de vicios (error, dolo, violencia), y que, además, debe emanar de una persona capaz de reconocer hijos naturales. La confesión es siempre una declaración unilateral y personal, pues debe emanar del padre. Por este motivo, carece de toda validez jurídica la declaración de la madre o de cualquier interesado en el acta de nacimiento, acerca de quién es el padre. Es un acto declarativo: Tiene este carácter porque su finalidad no es crear un nuevo estado de cosas, sino comprobar una filiación ya existente desde la concepción. Por ser un acto declarativo y no atributivo, se deduce que el hijo adquiere tal calidad respecto de determinado padre, no desde el día en que se produjo el reconocimiento, sino desde el día de la concepción. Y es irrevocable: La irrevocabilidad del reconocimiento, según la Ley 45 de 1936, en su art. 2, es uno de los aspectos más importantes, pero debe notarse que ella no se opone a la nulidad de la declaración de la voluntad, ya que el padre bien puede pedir la nulidad demostrando que en su declaración hubo error, dolo o violencia. La irrevocabilidad solo indica que el padre no puede arrepentirse de haber reconocido a su hijo. (Valencia Zea, 1983, pág. 446)

Teniendo en cuenta lo anterior podemos concluir que el reconocimiento del hijo extramatrimonial es un acto personal que solo puede emanar del padre, es voluntario y libre del padre y de la madre que lo reconoce, es unilateral porque se perfecciona con la manifestación de la voluntad de quien reconoce, declarativo porque da fe a un hecho preexistente, explicito por la manifestación explícita de su reconocimiento, solemne porque para que produzca efectos jurídicos debe ajustarse a las formalidades consagradas en el ordenamiento jurídico e inscripción en el registro civil de nacimiento, es puro y simple ya que se afecta el estado civil de las personas, es irrevocable y oponible *erga omnes* sus efectos concurren en las personas que intervinieron en su reconocimiento, y, además, porque es oponible contra terceros.

Cada uno de los conceptos a los que me he referido en cuanto a la filiación, su reconocimiento y la calidad de hijos extramatrimoniales no hacen mención a los conceptos de responsabilidad civil por parte del padre a falta de su reconocimiento voluntario, derivando dicha conducta en un daño que ocasiona la vulneración de un derecho personalísimo, configurando una violación al derecho de identidad personal del que trata la Convención Sobre los Derechos del Niño, los cuales confieren a los hijos el derecho de conocer a sus progenitores y a tener una identidad que refiere sus orígenes como ser humano, incluyendo su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres y cultura entre otras, en cuanto a la responsabilidad civil, el Dr. Alberto Tamayo Lombana, refiere que:

Después del acto jurídico o negocio jurídico, cuyo estudio hemos hecho en la obra La teoría del acto jurídico y otras fuentes, la fuente más amplia de las obligaciones y la que ofrece mayor interés dentro de la teoría general de las obligaciones, es la responsabilidad civil. La responsabilidad civil es fuente de obligaciones, por cuanto somete a quien ha ocasionado un perjuicio a

otro, a reparar las consecuencias de ese daño. Tal persona que resulta obligada a indemnizar es el civilmente responsable. (Tamayo Lombana, 2005, págs. 19-20)

Desde la vigencia de la Ley Aquiliana<sup>2</sup>, predomina la doctrina de la responsabilidad subjetiva, a la cual se le atribuye la fórmula *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (frente a la ley Aquilia, inclusive, la culpa más leve compromete la responsabilidad), dicha responsabilidad que respecta de su voluntariedad del acto, como elemento primario y fundamento moral de la responsabilidad, sino también en cuanto que, para que un acto dé lugar a la obligación de indemnizar, se requiere que el daño, que es su consecuencia, haya sido causado intencionalmente, con el propósito de ocasionarlo. También es importante mencionar que, la responsabilidad civil se puede clasificar en otra gran área, la cual se compone por la responsabilidad directa e indirecta, correspondiendo a la primera que la persona debe responder por sus propios hechos, en tanto que en la segunda la persona deberá responder por los daños causados por terceras personas. Para que se pueda conformar una responsabilidad civil debe concurrir tres condiciones a saber, sea esta subjetiva u objetiva, las cuales corresponden a una conducta lesiva (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), la existencia de un daño (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), y, un nexo de causalidad que vincule las dos anteriores. Necesariamente también debe concurrir un factor de atribución, el cual se refiere al fundamento del deber de indemnizar y este se divide en dos grupos distintos, los objetivos que corresponden a la teoría del riesgo creado y los subjetivos basándose en la culpa y el dolo. Indiscutiblemente toda responsabilidad civil deriva en un o unos daños, que

