

LA FUNCION SOCIAL DE LA PRUEBA JUDICIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

DRA. SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA
Profesora de Derecho Probatorio
Universidad Externado de Colombia

1. INTRODUCCION

El contenido social de las pruebas dentro de un proceso se explica no sólo por la naturaleza también social de éste, sino por la finalidad que aquellas cumplen dentro de él.

El proceso es una forma civilizada de dirimir los conflictos entre los particulares, su finalidad es en decir de GUASP "el mantenimiento de la paz justa o de la justicia pacífica" (1), o como lo afirma el profesor JAIRO PARRA QUIJANO, el proceso sirve a "la paz con justicia social" (2). Las pruebas son el vehículo que sirve al proceso para cumplir con esa finalidad, sólo a través de ellas se conducen los hechos al juzgador, que le servirán para proveer tal justicia; con los medios probatorios los sujetos procesales en disputa conocen los fundamentos que tuvo el juez para darle la razón al demandante, o por el contrario para decidir en contra de sus pretensiones. Sin duda, la obligación de fundamentar en pruebas las decisiones legales (principio de necesidad de la prueba) es invaluable

(1) Citado por PARRA QUIJANO, Jairo. "*Derecho procesal civil*". Tomo I. Parte General. Temis, Santafé de Bogotá, 1992, pp. 79 y 80.

(2) Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit., p. 81.

para los fines del proceso, sin razones, el proceso no generaría la paz. Sin hechos y sin pruebas, el proceso es inútil.

Si bien, las pruebas sirven al proceso, y por ello mismo, cumplen también la finalidad social a la que aquél está llamado; en eventos, éstas por sí solas cumplen con una función social, la tranquilidad y estabilidad de las relaciones sociales, pues facilita la comprobación de hechos importantes para la decisión de un conflicto y que son de difícil establecimiento, o cuya prueba generaría grave deterioro de las relaciones sociales o familiares.

Esta función autónoma de la prueba, se manifiesta en una forma importante dentro de los procesos de familia. Ello se explica por la naturaleza de las situaciones que en ellos se ventilan y el interés que en ellas tiene el Estado y la sociedad.

Con este breve escrito, pretendemos destacar esa función extraprocesal que cumplen las pruebas judiciales dentro del derecho de familia y la razón de ser de su establecimiento.

Por supuesto, apenas plantearemos nuestro punto de vista, que de ninguna manera agota el tema, muy por el contrario, habrá muchas más cosas que decir, por ahora queremos destacar que el proceso y las pruebas no son un conjunto de trámites indentificados con números en un código, sino que detrás de ellos hay unos intereses sociales y por sobretodo, unas personas que sufren un conflicto que es preciso solucionar.

2. LA FAMILIA Y EL DERECHO

No podemos entrar al tema de la función de las pruebas judiciales, sin ubicarnos dentro del contexto donde ellas se practican o aportan.

La Familia, ha sido entendida por la Doctrina como un organismo social que reposa sobre la diferencia de sexos y cuyas funciones son la perpetuación de vida y cultura⁽³⁾. O mejor, como una institución jurídica, social, permanente y natural; es una institución natural de la que se vale la sociedad para regular la procreación y educación de los hijos, así como el cumplimiento de sus fines⁽⁴⁾.

(3) VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. "Derecho de Familia"*. Tomo V. 5ª. Edición, Temis, Santafé de Bogotá, 1985, p. 11.

(4) MONROY CABRA, Gerardo. *"Derecho de familia"*. Librería Jurídicas Wilches. Bogotá 1982, p. 4.

Es indudable que en las funciones de la familia la sociedad tiene un interés, el interés de no extinguirse en ninguno de tales aspectos.

La importancia social de la familia, radica en que es la “célula social por excelencia”, según HEINRICH LEHMANN “históricamente es la familia anterior al Estado, es más antigua que él. Es la célula germinal de la comunidad estatal, y en ella ha encontrado satisfacción el innato espíritu social” (5). Y los tratadistas MAZEAUD (6), expresaron: “No solamente constituye la familia, para los cónyuges y para los hijos, una escuela de abnegación y de mutua ayuda, la única capaz de refrenar el egoísmo, sino que la familia es la que asegura la protección del individuo: ¿Qué será de la madre y del hijo abandonados por el padre? La familia es la que permite que las relaciones entre el hombre y la mujer constituyan otra cosa que libertinaje, luchas sin cuartel y esclavitud de la mujer. Por último, la familia es la que puede defender al individuo contra el Estado; si la familia no existe, el Estado la sustituye; él es el que recoge a los niños, los cría y los educa; ya se sabe como son conducidos los pueblos que pretenden entregar así el niño al Estado” (7).

El interés de la sociedad por conformar grupos de personas con lazos afectivos y con costumbres y cultura comunes, se manifestó desde la antigüedad, con la institución de la ‘familia consanguínea’ que se fundaba en el matrimonio por grupos de parientes consanguíneos clasificados por generaciones, en cada generación todos eran hermanos y hermanas entre sí y todos maridos y mujeres unas de otros. Este tipo de matrimonio, al parecer superó un estado general de promiscuidad que imperó en épocas anteriores, en el tránsito de la animalidad a la humanidad (8). El matrimonio por grupos, dividió la tribu en ‘gens’ o grupos consanguíneos por línea materna, esta circunstancia descubierta por L.

