

**ALCANCES LEGALES DEL RECONOCIMIENTO DE HIJOS
EXTRAMATRIAMONIALES MEDIANTE LAS FIGURAS DE
CONCILIACIÓN EN DERECHO Y JUSTICIA DE PAZ**

**ÁLVARO DE JESÚS BURITICÁ JURADO
MARIBEL ZAPATA AVENDAÑO**

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
MEDELLÍN
2008**

**ALCANCES LEGALES DEL RECONOCIMIENTO DE HIJOS
EXTRAMATRIAMONIALES MEDIANTE LAS FIGURAS DE
CONCILIACIÓN EN DERECHO Y JUSTICIA DE PAZ**

**ÁLVARO DE JESÚS BURITICÁ JURADO
MARIBEL ZAPATA AVENDAÑO**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado

**Asesor Temático:
RODRIGO CORREA RESTREPO
Especialista en Derecho de Familia**

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
MEDELLÍN
2008**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Asesor

Jurado

Jurado

Medellín, junio de 2008

RESUMEN

Desde la perspectiva de cuatro ejes temáticos, a saber: conciliación, justicia de paz, filiación (matrimonial y extramatrimonial) y confesión (en Derecho y extrajudicial), y además tomando en cuenta las respectivas normas, doctrina y jurisprudencia, se establecen los fundamentos conceptuales que sustentan la propuesta modificatoria del inciso primero ordinal 4º, artículo 1º de la Ley 75 de 1968, para que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales ante conciliadores en derecho y jueces de paz alcance la validez legal de la que carece hoy; lo anterior, proponiendo que la constancia de tal reconocimiento se considere en adelante como prueba válida para adelantar el trámite de filiación, con los naturales beneficios personales, sociales patrimoniales y sucesorales que esta condición representa para el interesado. La exposición se desarrolla desde un punto de vista novedoso frente a la temática. Se reconoce la norma según la cual el estado civil de las personas, por ser de orden público, no es conciliable; por tanto, la propuesta no se orienta a que se concilie en este sentido, y menos aún que con la sola confesión extrajudicial ante conciliadores o jueces de paz quede reconocido el hijo extramatrimonial; pero sí que dicha confesión se tenga como prueba eficaz, toda vez la ley dispone que el acta conciliatoria y la sentencia de paz constituyen cosa juzgada. Desde este punto de vista, con la modificación aquí planteada sobre validez de la prueba de confesión extrajudicial, se estaría dando un buen paso de avanzada en favor de la filiación legal de muchos menores; además, representaría un fuerte impacto social positivo en términos de facilidades de acceso a la justicia, igualdad de derechos, participación y democracia, valores todos estos enmarcados dentro del modelo de Estado Social y de Derecho que es Colombia.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. CONCEPTOS PRELIMINARES	9
1.1. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	9
1.1.1. Caracterización	9
1.1.2. Qué es el conflicto	9
1.1.3. Breve reseña histórica	12
1.1.4. Ventajas de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos	14
1.2. CONCILIACIÓN	17
1.2.1. Definición	17
1.2.2. Clases de conciliación	20
1.2.3. Naturaleza jurídica	22
1.2.4. Conciliación como requisito de procedibilidad	23
1.2.5. Efectos legales del acuerdo conciliatorio	27
1.2.6. Existencia y validez de la conciliación	31
1.3. LA JUSTICIA DE PAZ	32
1.3.1. ¿Qué es, en qué consiste?	32
1.3.2. Antecedentes históricos	35
1.3.3. Competencia de los jueces de paz	38
1.3.4. Procedimiento ante los jueces de paz	39
1.4. FILIACIÓN. RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	42
1.4.1. Etimología, concepto y definición del término	42
1.4.2. Generalidades sobre la noción	43
1.4.3. Reseña histórica	45

	pág.
1.4.3.1. La filiación en el Derecho Romano	45
1.4.3.2. La filiación en el Derecho Civil francés	48
1.4.3.3. En el Derecho colombiano	50
1.4.4. Clases de filiación	51
1.4.4.1. Filiación legítima	52
1.4.4.2. Filiación extramatrimonial	54
1.5. CONFESIÓN EN DERECHO	66
1.5.1. Definición	66
1.5.2. Modalidades	67
1.5.3. Características	68
1.5.4. Requisitos de validez	70
2. MARCO TEÓRICO	72
2.1. CONTENIDO, VALOR SOCIAL Y VALOR LEGAL DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	72
2.2. CONCILIACIÓN Y JUSTICIA DE PAZ COMO MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	81
2.3. CARACTERÍSTICAS, VENTAJAS Y FUNDAMENTOS LEGALES DE LOS MECANISMOS DE CONCILIACIÓN Y JUSTICIA DE PAZ	88
2.3.1. Características	88
2.3.1.1. Características de la conciliación	90
2.3.1.2. Características de la justicia de paz	93
2.3.2. Ventajas de los mecanismos de conciliación y de justicia de paz	98
2.3.2.1. Ventajas propias de la conciliación	98
2.3.2.2. Ventajas de la justicia de paz	100
2.3.3. Fundamentos legales de los mecanismos de conciliación y de justicia de paz	101
2.3.3.1. Fundamentos legales de la conciliación	101
2.3.3.2. Fundamentos legales de la justicia de paz	106