---

<sup>2</sup> Lex Aquilia, del derecho romano que establecía una indemnización a los propietarios de los bienes lesionados por culpa de alguien.

conceptualmente se puede entender como todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia, se trata entonces de una lesión, específicamente de una pérdida que sufre alguien, ya sea en su patrimonio o bien en su fuero interno o moral.

Entendidos los conceptos anteriores, resulta importante comprender el concepto de Daño Moral, conocido también como daño no patrimonial, consistente en lesiones a derechos extrapatrimoniales, los cuales pueden manifestarse en dolores tanto físicos como síquicos, en este sentido Zannoni, lo define como “el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico”(Zannoni E. , 2005, pág. 149), otros juristas como el ya desaparecido Alessandri ha dicho que “daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.” (Alessandri Rodríguez, 1987, pág. 138), conceptos que nos permiten entender que el daño material corresponde al patrimonial y/o económico, en tanto que el correspondiente al moral vulnera los derechos de la personalidad en cuanto a su integridad física, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o las libertades individuales como son las de residir, reunirse, de opinión, de tipo religioso, de empresa, de trabajo, al igual que los derechos de familia, profesionales, cívicos y políticos entre otros.

Desde nuestro ordenamiento jurídico la Corte Suprema de Justicia en una de sus sentencias, refiere que:

El daño moral comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; por lo mismo, no puede establecerse a partir de métodos matemáticos como acontece con los

perjuicios materiales. (CSJ Penal, 3 May. 2017, F. Castro. GJ: SP6029-2017, 2017, págs. 22-23)

Pero, no basta conocer tan solo el concepto de daño moral, es necesario comprender que del concepto de daño moral se derivan los conceptos de *daño moral subjetivo* y *daño moral objetivo*, al primero corresponde el concepto de que aquel corresponde al dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre como persona, en su individualidad, mientras que el daño objetivo es el que sufre la persona en su consideración social.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia indicada, ha realizado una diferenciación entre el daño moral subjetivo y el objetivado, así:

Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada y determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación. La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, síquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecencialmente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena síquica por la misma causa, daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño

moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio. El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio, por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decir lo propio del daño moral no objetivado. (CSJ Penal, 3 May. 2017, F. Castro. GJ: SP6029-2017, 2017, pág. 23)

No obstante, todo lo anterior es importante establecer que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra implícito el principio del *alterum non laedere*, principio que se sustenta en el que no se debe hacer daño al prójimo como base del sistema de responsabilidad extracontractual, principio que enmarca el Derecho Civil, incluyendo el Derecho de Familia, así como a los derechos del orden constitucional como los son el de la vida, integridad humana, a la privacidad y a la honra entre otros.

Finalmente y como para dar por terminado este capítulo es importante mencionar que todo ser humano tiene el derecho inherente y fundamental a saber quiénes son sus progenitores, y más tratándose de aquellos que son producto de la procreación de las relaciones extramatrimoniales que por dicha condición no se encuentran amparados por la presunción legal de paternidad y quienes dependen de una filiación extramatrimonial, niñas y niños que en su mayoría han sido criados por sus progenitoras bajo el apoyo económico y emocional que ellas les han brindado, adicionalmente que los han inscrito con sus propios apellidos en el *registro civil de nacimiento*, asumiendo todas las responsabilidades desde su nacimiento hasta su emancipación sin la ayuda económica y

responsabilidad de crianza del progenitor, no contando las progenitoras o madres de los menores con herramientas jurídicas que pudieran demandar por daños y perjuicios al padre por la falta de reconocimiento, en otras palabras, los derechos vulnerados por los progenitores por su no reconocimiento son derechos subjetivos en cuanto permiten a su titular, en este caso el hijo no reconocido, reclamar sus derechos, acudiendo a la solicitud de tutela de derechos que incluya la indemnización a su favor y en contra del padre que no reconoció a su hijo.