(5) Citado por MONROY CABRA, Gerardo. Ob. cit. p. 4.

(6) Citado por MONROY CABRA. Ob. cit., pp. 10, 11.

(7) Vale la pena citar lo que sucedió en Alemania cuando el nacional-socialismo optó por educar a los jóvenes dentro de sus principios de discriminación y superioridad, prohibiendo a los padres interferir en forma alguna en la educación de los jóvenes alemanes.

(8) ENGELS, Federico. “*El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*”. Capítulo II.

H. MORGAN⁽⁹⁾, fue la que en últimas dio una explicación al origen de la familia y a su desarrollo como hoy la conocemos.

Puesto que la familia como decía L. H. MORGAN "es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical, sino cuando se ha modificad^o radicalmente la familia"⁽¹⁰⁾. Surgió la 'familia punalúa', que sin variar los lazos de parentesco, excluyó en principio a los hermanos propios y posteriormente a los demás parientes consanguíneos y se dio paso a la exogamia (donde el cónyuge era seleccionado en otra gens), aunque dentro de la misma tribu (endogamia), y subsistía el matrimonio por grupos —hombre quedaba casado con las hermanas y las primas, etc. de su esposa, y ésta con los del marido—. Sin duda este paso de 'selección' fue un desarrollo, pues iba vistiendo al grupo familiar de ciertos principios de orden moral y social, que adquirieron gran importancia dentro del Estado. El matrimonio con miembros de otra 'gens', permitió ampliar la cultura de los pueblos y su progreso.

En cuanto al establecimiento de la filiación del hijo con sus padres, mientras subsistió el matrimonio por grupos, no era posible saber con certeza quien era el padre de la criatura, pero sí se sabía quien era la madre, entonces la descendencia se guiaba por la línea materna exclusivamente.

El paso a la monogamia se dio con la 'familia sindiásmica', tuvo lugar por las restricciones que se habían venido originando para contraer matrimonio con los miembros de la misma gens y aún dentro de la misma tribu, antes llamados 'hermanos' y 'hermanas'. Las mujeres escaseaban, entonces los hombres acudieron al rapt^o y la compra de ellas, estos mecanismos casi que obligaban a tener como compañía permanente a un cónyuge, desde entonces, los deberes de fidelidad y monogamia eran de más exigente cumplimiento para la mujer, más no para el hombre quien sin castigo podía serlo ocasionalmente. Pese a la primitiva exigencia de

(9) Citado por ENGELS. La publicación de esta teoría la hizo L.H. MORGAN en su libro "*La sociedad antigua*", publicado por primera vez en 1877.

(10) Citado por ENGELS. Ob. cit., Cap. II.

unos deberes conyugales, ellos tan sólo subsistían mientras durara la unión, que podía disolverse fácilmente por una y otra parte. Luego de una evolución social, económica y de aumento de la población, se fue extinguiendo el matrimonio por grupos, de la misma manera, al celebrarse una unión estable sólo entre el hombre y la mujer, se introdujo un elemento nuevo, junto a la verdadera madre, estaba el verdadero padre. El poderío económico, rompió los lazos matriarcales y el derecho materno, dando paso al derecho paterno. En esta nueva familia, se presenta como rasgo la unión de unos miembros libres y no libres sometidos al poder paterno del jefe de ésta (patria potestatis).

El concepto de familia, con la incorporación de la esclavitud y la potestad paterna, no significaba ni mucho menos en su origen, mezcla de sentimentalismos y disensiones domésticas. El germen de la familia estuvo en la esclavitud y en la servidumbre.

La fidelidad de la mujer y la paternidad de los hijos, se salvaguardaba por el hombre, quien ejercía su poder sin reservas. En este punto se vislumbra un predominio del hombre en la familia, su fin es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible, y esa paternidad indiscutible se explicaba por el hecho de que ellos eran herederos directos y por ende iban a entrar un día a la posesión de los bienes de su padre. Estos rasgos de la 'familia monogámica', ulterior a la 'sindiásmica', indican una solidez mucho más grande del vínculo conyugal, éste no puede ser disuelto voluntariamente, sólo el hombre puede romper los lazos y repudiar a la mujer. La libertad sexual del hombre y la sumisión a la que tenía sujeta a su cónyuge, trajo la venganza de las mujeres, el adulterio, castigado, prohibido pero inevitable, se convirtió en una institución junto a la monogamia y el heterismo. Ahora la paternidad de los hijos se basaba tan sólo en un convencionalismo moral y para resolver esta contradicción de la monogamia, en el Código de Napoleón el artículo 312 dispuso la presunción 'pater is est', en esta forma ha venido evolucionando la familia hasta lo que conocemos en estos días, salvo que el Estado se preocupa más por procurar su estabilidad y por sobre todo se preocupa por el bienestar de los hijos nacidos de uniones permanentes o transitorias.