	pág.
2.4. LA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL DE PATERNIDAD: ALCANCES Y BENEFICIOS; SIGNIFICADO ACTUAL	107
2.5. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANAS EN TORNO AL TEMA DE ESTUDIO	110
2.5.1. Principales normas	110
2.5.2. Estudio jurisprudencial	110
2.5.2.1. Jurisprudencia sobre igualdad de los hijos y sobre filiación	112
2.5.2.2. Jurisprudencia sobre igualdad entre todos los hijos	117
2.5.2.3. Jurisprudencia sobre derechos de hijos extramatrimoniales	119
2.5.2.4. Jurisprudencia sobre posibilidad de reconocimiento de hijos extramatrimoniales ante instancias diferentes del juez	120
3. EVOLUCIÓN DEL TEMA EN DERECHO COMPARADO	122
3.1. FUNDAMENTOS BÁSICOS	122
3.2. LA FILIACIÓN EN LAS DIFERENTES LEGISLACIONES	126
3.2.1. Precisiones sobre filiación matrimonial	126
3.2.2. Filiación extramatrimonial	130
3.2.3. Reconocimiento de hijos extramatrimoniales	135
4. PROPUESTA	145
5. CONCLUSIONES	152
BIBLIOGRAFÍA	164

LISTA DE FIGURAS

	pág.
1. Esquema de la estructura del conflicto	11
2. Modalidades de la confesión	67
3. Factores involucrados en la solución pacífica de conflictos	73
4. Cultura de judicialización de los conflictos	76
5. Elementos esenciales de la transacción	89
6. Características del evento conciliatorio	93

INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a conocer los padres está constitucionalmente consagrado, y para los hijos nacidos fuera del matrimonio la materialización del mismo tiene como fin establecer la relación jurídica de filiación que les permita gozar de la igualdad legal y de los demás derechos que por su condición les corresponden. Lo anterior desde el criterio del natural beneficio intrínseco que para los hijos extramatrimoniales conlleva el reconocimiento por sus progenitores, habida cuenta de las discriminaciones legales y sociales aún hoy existentes en su contra, pese a que en los últimos tiempos ha venido cambiando esta posición, sobre todo a partir de la Ley 29 de 1982 que consagró la igualdad de derechos y deberes para los hijos sin tener en cuenta su origen, norma ésta que dio respuesta cabal a la unidad de todas las filiaciones, en virtud del principio de igualdad; además, en la actualidad se cuenta con instrumentos legales para hacer efectiva la filiación extramatrimonial con todas sus ventajas y beneficios para el reconocido. En este orden de ideas y con la mira puesta en favorecer a los menores y procurar la efectividad y prevalencia de sus derechos, precisamente el presente trabajo desarrolla fundamentos conceptuales para facilitar aún más el trámite legal del reconocimiento, proponiendo en este sentido que se tenga por válida al efecto la prueba allegada a través de acta conciliatoria o en audiencia ante juez de paz.

Lo anterior, considerando que establecer la filiación extramatrimonial debe y tiene que ser en todos los casos una cuestión prioritaria para el hijo, permitiéndole no sólo saber quiénes son sus padres, sino además acceder a los derechos y deberes propios de su condición de hijo. Todo lo cual, adicionalmente, coincide con el derecho de los menores a llevar sus apellidos

–en el marco del sistema internacional de derechos humanos previsto por la Convención sobre Derechos del Niño (art. 7, ns. 1, 2)–, al igual que con el mandato superior consagrado en el artículo 44 de la Carta Política vigente.

Lo antes expuesto se asume como soporte conceptual del tema objeto de estudio, referido concretamente a los alcances legales del reconocimiento de hijos en eventos de conciliación en Derecho o en audiencias ante jueces de paz, aún si el propósito de dichos eventos no era tal reconocimiento. Se pretende aquí sustentar la plena validez legal de la prueba así allegada, para lo cual el desarrollo de la temática tuvo en cuenta conceptos, jurisprudencia y normas que se adoptaron como base, a fin de establecer los fundamentos de la propuesta desde un principio concebida y formular conclusiones oportunas acerca de todo lo actuado.