### **8.3. Marco Jurídico**

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas, en su artículo 16, inciso 3; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto de Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (aprobados por la Ley 74 de 1968), en su artículo 23 inciso 1 y 10, respectivamente; y el Pacto de San José de 1969 (Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972), en su artículo 17 inciso 1, expresan que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado, al igual que otros instrumentos internacionales, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su artículo 6, y la resolución 2018 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 1 de noviembre de 1965, reconocen a la familia como la célula básica de la sociedad, y los artículos 5 y 42 de la Constitución colombiana de 1991, la ven como una institución básica de la sociedad o núcleo fundamental de esta.

La convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, por la cual se reconocen que los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un

ambiente de felicidad, amor y comprensión, para lo cual, nuestra Constitución Política, como garante de derechos fundamentales, hace un mayor énfasis en la protección de los derechos de la familia mediante los cuales procura que la honra, la dignidad y la intimidad son inviolables como lo menciona en el Artículo 42, en tanto que el Artículo 44 de la Constitución Nacional sobre los derechos fundamentales de los niños protege entre otros: el derecho a su nombre, nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, sin embargo, lamentablemente en nuestro ordenamiento jurídico no se vislumbran normas que respalden dichas protecciones de índole constitucional que deriven en las consecuencias económicas de una Responsabilidad Civil.

Nuestra constitución Política de Colombia reconoce principios aplicables en el derecho familiar, como lo son: el de la igualdad, la protección y el respeto, como fundamentales, así como el del interés superior (de la familia y de los niños) o intereses prevalentes. Del mismo modo, el principio de la unidad familiar, el principio de protección y el principio de reserva.

El ordenamiento jurídico Colombiano, aunque reconoce derechos a la persona desde el momento de su nacimiento o al que está por nacer como se desprende de los Artículos 90, 91 y 93 del Código Civil Colombiano, así como el reconociendo de derechos, de protección, cuidado y de asistencia como lo establece el Código de Infancia y Adolescencia, no permite encontrar sustentos de carácter normativo que pueda derivar en una reclamación de índole indemnizatoria a fin de poder establecer el daño moral o material, a un menor, por el no reconocimiento por parte de su progenitor como una consecuencia derivada por la ausencia del reconocimiento voluntario.

En Colombia, el estado civil de las personas es un derecho fundamental conforme lo establece el Artículo 1 del Decreto 1260 de 1970, considerándolo como la

“situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones”.

El estado civil como derecho fundamental de las personas ha sido reconocido en diferentes instrumentos internacionales como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su Artículo 24 que “todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre” y la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7 que:

El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.  
(Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

El Doctor Jorge Parra Benítez, indica en su obra que:

El reconocimiento consiste en un acto jurídico mediante el cual se establece la filiación extramatrimonial del hijo. A veces es provocado, que ocurre cuando por solicitud de parte interesada se cita al presunto padre para que conste en un interrogatorio judicial. (Parra Benítez, Derecho de Familia, 2017, pág. 461)

Dicho reconocimiento debe ser personal, voluntario, unilateral, declarativo, expreso, solemne, puro y simple, irrevocable y oponible *erga omnes*, para que el reconocimiento llegue a producir todas las consecuencias derivadas de él, deber ser notificado al hijo o a su representante legal, a fin de que acepten o repudien, por instrumento público, dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la notificación, Ley 75 de 1968, artículo 4 y artículo 243 del Código Civil, también se puede hacer el reconocimiento de hijo extramatrimonial por manifestación expresa y directa hecha ante un

juez encontrando su sustento jurídico en la Ley 1098 de 2006, artículo 109, lineamientos jurídicos que no contemplan la responsabilidad civil extracontractual por el no reconocimiento de hijo.