Pertinente es citar un aparte de la introducción del libro de BOSSERT y ZANNONI sobre el "Régimen legal de filiación y patria potestad" (11),

(11) BOSSERT, Gustavo A, y ZANNONI, Eduardo A. Ed. Astrea, Buenos Aires (Argentina), 1985, pp. 5 y 6.

refiriéndose a la reforma introducida al régimen de familia en la Argentina con la Ley 23.264, expresan que durante el siglo XX, “la familia, el matrimonio, las relaciones paterno-filiales, han experimentado una profunda transformación estructural”. “La familia tradicional —escribe RODRIGUEZ MOLAS— era el mecanismo más apropiado para transmitir los bienes característicos del sistema y una posición (relaciones con el poder, títulos nobiliarios, prestigio) heredada de generación en generación”. Es claro, en un sistema socioeconómico basado en la propiedad de la tierra, de los ganados, de la riqueza inmobiliaria, la familia apareció como el complejo de relaciones que con mayor vigor preservaba la cohesión de sus componentes en tanto partícipes de aquel sistema. “En el ámbito de los poseedores, sin ninguna duda, la imposición de tipo vertical entre los padres e hijos, y entre aquellos y los sirvientes, *famulus* en latín, constituye una consunción directa de la propiedad de la tierra, del control de los alimentos en última instancia. Y también las leyes que rigen la herencia de los bienes’.

“Este modelo es consecuente con la unipersonal autoridad del padre, no sólo sobre sus hijos —llamados a continuar la empresa familiar— sino también sobre su esposa, incapaz de hecho y sujeta ella también a la autoridad marital. La neta diferencia entre los hijos legítimos y los ilegítimos tiende a preservar a la familia de la injerencia de quienes no han sido engendrados dentro del matrimonio de su padre, y es el modo de garantizar la pureza de sus miembros y reaseguro de que no disputarán con los espurios, en el futuro, el poder que detentan.

“El debilitamiento de los poderes del padre de familia ante el reconocimiento de sus deberes ante el hijo y la protección del interés de éste como un límite al arbitrio paterno que comenzó a acentuarse a principios de este siglo, la paulatina emancipación social y jurídica de la mujer, la dignificación de los hijos ilegítimos y la coparticipación de ambos cónyuges en el hogar —que ya no será sólo la ‘casa paterna’, sino más amplia y bellamente ‘la casa’— es consecuencia no de un relajamiento de las costumbres, como a veces se ha sostenido, sino efecto de una transformación de las relaciones sociales que ha engendrado el sistema industrial, que hoy transita, en los países desarrollados, hacia el postindustrial. Negarlo es negar la evidencia. Todo aquel sistema tradicional basado en las relaciones de poder que concentraba la familia, se ha transferido a la gran empresa industrial. Los bienes de capital no están exclusivamente representados por la propiedad inmobiliaria sino por capitales accionarios, regalías, patentes, activos financieros. El sis-

tema de producción en sus aspectos de mayor significación económica se concentra en la empresa privada o pública y las transferencias patrimoniales no se realizan sólo por vía de la herencia familiar sino también, y preponderantemente, por el desplazamiento de grupos de poder empresario, circulación de acciones y otros títulos. En otras palabras, la familia no es depositaria ya de las expectativas de poder económico y de prestigio que antes reclamaba para sí. Pero, simultáneamente, reivindica un ámbito de relaciones basadas en el afecto, en la igualdad, en el íntimo encuentro de sus miembros. Las expectativas económicas de la familia se manifiestan mucho más en el consumo que en la producción. Ambos cónyuges —hombre y mujer— se han integrado en actividades productivas que se realizan fuera del ámbito familiar. Los hijos no son formados ni educados para preservar una estructura autoritaria, sino para incorporarse armoniosamente a la sociedad y asumir con responsabilidad su actividad laboral y productiva futuras.

“En este contexto, las categorías tradicionales han venido perdiendo sustento. Ambos padres se sitúan en un plano familiar de igualdad, desaparece la potestad marital para dejar paso a la idea de coparticipación del marido y mujer en la comunidad doméstica, la legitimidad de los hijos no constituye ya en una defensa de la estructura familiar, pues las relaciones derivadas de la procreación son asimiladas por ser tales, en virtud del reconocimiento de la responsabilidad que el padre y la madre deben asumir por el solo hecho de ser tales. La asunción de la paternidad se reconoce como un imperativo ético frente a los hijos. Las funciones de la familia están sometidas a transformaciones y podrían sintetizarse diciendo que es ella donde el hombre encuentra en plenitud su ámbito moral, la realización de los contenidos éticos de su existencia, proyectándose en sus hijos. Y donde esto ocurre no hay cabida para las discriminaciones y el paternalismo ejercido sin consideración al superior interés del niño”. Más adelante anotan: “La masificación, el desenfreno del consumo y el hedonismo alienan al hombre. Antes, su vida en sociedad estaba signada por las vinculaciones feudales, el prestigio nobiliario, el vasallaje y la servidumbre. En la libertad y la igualdad el hombre se ha desembarazado del predominio de la frivolidad y la inequidad sociales; pero corre el riesgo de despersonalizarse. Todo esto es verdad, pero también es cierto que hoy más que nunca, el hombre sensible al humanismo, rescata los valores morales de la familia y lucha contra la intromisión de poderes que le son extraños, el abuso y las discriminaciones”.