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual tenemos en nuestra legislación que está contemplada en nuestro Código Civil o reglamentada en tan solo 20 artículos, y que en algunos de los casos son ya desactualizados o arcaicos como lo refiere el Doctor (Tamayo Lombana, 2005), de dichos artículos podemos destacar los siguientes:

Artículo 2341. Responsabilidad Extracontractual. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido y Artículo 2343. Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. (Código Civil Colombiano, 2017)

Estudiado el articulado anterior y los correspondientes 20 artículos de nuestro Código Civil no se encuentra artículo o norma que permita solicitar la reparación moral o material por la falta de reconocimiento de hijo.

Desde el punto de vista del Derecho Comparado son pocas las legislaciones que han introducido en sus ordenamientos leyes aplicadas a la teoría de la responsabilidad extracontractual por la falta de reconocimiento de hijo, a nivel de Europa, el Código Francés incluyó en su momento, el cual establecía lo siguiente:

Artículo 340-5. Cuando se admita la acción, el Tribunal podrá, a solicitud de la madre, condenar al padre a reembolsarla todos o parte de los gastos de maternidad y de manutención durante los tres meses que hayan precedido y los tres meses que hayan seguido al nacimiento, sin perjuicio de los daños y

perjuicios que pudiera reclamar en aplicación de los artículos 1382 y 1383.  
(Lemouland, 2006, pág. 71)

El anterior artículo fue derogado en el año 2006 permitiendo que los daños y perjuicios producto de la falta de responsabilidad se regularan por los artículos 1382 y 1383; el Código Civil Suizo contempla una norma que permite a las progenitoras reclamar el daño moral, pero solamente para algunos casos como son: abuso de autoridad o promesa de matrimonio, cuando el embarazo ha derivado de un acto criminal o que la progenitora hubiera sido menor de edad al tiempo de la concepción.

Para el caso de estudio en Latinoamérica, Perú, sigue el modelo de Suiza con una norma que da la posibilidad a la progenitora de exigir daño moral por lo mismo que la legislación Suiza otorga a las progenitoras. En Bolivia, la legislación les otorga a las progenitoras el poder demandar a los padres por los daños morales y materiales además de los gastos de gestación y parto por una pensión durante seis semanas antes y seis semanas después del nacimiento, dicha norma reza:

Artículo 210 – GASTOS Y PENSIONES – En caso de admitirse la paternidad, el demandado o sus herederos deben satisfacer los gastos de gestación, los de parto y una pensión a la madre durante seis semanas antes y seis semanas después del nacimiento. (Código de Familia de Bolivia, 2016)

Sí al iniciar la demanda la madre estuviere en el periodo de gestación, el órgano administrativo de protección de menores correrá con la atención médica correspondiente, con cargo a reembolso por el que sea judicialmente declarado como padre.

Artículo 211 – REPARACIÓN A LA MADRE – Fuera de ello, la madre puede obtener se le repare el daño material y moral que haya sufrido efectivamente. (Código de Familia de Bolivia, 2016)

En la legislación Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en su Artículo 587 dispone la reparación del daño causado al hijo como consecuencia de la falta de reconocimiento voluntario, siendo tal reconocimiento un deber que se hace exigible desde la certeza de la paternidad, tal infracción acarrea un hecho ilícito plausible de ser indemnizado, en dicha legislación se puede reclamar por el daño moral que afecta a la víctima en uno de sus derechos personalísimos, como es el derecho a saber su identidad, a conocer su origen, a tener un nombre y un padre; y tratándose de la lesión a tales derechos, la doctrina y la jurisprudencia argentina son unánimes en que el daño moral se presume, en lo que respecta a la indemnización del daño material, la jurisprudencia se ha mostrado más reticente entendiendo que resulta indispensable para su procedencia que el menor haya sufrido privaciones concretas, que deberán probar.

Frente a ello, un sector doctrinario entiende que la indemnización del daño material no debería quedar en concertado en los límites estrechos del daño emergente, sino que debe ser enteramente indemnizable el lucro cesante, entendiendo éste como una mejor situación del hijo, una mejor asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y al mayor desarrollo en todos sus aspectos que hubiere tenido el niño de haberlo reconocido el padre renuente. Lo cual así, aun cuando el niño cuente con el cuidado del progenitor que lo hubiere reconocido.