3. LA FUNCION SOCIAL DE LA PRUEBA PARA LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

En rededor de la discusión acerca de si las normas probatorias son de carácter sustancial o procesal. VITTORIO DENTI ⁽¹²⁾, refiere que la calificación que los jueces dan a las normas probatorias, dependen más bien de los casos concretos, donde son las razones de estos mismos, por regla general, de interés social, las que justifican la naturaleza atribuida a los medios probatorios, es lo que este autor ha denominado "Política Judicial". Para los efectos anteriores, este autor cita un caso de la jurisprudencia francesa, el caso Fiqué de 1953 y 1958, este caso se trataba del reconocimiento de una sentencia extranjera de divorcio entre ciudadanos franceses, donde además se discutía acerca de la admisibilidad como prueba de la confesión rendida por uno de los cónyuges. La Corte francesa rechazó las consecuencias de la confesión del cónyuge, afirmando que "la inadmisibilidad en el derecho interno francés, de la confesión como único medio de prueba en materia de divorcio, no es más que la transposición de la regla sustancial que prohíbe el divorcio por mutuo consentimiento" ⁽¹³⁾. De la misma manera se cita una sentencia de Casación de la Corte italiana, donde se afirma: "en materia matrimonial las limitaciones probatorias dictadas por nuestra ley tienen carácter público sustancial y no ya procesal, en cuanto las respectivas normas, aún regulando la prueba, atienden, sin embargo, a la regulación intrínseca de la relación a probar, con la cual son estrechamente conexas, y revisten por eso la indudable naturaleza de verdaderas y propias normas sustanciales, sustraídas como tales a la lex loci reguladora del proceso" ⁽¹⁴⁾.

4. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LAS NORMAS PROBATORIAS

La Constitución, entendida por los estados modernos en su sentido material como "el conjunto de los elementos de organización necesarios para la subsistencia de un Estado determinado, es decir, la específica comunidad social que está debajo del orden normativo", donde se

(12) Cfr. DENTI, Vittorio. "Estudios de derecho probatorio". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires (Argentina), 174, pp. 191 y ss.

(13) *Casación civil*, 17 de junio de 1958, citada por DENTI, Vittorio en la obra citada, pp. 94 y 195.

(14) Casación del 16 de abril de 1959, citada por DENTI. Ob. cit., p. 196.

garantiza a los ciudadanos el respeto de sus derechos, es sin duda la base de la cual debe partirse para explicar la función social que cumplen las pruebas dentro de los procesos de derecho de familia.

La Constitución Política de Colombia, en su preámbulo advierte que ella tiene por fin garantizar un orden político, económico y social justos. Y en el artículo 5, como uno de los principios fundamentales incluye el siguiente: "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad".

El Capítulo 2 del Título II de la Constitución al referirse a los derechos sociales, económicos y culturales, refiere en su artículo 42 "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".

De la misma manera la Constitución Política en el artículo 44 señala los derechos fundamentales de los niños, dentro de los cuales vale citar los siguientes, el de tener un nombre, una familia y no ser separados de ella, el de tener una alimentación equilibrada, y el derecho al cuidado al amor.

Los derechos a que nos hemos referido, y que ampara la Constitución, son los que se tutelan a través de los procesos judiciales y respecto de los cuales la ley ha establecido un régimen probatorio privilegiado, como se referirá a continuación.

5. PRINCIPIOS PROBATORIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

1. **Facilidad probatoria**, pues el legislador ha establecido presunciones que dan por probado el hecho pretendido en el proceso, con la condición de probar los hechos que conforme a la ley le sirven de fundamento. El establecimiento de estas presunciones dan seguridad a las relaciones sociales y familiares, por lo dificultosa o traumática de la demostración de ciertas situaciones. Ej. El Código Civil en sus artículos 213 y 214 establece la presunción de paternidad, en el sentido de que todo hijo de mujer casada se presume del marido, no obstante esta presunción admite prueba en contrario, pues no siempre los hijos de mujer casada son del marido, pero por unos pocos casos, no podía sacrificarse la seguridad de todos los hijos.

2. La ley es exigente en cuanto a las pruebas para establecer la filiación, exige la prueba técnica (antropo-heredo-biológica —Ley 75 de 1968 art. 7—).

3. El hijo tiene derecho a conocer sus verdaderos padres, de allí que pueda impugnar e investigar la paternidad, aún en un mismo proceso, en cualquier tiempo, y para ello la ley facilita la prueba, como quiera que los suspuestos de hecho de las presunciones puede acreditarlas aún con prueba indirecta (Ley 75 de 1968 art. 6 numeral 4°.), y así probar quién no es su padre y quien sí lo es.

4. El menor es importante para el Juez de Menores en los procesos que a él incumban, por ello, debe ser escuchado, pues tiene unos derechos constitucionales que no pueden ser desconocidos.

5. La salud del menor y su desarrollo es importante para el Estado, por ello se vigila que no le falten alimentos. Se fijan alimentos provisionales con una prueba mínima, aún con presunciones y se ampara el cumplimiento de la obligación alimentaria con la ley penal, donde no es mayor la exigencia probatoria. En estos procesos, el Juez tiene amplias facultades para decretar pruebas de oficio.

6. En aras del interés que se debate en los procesos de familia, es posible penetrar en la yoidad de las personas para practicar pruebas (Prueba H.L.A.).

7. La necesidad de una decisión en los procesos que atañen a la familia, no puede dejarse a la voluntad de los sujetos procesales, de allí que se permita deducir pruebas de su comportamiento. En los procesos de establecimiento de la filiación extramatrimonial, puede proferirse sentencia en contra del demandado sino se somete a los exámenes, según lo señala la Ley 75 de 1968.

6. MEDIOS PROBATORIOS PREVISTOS POR LA LEGISLACION DE FAMILIA EN COLOMBIA QUE CUMPLEN UNA FUNCION SOCIAL

6.1 Presunciones:

Las presunciones tal como lo refiere el profesor JAIRO PARRA QUIJANO en su Tratado de la Prueba Judicial "Indicios y Presunciones" ⁽¹⁵⁾, no

(15) P. 90.

son renuncia al método experimental, tan sólo que se utilizan para dar estabilidad a las relaciones de orden social, familiar y patrimonial.

6.1.1 Del principio y fin de la existencia de las personas

Es una presunción “*lure et de Jure*”, por cuanto no admite prueba en contrario. Parte de la fecha conocida del nacimiento para deducir a partir de éste la fecha de la concepción que ha debido producirse no menos de 180 días antes del nacimiento, ni más de 300.

Su importancia la tiene en lo relativo al hijo nacido después de la disolución del matrimonio por nulidad o divorcio. En este caso habrá impugnación de la paternidad legítima si se prueba que la mujer abandonó el hogar y dio a luz 300 días después de la disolución del matrimonio.

También es importante esta presunción para atribuir la paternidad extramatrimonial de los hijos nacidos antes de 300 días de concluidas las relaciones sexuales y de los nacidos después de los 180 días de iniciadas éstas.

6.1.2 Legitimidad del hijo por nacer en el matrimonio “*Pater is est*”

Los artículos 213 y 214 del Código Civil establecen una presunción sin la cual, sería imposible la estabilidad familiar “El hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres es hijo legítimo”, y se reputa concebido en él, si nace dentro de los 180 días subsiguientes al matrimonio, teniendo por padre al marido. Esta presunción, sólo puede ser desvirtuada por el marido, mientras esté vivo y no se haya disuelto el matrimonio (artículos 216 y 220 C.C.); o por el hijo, en cualquier tiempo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3º. de la Ley 75 de 1968.

Es una presunción que admite prueba en contrario “*iuris tantum*”, si se acredita que el marido durante el tiempo en que se presume la concepción, estaba en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer; o que durante el tiempo en que pudo efectuarse la concepción la mujer incurrió en adulterio y además se aportan pruebas encaminadas a demostrar que el marido no es el padre (artículo 215 C.C.).

La existencia de esta presunción y la estrechez para desvirtuarla, tiene un contenido social indiscutible, tan es así, que varios autores han fundamentado esta presunción en teorías como las que se sintetizan a continuación:

a) Teoría dominical o por derecho de accesión: El hijo es algo accesorio o fruto de la mujer, y como ésta pertenece al marido, a él pertenece el hijo. El marido no es 'genitor' sino 'dominus'.

b) Teorías basadas en el matrimonio, deberes matrimoniales y comunidad de vida.

1. Se presume que la mujer cumple con el deber de fidelidad al marido y por ende se presume inocente de adulterio (Teoría basada en la fidelidad e inocencia de la esposa).

2. Como el matrimonio supone una comunidad de vida, puede concluirse que aquél fue consumado, que continuó la cohabitación y que la mujer es fiel (Teoría basada en la cohabitación y fidelidad matrimoniales).

3. El marido tiene autoridad sobre la mujer y ejerce vigilancia sobre ella, en consecuencia, se dificulta la infidelidad de ella y se presume la santidad del matrimonio (Teoría basada en la autoridad y vigilancia del marido).

4. **Teoría sociológica:** (De Page) Esta presunción es una de esas reglas que consagra el derecho para hacer la vida social posible y segura. Es a veces indispensable sacrificar la verdad individual para alcanzar la seguridad social, pues los riesgos de error son mínimos, y por ello se le desprecia, se prescinde de ellos, de lo contrario las situaciones individuales se volverían inciertas, molestas. Convertir las excepciones en reglas generales, violentan el sentido natural de las reglas impuestas por el orden social.

Se pondría en peligro la convivencia conyugal y crisis de confianza en caso de implantarse la duda o la prueba de paternidad a cada hijo que nace.

5. Puesto que la paternidad es difícil de probar, se necesita un reconocimiento voluntario del padre, pero en la filiación legítima este consentimiento está de por medio, por el hecho del matrimonio que es un acto voluntario, en el cual va implícito, en forma anticipada, la admisión de la paternidad de los hijos que su mujer dé a luz en lo sucesivo, a menos que la procreación se haya obtenido en condiciones anormales, en estos casos el marido niega lo confesado anticipadamente (Tesis voluntarista de COLIN).