En la jurisprudencia argentina y desde 1988, se han producido fallos que reconocen las reclamaciones por indemnizaciones originadas en la falta de reconocimiento del hijo, igualmente, se admite que el daño moral radica en la vulneración del derecho a la identidad y que el daño material, está dado por las carencias materiales que le produjo la falta del padre.

Sin embargo, desde el punto de vista del derecho comparado, encontramos países como Argentina que en su Código Civil y Comercial expresa que la falta de reconocimiento del hijo genera el deber de reparar, como lo expresa el Artículo 587: “El daño causado al hijo por falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código”.

Desde el punto de vista jurisprudencial, se tiene conocimiento, que el primer caso que se dio en dicho país fue conocido por el Juzgado 9 de San Isidro, provincia de Buenos Aires, fundamentando en su sentencia razones constitucionales implícitas al derecho de filiación y que dicha falta de reconocimiento se constituye en un comportamiento antijurídico que produce un daño moral.

Otro precedente importante que se encuentra en Argentina es el de la condena a pagar daños morales y materiales a un progenitor a sus hijos mayores de edad, caso que conoció la Sala III de la Cámara Nacional y Comercial de Entre Ríos de la Provincia de Buenos Aires, aduciendo en su sentencia que los daños morales deben resarcirse siempre y cuando estos sean consecuencia mediata o inmediata como lo establece los Artículos 903, 904 y 1078 del mismo Código Civil y Comercial.

En Argentina, por ejemplo, es de rango constitucional el deber de no dañar a otros, lo que puede derivar en el deber de reparar todo daño causado, dicha legislación, reconoce el derecho de filiación como un deber moral y legal, por lo que, las conductas omisivas por parte de los progenitores al no reconocer sus hijos son consideradas como conductas antijurídicas, a punto de tipificar dicha conducta como un acto ilícito, ubicando este tipo de responsabilidad como extracontractual o aquiliana en razón de que proviene de la violación de un deber legal y no del incumplimiento de un contrato.

#### **8.4. Marco Teórico**

En Colombia son muy pocos los autores que han escrito sobre los daños por el no reconocimiento de hijo extramatrimonial, para lo cual mencionaremos al Dr. Jorge Parra Benítez, quien indica en su libro:

Este supuesto de análisis comprende la falta de reconocimiento del hijo o de la búsqueda de la declaración de paternidad por la madre que representa al hijo, en cuanto se afecta el derecho a la identidad, al estado civil en sí mismo y los derechos que son consecuencia de esos dos. (Parra Benítez, Derecho de Familia, 2017, págs. 598-600)

Concluyendo en su obra, el Doctor Jorge Parra Benítez, lo siguiente:

Es pertinente resaltar a esta altura del análisis que este supuesto del no reconocimiento o de la falta de obrar de la madre son modalidades específicas de una conducta que impide el ejercicio de derechos familiares. Porque estos derivan de la relación de filiación y se estorban, cuando el progenitor no efectúa el reconocimiento o cuando la madre, como representante legal, no busca la declaración de paternidad.

Los daños que sufre el hijo extramatrimonial no reconocido por su progenitor son evidentes con los perfiles determinantes de un daño moral: la omisión paterna lo perturba en el goce de derechos que dependen de esa determinación y de que tenga a su favor el título correspondiente, en primer lugar el uso del apellido. Es daño moral y subjetivo porque la persona, de hecho injustificadamente, puede verse menoscabada en la consideración social que merece y sufrir en su interioridad esta circunstancia, y es daño moral directo al lesionar un interés que tiende al goce de un bien jurídico no

patrimonial, en característica propia de la lesión a los derechos de la personalidad o, en otros términos, a los derechos fundamentales de la persona. (Parra Benítez, Derecho de Familia, 2017, pág. 600)