6. La legitimidad nace del acta de nacimiento donde el hijo figure como nacido de mujer casada. La legitimidad surge de tres hechos: El matrimonio, el parto de la esposa y la concepción en el matrimonio que debió ser obra del marido.

El interés público exige que el estado de las personas sea documentado preventivamente y por ello provee el acta de nacimiento, pero como ella acredita sólo el hecho del nacimiento y la maternidad, ello no documenta la legitimidad. La concepción en el matrimonio y la paternidad del marido no pueden acreditarse como los demás hechos, la ley suple tales pruebas con las presunciones de concepción en patrimonio y paternidad.

La presunción de concepción en el matrimonio y de paternidad se integran con el acta de nacimiento donde conste que la madre es mujer casada (Teoría Formalista de Cicu).

7. La presunción 'pater is est', atribuye la paternidad al marido en razón a que se supone que la esposa ha cohabitado con su marido y que el hijo nació de esa cohabitación. Es una presunción que se fundamenta en la prueba de la cohabitación, es una presunción de paternidad que se funda en el carácter causal de la cohabitación (cohabitación fecunda).

La legitimidad de los hijos nacidos en el matrimonio es importante ya que si cada vez tuviera que investigarse la paternidad (lo cual es posible con el método experimental), habría zozobra, por lo demás, según GRAHAM las presunciones no son invenciones sin fundamento, la creación de presunciones considera la probabilidad ⁽¹⁶⁾.

6.1.3 Presunciones de paternidad extramatrimonial

Los hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales, hasta el segundo trienio de este siglo en Colombia, fueron objeto de injustas discriminaciones. En aquel entonces (1887), provenían tres clases de hijos de las uniones extramatrimoniales, los **naturales**, sólo si el padre los había reconocido por escritura pública, acto testamentario o suscribiendo el acta de nacimiento. Sólo era posible el reconocimiento si el padre al tiempo de la concepción gozaba de aptitud jurídica para casarse con la

(16) Teorías citadas y analizadas por PARRA QUIJANO, Jairo. "Indicios y presunciones" *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. 2da. Edición. Librería del Profesional, pp. 90 y ss.

mujer con quien hubo el hijo. Respecto de la madre, la ley presumía el reconocimiento de la madre soltera o viuda. **De dañado y punible ayuntamiento**, eran los hijos habidos en relaciones adúlteras e incestuosas, respecto de la madre se presumía el reconocimiento si fueron concebidos por ella siendo soltera o viuda, y estos hijos eran naturales con relación a su madre. Con respecto al padre eran simplemente ilegítimos, lo cual les impedía toda acción eficaz para obtener de éste elementos de subsistencia. **Hijos simplemente ilegítimos**, los que no tenían ante la ley otra calidad, podía hacerse suministrar alimentos de su padre, sólo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia. Sólo con la Ley 45 de 1936 se derogó parcialmente el sistema y se otorgaron derechos a los hijos extramatrimoniales, incluso se permitió investigar judicialmente la paternidad y se extendió a los padres personales las obligaciones de cuidado personal de sus hijos. Pero su situación sólo se equiparó con la de los hijos legítimos con la Ley 29 de 1982.

La verdadera victoria lograda para los hijos de tales uniones, fue el establecimiento de presunciones de paternidad, con éstas se presume la paternidad natural por hechos como el rapto o violación; la seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio que coincidan con la época de la concepción; o por declaraciones inequívocas de paternidad mediante carta u otro escrito, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 75 de 1968, pero para efectos de nuestro trabajo, nos detendremos en los numerales 4, 5 y 6 del mismo.

6.1.3.1 Cuando entre el presunto padre y madre hubo relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 pudo haber tenido lugar la concepción.

Se consagra en este caso una doble presunción para favorecer el derecho de las personas a tener un nombre y una familia.

Las relaciones sexuales pueden inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

No obstante, es ésta una presunción 'iuris tantum' que admite prueba en contrario, el demandado no podrá ser declarado padre, si demuestra la imposibilidad física para engendrar en el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba que la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres; no obstante, si el deman-

dante acredita que el demandado acogió al hijo como suyo, habrá lugar a la declaración de paternidad. En este último evento se facilita al demandante la prueba para acreditar la paternidad, por medio de la prueba indirecta, con fundamento en el trato que se hubiese dado por el demandado al demandante, con fundamento en las reglas de la experiencia, que indiquen que lo consideró como hijo suyo.

En este evento las relaciones se infieren por la imposibilidad de probarlas directamente, entonces dentro de esta norma se consagra una doble presunción para no hacer la causal ilusoria.

En relación con esta causal, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 12 de mayo de 1992, M.P. Dr. RAFAEL ROMERO SIERRA, afirmó que esta causal fue erigida desde la Ley 45 de 1936, pero era en la práctica difícil su demostración por la forma como estaba instituida, las relaciones sexuales entonces debían ser 'notorias y estables', cuando las relaciones sexuales por su naturaleza escapan a la mirada de los demás, entonces la prueba era obra heroica, o su obtención se vislumbraba escandalosa o inmoral. Pocas paternidades fueron establecidas por este medio. El hijo, interesado en investigar la paternidad, no podía encontrar la prueba, pues él sólo tenía un conocimiento histórico de lo acaecido antes de la concepción. El legislador se percató de tales dificultades y en la Ley 75 de 1968 eliminó la exigencia de que el trato carnal fuera notorio y estable, y admitió que las relaciones pudieran probarse a través de la inferencia, la deducción. Las relaciones sexuales podían inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar, sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

La Ley 75 de 1968, buscó garantizar y proteger los derechos de los hijos extramatrimoniales facilitando la investigación de la paternidad. En el debate parlamentario de la causal aludida en la precitada ley, se agregó la posibilidad de probar las relaciones sexuales infiriéndolas del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, según las circunstancias en que tuvo lugar, su naturaleza y antecedentes, y su intimidad y continuidad; estos últimos son hechos perceptibles por los sentidos, demostrables directa y objetivamente con testimonios de amigos y relacionados transitorios.

El haber facilitado la investigación de paternidad no implica que deban tenerse por establecidas las causas (no es exención de prueba), cuando no se han probado los hechos que las estructuran. Es precisa la

prueba de los hechos fácticos que sustentan la presunción de paternidad. Este es un aspecto que atañe al estado civil de las personas y es de orden público. En las presunciones, la inferencia arranca del hecho conocido, y es en él donde haya mérito probatorio.

Para presumir la paternidad, deben estar acreditadas las relaciones sexuales, éstas pueden inferirse del trato personal y social de la pareja de conformidad con los antecedentes, naturaleza, continuidad e intimidad. La probabilidad de la presunción no está en el hecho de las relaciones sexuales (hecho conocido), sino en el hecho de la paternidad.

El trato personal y social tiene unas características especiales, pues supera los linderos de la mera amistad, afecto y aprecio, y ello se deduce de las reglas de la experiencia, de la vida cotidiana. Una unión que denota lazos de especial confianza, apego, adhesión y familiaridad, tienen un grado de causalidad que desemboca en el acceso carnal.⁽¹⁷⁾

- (17) Las anteriores reflexiones son síntesis de la decisión de la Corte Suprema de Justicia anotada, Caso - En 1933, en el municipio de la Unión (Antioquia) se conocieron A y B, quienes sostuvieron un noviazgo, con planes de contraer nupcias, finalmente frustrados. No obstante, sus relaciones amorosas continuaron hasta el fallecimiento del señor A el 28 de noviembre de 1986.
- b. Las relaciones entre el señor A y la señora B fueron de público conocimiento en el municipio de la Unión, como quiera que el señor A, visitaba frecuentemente a B, e incluso se quedaba en la casa de ella dos o tres veces por semana.
- c. De las relaciones de A y B, nacieron X, Y y Z en su orden el 27 de septiembre de 1934, el 12 de octubre de 1937 y el 12 de abril de 1940. Durante el embarazo de la señora B y el nacimiento de X, Y y Z, el señor A atendió las necesidades de B. Luego de los alumbramientos le obsequiaba a B vestidos, aretes y otras joyas y situaba en la finca de ésta una vaca productora de leche que permitiera a B satisfacer los requerimientos suyos y los del lactante.
- d. A se comportó como padre de X, Y y Z, y así lo reconoció pública y socialmente. Así, la madre de A fue madrina de confirmación de X, y el hermano de A, fue padrino de bautismo de Z.
- e. En 1944, el señor A contrajo matrimonio con la señora L de cuyo matrimonio nacieron 13 hijos. Estos últimos compartían con X, Y y Z, y otros familiares de A, algunas vacaciones juntos en una finca de propiedad de su padre (A).
- f. A suministraba a X, Y y Z productos agrícolas frecuentemente, no sólo durante la infancia de éstos, sino aún después de adultos para proveer las necesidades suyas y las de los hogares que habían formado.
- g. A la muerte de A; X, Y y Z demandan para que con audiencia de la señora L y los hijos legítimos que ésta tuvo con el señor A, fueran declarados hijos extramatrimoniales de A, y que en consecuencia se declarara que tenían vocación hereditaria y derecho para que se les restituyera en la cuota que corresponda los bienes que hubieran recibido la cónyuge de A y sus hijos legítimos, junto con los frutos que hubieran producido o podido producir.

6.1.3.2 La posesión notoria del Estado de hijo:

Consiste en una conducta concluyente del padre frente al presunto hijo, si esa conducta se desarrolló en un tiempo no inferior a 5 años.

Según Sentencia del 28 de febrero de 1986, la posesión notoria del estado de hijo consiste en que durante 5 años continuos por lo menos el padre haya tratado al hijo como tal, proveyendo su subsistencia, educación y establecimiento y de conformidad con tal tratamiento, dentro del círculo social donde se desenvolvía el padre se tenía al hijo como suyo.

Los presupuestos son el **trato, la fama y el tiempo**.

El espíritu de la Ley 75 de 1968 no era consagrar e imponer un sistema riguroso que hiciera prácticamente imposible la demostración de las causales para hacer la declaración judicial de hijo natural, y por ende, inaplicable dicho estatuto. Su filosofía fue la de hacer más viable la investigación de la paternidad natural y conforme lo exigían las necesidades de la sociedad colombiana que reclamaba un estatuto que tutelara más eficazmente los derechos de los hijos extramatrimoniales ⁽¹⁸⁾.