Algunas tesis que se estudiaron para la presente investigación y que se encuentran relacionadas con la responsabilidad civil extracontractual por el no reconocimiento de hijo, se mencionan a continuación indicando en ellas su autor y la conclusión o conclusiones que llegaron sus respectivos autores con ocasión a la responsabilidad por los daños morales, materiales y psicológicos que deben ser reparados a falta de reconocimiento de hijo por parte de su progenitor, dentro de las que se tuvieron en cuenta para el análisis y estudio de la presente investigación se encuentra la de Vanesa Pinella Vega, en su tesis el “El interés superior del niño/niña vs principio al debido proceso en la Filiación Extramatrimonial”, mediante la cual concluye:

Lo primordial es preservar el derecho a la identidad y verdad biológica del niño/niña, ante cualquier derecho que pretenda colocar trabas a su correcta aplicación, en base a caprichos injustificados, como lo son los derechos procesales del presunto padre de filiación extramatrimonial, ya que si bien este tiene realmente derechos que están protegidos por el ordenamiento jurídico, entran en controversia con el derecho fundamental del menor a la identidad que guarda relación con el interés superior del menor. (Pinella Vega, 2000, pág. 40)

Otra tesis que encuentro pertinente a esta investigación es la de Fátima Suley Tuesta Vásquez, a la cual denominó “Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, mediante la cual concluye:

El daño extrapatrimonial protege más allá del *pretium doloris* que es solo una especie del mismo. Así, si durante la vida la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad como ser humano, debe ser indemnizado por daño moral, se resarce el daño no patrimonial incluso de aquellas personas allegadas a la víctima. (Tuesta Vásquez, 2015, pág. 23)

En Costa Rica, se encuentra la tesis escrita por Óscar González Sepe, a la cual denominó “Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial”, quien concluye:

Los daños al hijo extramatrimonial pueden ser pedidos conjuntamente con la investigación de paternidad, tratándose como una pretensión accesoria a la acción de filial, debiendo primero declararse efectivamente la paternidad a través de la investigación de la paternidad para poder reclamar los daños correspondientes dentro del mismo proceso. (González Sepe, 2013, pág. 60)

Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, podemos entender que si bien es cierto que la falta de reconocimiento de un hijo por parte de su progenitor, puede derivar en una responsabilidad civil extracontractual, también es cierto que se debe establecer cuál es la causa o motivo por el cual nuestros ordenamientos jurídicos no la hayan contemplado como delitos penales o civiles al no reconocer dicha responsabilidad como un instrumento o una herramienta jurídica que pueda servir para resarcir los daños morales y materiales a causa de su no reconocimiento, desde las épocas más antiguas no se tienen conocimiento de la responsabilidad de indemnizar por los daños morales o materiales por el no reconocimiento de hijo, tan solo las reparaciones se tasaban en daños ocurridos por situaciones diferentes a lo relacionado con la familia.

Tesis que también respalda Vanesa Pinella Vega, al indicar que:

La madre, al igual que su hijo no reconocido, es susceptible de sufrir distintos tipos de daños, producto de la falta de reconocimiento paterno. Al no asumir el padre de su hijo los deberes inherentes a la paternidad, se le produce a la madre todo tipo de angustias y sufrimiento. (Pinella Vega, 2000, pág. 159)

Dicho lo anterior se puede apreciar que la responsabilidad civil cobija los supuestos de daños resarcibles por la culpa del autor del daño, surgiendo la teoría del riesgo, permitiendo dividir la responsabilidad civil en dos grandes grupos, la basada en la culpa de quien es generador de daño y la responsabilidad basada en la teoría del riesgo, la cual se focaliza en la producción del daño, así mismo podemos determinar la existencia de una responsabilidad jurídica la cual es contemplada desde el punto de vista en materia civil y penal, las cuales se fundamentan en un criterio objetivo, la cual consta de dos elementos objetivos: i) un acto externo (acción u omisión), y ii) un perjuicio ocasionado a alguien, también la responsabilidad civil se refiere a la responsabilidad moral, la cual fundamenta su criterio en un aspecto subjetivo y por lo tanto relativo.

Así mismo, podemos argumentar que la responsabilidad civil tiene su génesis ante la necesidad que tienen las personas de pedir una indemnización, reparación o resarcimiento como consecuencia de un hecho dañoso, quedando comprometido por la responsabilidad a la reparación el individuo el individuo que causo el daño, que a través de una conducta antijurídica lesiona una norma prohibida, en el sentido de afectar los valores y principios de dicha norma.

## **9. DISEÑO METODOLÓGICO**

El enfoque utilizado en la investigación es de carácter cualitativo, bajo un tipo de investigación descriptivo, utilizando fuentes de información como Convenios internacionales, Normas de índole nacional, doctrina y jurisprudencia internacional, así como tesis de investigación sobre la materia.

La metodología propuesta para la presente investigación es la del método de investigación e interpretación descriptiva, mediante la cual se realizará una descripción de conceptos básicos del Derecho de Familia.

Para lograr el objetivo, se llevó a cabo una investigación de tipo doctrinaria a nivel del derecho argentino, por ser esta la de mayor desarrollo en la materia a nivel de nuestra región; también se efectuará una investigación comparativa de normas y jurisprudencia, con otros países que estén adelantando estudios de tipo normativo sobre el tema de investigación.

## **10. CONCLUSIONES**

El Pacto de San José de Costa Rica, establece que la ley debe equiparar los derechos de las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales, de lo cual se entiende que es un deber del padre reconocer al hijo extramatrimonial, por consecuente dicha conducta se considera ilícita debido a su omisión.

En nuestro ordenamiento jurídico no se encuentran normas que permitan la reclamación indemnizatoria por los daños morales y materiales causados por el progenitor a falta de reconocimiento de su hijo extramatrimonial, por lo tanto, surge la necesidad de crear o una ley o de hacer una reforma legislativa mediante la cual el hijo no reconocido por intermedio de su representante legal o por sí mismo pueda pedir indemnización a su progenitor por los daños morales o materiales causados por su progenitor con ocasión a su

no reconocimiento, así como también lo pueda solicitar su progenitora en razón de que ella ha asumido todas las erogaciones económicas en la manutención de su hijo.

Que la reparación indemnizatoria por los daños morales y materiales, pueda ser solicitada conjuntamente a través del proceso de investigación de la filiación extramatrimonial, otorgando el mismo derecho a la progenitora del menor no reconocido para que también presente su pretensión dentro del mismo proceso de filiación, toda vez que también se ve lesionada moral y materialmente por el progenitor del menor, pues, es ella quien ha soportado los gastos de manutención y crianza de su hijo no reconocido.

La falta de reconocimiento de un hijo por parte de su progenitor es un acto de ilícito que vulnera los derechos y deberes del orden familiar en detrimento patrimonial y moral del hijo no reconocido, derivando en una responsabilidad subjetiva, directa y extracontractual, para lo cual el juez debe tener en cuenta: la conducta del padre al no reconocer a su hijo, el abandono de su pareja en estado de embarazo, el rechazo y señalamiento por parte de la sociedad tanto al hijo como a su progenitora por el abandono sufrido por parte del progenitor, el rechazo del menor por parte de las personas u otros menores por no tener padre conocido, o por el mismo progenitor; así mismo, deberá tener en cuenta el daño psicológico producido y las consecuencias por su falta de reconocimiento, el daño sufrido por la carencia de la figura paterna durante su etapa de crecimiento y formación, el tiempo transcurrido entre el nacimiento y el reconocimiento de su filiación paterna.

La progenitora será exenta de responsabilidad por no iniciar la acción de filiación, pues, considero que no es lógico responsabilizar a la progenitora por el incumplimiento del progenitor ante la falta de reconocimiento de su hijo extramatrimonial, ya que la responsabilidad civil extracontractual causada por el daño moral y material es por

la falta de reconocimiento y no por la falta del deber legal que tiene la progenitora de denunciar el nombre del padre de su hijo extramatrimonial.