6.1.4 Presunción de abandono del menor

Según la Constitución Política de Colombia artículo 44 y el Código del Menor artículo 3, el menor tiene derecho a la protección, cuidado y asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, moral, mental y social, cuando el menor esté dedicado a la mendicidad o vagancia, el artículo 31 del Código del Menor presume que las personas obligadas por la ley al cuidado personal de la crianza y educación del menor, las están incumpliendo, y puede considerarse al menor en situación de abandono o de peligro, y se procede a protegerlo.

h. Los demandados se opusieron a las pretensiones. En cuanto al sustento fáctico, manifestaron no constarle la mayoría de ellos y calificaron de falsos los restantes. Hicieron notar que la señora B vivía en un hotel, lo cual hacía posible establecer la paternidad.

En la sentencia de primera instancia se acogieron las pretensiones de los demandantes. La parte demandada apeló el proveído, el cual fue revocado parcialmente por el Tribunal Superior de Medellín con fundamento en que Z no era hija extramatrimonial de A, pero X y Y sí.

(18) Consideraciones tenidas en cuenta en Sentencia del 6 de julio de 1987, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Ospina Botero, Alberto.

6.1.5 Presunción de salario para fijar la cuota alimentaria del menor

Un derecho constitucional del menor, es sin duda el derecho a la alimentación, para que las personas obligadas a suministrar alimentos, no burlen esta disposición, pueden ser demandadas para proveerlos, y la dificultad en que se encontraría el demandante para solicitar la fijación de la cuota alimentaria de acuerdo con los ingresos del demandado, se soluciona con una presunción que establece el artículo 155 del Código del Menor: "Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el Juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.

6.2 Pruebas técnicas para probar o excluir la paternidad

Las pruebas biológicas, sin duda, facilitan la investigación o exclusión de la paternidad y evitan las molestias e inconvenientes que presentaría la utilización de otras pruebas, o la imposibilidad de demostrar hechos como las relaciones sexuales. Pruebas como las antropoheredobiológicas, o la prueba H.L.A., cumplen con el cometido que refiere el DR PARRA QUIJANO (19): "El niño generalmente es víctima de la inconciencia de los mayores, de ahí porque establecer su paternidad resulta de imperiosa necesidad, para responsabilizar al padre y evitar que sea el Estado o la madre quien atienda sus necesidades. El proceso será más pronto y efectivo con el empleo de las pruebas biológicas. El niño, ese ser humano con una lógica ajustada a sus necesidades y futuro ciudadano, merece todo esfuerzo, toda ductilización del proceso; para que se establezca quién es su padre".

Se sugiere por el mismo autor, que incluso la sola prueba biológica podría exonerar al marido de utilizar una prueba distinta para acreditar el adulterio, como lo señala el artículo 215 del Código Civil, pues una exclusión de paternidad con esta prueba, haría suponer el adulterio, interpretación ésta, que por lo demás, evitaría una recolección traumática de otros medios probatorios.

Es importante destacar que la Ley 75 de 1968 en el artículo 7, prevé que en todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad,

(19) Cfr. "La prueba pericial". *Tratado de la prueba judicial*. Tomo V. Ed. Librería del Profesional. Santafé de Bogotá, 1991, pp. 169 y ss.

el juez de oficio o a petición de parte decretará el examen del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características antroponobiológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará el análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos y fisiológicos e intelectuales transmisibles.

La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes será apreciada por el juez, como indicio, y con base en él podrá dictar sentencia.

7. LA IMPORTANCIA DE LA FAMILIA PARA LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

En reciente pronunciamiento (julio 17 de 1992), la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ se pronunció acerca del significado de la familia para el Estado, con ocasión de una acción en la que resultó muerta por la acción negligente de un miembro de la Policía Nacional, una persona inocente, en esta sentencia, se decide la petición de los hermanos de la víctima para obtener la indemnización por perjuicios morales. En esta ocasión, esta Corporación hizo las siguientes consideraciones: "En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que éstos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

"Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar **la protección integral de la familia**, núcleo fundamental de la sociedad, que 'se

constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla'. Y agrega que 'cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley, **los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes**' (Subrayas fuera del texto).

"La ley no ha definido taxativamente quienes integran la familia que goza de la especial protección del Estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

'En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse en el orden que sigue:

- 1°. Los descendientes legítimos;
- 2°. Los ascendientes legítimos;
- 3°. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes legítimos;
- 4°. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de los parientes de los números 1°, 2°. y 3°.;
- 5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de los parientes de los números 1°, 2°. y 4°.;
- 6°. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;
- 7°. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

Si la persona fuere casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos'.

“También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3°. *ibídem*, que reza:

‘La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución’.

ENSEÑANZA DEL DERECHO PROMOTORIO

“La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón encuentra para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestren la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que un daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor o aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, descendientes o colaterales.

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las razones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se han tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente.

En síntesis, la Sala tan sólo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido *lo normal* y de requerir la prueba de *lo anormal*. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuando existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien”.