El progenitor del hijo no reconocido será eximido de responsabilidad acreditando la falta de culpa, culpa de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor; la falta de culpa se alegará cuando el progenitor ignore la paternidad o existencia de su presunto hijo; en el caso fortuito o fuerza mayor cuando el progenitor se encuentre imposibilitado en razón de la distancia, secuestro o cualquier otra circunstancia que el progenitor pueda probar que lo exime de responsabilidad para con su hijo no reconocido.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, M. (1994). *Derecho de Familia*. Barcelona: Bosch Editores.
- Alessandri Rodríguez, A. (1987). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Castillo Rugeles, J. A. (1999). *Derecho de Familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- CConst,T-339/1994, V. Naranjo. (Corte Constitucional 21 de Julio de 1994).
- Código Civil Colombiano*. (2017). Bogotá: Legis Ediciones.
- Código Civil y Comercial de la Nación*. (2014). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Código de Familia de Bolivia*. (2016). La Paz: Congreso Nacional.
- Código de la Infancia y Adolescencia*. (2017). Bogotá: Ediciones Leyer.
- Constitución Política de Colombia*. (2017). Bogotá: Editorial Leyer.
- Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas 20 de Noviembre de 1989).
- Corbo, C. M. (2008). *Responsabilidad civil por falta de reconocimiento espontáneo de hijo extramatrimonial*. Córdoba, Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- CSJ Civil, 12 Ene. 1976, H. Roa. GJ: CLII, No. 2393, p. 387.
- CSJ Penal, 3 May. 2017, F. Castro. GJ: SP6029-2017, 36784 (Sala de Casación Penal 03 de Mayo de 2017).
- D'Ors, Á. (1975). *El Digesto de Justiniano, Tomo III, Versión Castellana*. Pamplona, España: Editorial Aranzadi.

- Dutto, R. J. (2007). *Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- González Sepe, Ó. (2013). Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial. Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Irigoyen Troconis, M. P. (2005). *Sobre el significado de las palabras*. México: Universidad Nacional Autónoma de México .
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2010). *El Nuevo derecho de Familia: Visión Doctrinal y Jurisprudencial*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Lacruz Berdejo, J. L. (2002). *Elementos de Derecho Civil, Familia*. Madrid: Dykinson, S.L.
- Lemouland, J.-J. (2006). *Código Civil Frances (Traducción al Español)*. París: Universidad de Pau y de los Países de L'Adour.
- Ley 1098 de 2006 (Congreso de la República de Colombia).
- Ley 75 de 1968 (Congreso de la República de Colombia 30 de Diciembre de 1968).
- López Mesa, M. J. (2009). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Javeriana.
- Medina, G. (2008). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editores Rubinzal-Culzoni.
- Méndez Costa, M. J. (2003). *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Monroy Cabra, M. G. (2010). *Derecho de Familia Infancia y Adolescencia* . Bogotá: Ediciones el Profesional Ltda.
- Novales Alquézar, A. (2008). Responsabilidades especiales. *Cuadernos de Análisis Jurídicos - Colección Derecho Privado*. Santiago de Chile, Chile: Universidad Diego Portales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas 16 de Diciembre de 1966).
- Parra Benítez, J. (2015). *La Filiación En Derecho de Familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Parra Benítez, J. (2017). *Derecho de Familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Petit, E. (2009). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Bogotá: Editorial SKLA.
- Pinella Vega, V. (2000). El interés superior del niño/niña vs principio al debido proceso en la Filiación Extramatrimonial. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo de Granada.

- Saavedra Madrid, C. A. (2005). *La Indemnización del Daño No Patrimonial*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Sambrizzi, E. A. (2009). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley S.A.
- Suárez Franco, R. (2006). *Derecho de Familia Tomo II: Filiación y Régimen de los Incapaces*. Bogotá: Editorial Temis.
- Tamayo Lombana, A. (2005). *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Taparelli D´Azeglio, M. (1972). *Derecho de Familia*. Nápoles: Editorial Jovene.
- Tuesta Vásquez, F. S. (2015). Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial. Lima, Perú: Universidad Autónoma del Perú.
- Uribe Holguín, R. (1980). *De las Obligaciones y del Contrato en General*. Bogotá, Colombia: Editorial Rosaristas.
- Valencia Zea, A. (1983). *Derecho de Familia, Tomo V*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Zannoni, E. (2005). *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Zannoni, E. A. (1978). *Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Zannoni, E. A. (2012). *Derecho de Familia*. Buenos Aires : Editorial Astrea.