De este modo, la exposición se lleva a cabo en cinco capítulos, cada uno de los cuales ofrece los planteamientos teóricos requeridos y permite observar el análisis e interpretación por parte de los autores; lo anterior, además, teniendo en cuenta que la intención no es repetir con mayor o menor acierto lo hasta ahora sabido acerca de los distintos temas, como sí reelaborarlo desde la propia perspectiva y hacerlo útil y efectivo como mediación para alcanzar los objetivos de investigación trazados.

Atendiendo a lo dicho, fue conformándose el cuerpo del trabajo a la luz de sus postulados iniciales en términos de justificación, problema, objetivos, hipótesis y metodología, aspectos cuyos contenidos se sintetizan a continuación:

Se estima justificada la investigación puesto que el resultado de la misma permitió plantear sobre sólidas bases conceptuales y formales, la modificación del artículo 1º de la Ley 75 de 1968, a su vez modificadorio del artículo 2º de la Ley 45 de 1936. Lo anterior, por cuanto las figuras de conciliación y de justicia

de paz aparecen hoy como instrumentos idóneos para la agilización de la justicia y para defensa de derechos constitucionalmente consagrados, entre los cuales el derecho de los menores a la filiación. Más aún, a través de la exposición se observan tanto la pertinencia como la eficacia de ambos mecanismos legales frente al tema.

Por lo demás, es innegable la gran cantidad de hijos extramatrimoniales nacidos en Colombia, muchos de los cuales nunca obtienen el reconocimiento del padre precisamente como resultado de la indiferencia y negligencia de éste y de su no intención de adelantar el proceso civil vigente. Frente a esta realidad, la constancia de prueba confesional o de reconocimiento en el acta conciliatoria o en la sentencia del juez de paz cobra especial relevancia, puesto que ambos documentos reflejan acuerdos entre las partes que –tratándose de hijos extramatrimoniales–, ante todo vendrían a revertir en beneficio de estos últimos, en la medida de poder contar con su filiación debidamente establecida y gozar de los respectivos beneficios.

Ahora, además de que la modificación propuesta revertiría directamente sobre los hijos concebidos fuera del matrimonio –y en ello radican las bondades de su impacto social–, también tendría beneficios en cuanto a celeridad de la justicia y ágil aplicación de la misma, y en efectos favorables de economía procesal y descongestión de despachos, por citar sólo algunas ventajas; todo esto coincidente con el propósito del mecanismo conciliatorio como instrumento idóneo para agilizar la actividad de los despachos judiciales.

También fue oportuno este estudio como ejercicio académico, en tanto con él se abre un espacio de investigación jurídica frente a un tema hasta ahora no abordado institucionalmente desde tal perspectiva, y porque sus contenidos reflejan la suficiente claridad y solidez como para superar la simple satisfacción de un requisito. Tanto es así que el estudio como tal y su exposición final, se

asumen como instrumento idóneo motivador del interés en torno al tema e inclusive como punto de partida hacia la profundización futura sobre el mismo, mediante aportes y desarrollos oportunos que contribuyan al esclarecimiento de una problemática de especial vigencia social, frente a la cual se esperan respuestas legales desde el punto de vista de los mecanismos extrajudiciales para la solución de conflictos. Lo dicho, además, considerando que mientras más amplias sean la investigación y la hermenéutica, mejores serán las bases para que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos favorezcan la realización eficaz del compromiso social consagrado por la Carta Política.

Ahora bien, no sobra destacar que la propuesta formulada es útil en y desde las perspectivas tanto individual como social y legal. Lo dicho, por tratarse de planteamientos lógicos y bien sustentados, mediante los cuales se facilita el acercamiento a las figuras de conciliación y justicia de paz como instrumentos válidos para facilitar el trámite de filiación de hijos extramatrimoniales. Y adicionalmente, toda vez que los contenidos expuestos son practicables y comprensibles por y para quienes en determinado momento deban afrontar eventos de reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio.

Finalmente, estamos convencidos de la validez investigativa del presente estudio ya que su despliegue nos permitió ahondar en un tema de especial importancia, cual es el de la confesión extrajudicial de paternidad y los alcances de la misma en beneficio de los directamente interesados y de la sociedad. Esto último, bajo el criterio de que el Derecho debe mirarse tanto desde su perspectiva legal como desde sus favorables repercusiones sociales, condición que asumimos como garante de un acertado desempeño profesional futuro.

Los planteamientos precedentes fueron en su momento el eje conceptual de la búsqueda temática y de su análisis e interpretación. Por lo demás, atendiendo a

su intencionalidad finalística, el estudio aportó fundamentos conceptuales básicos y una visión clara sobre el tema y el problema, a partir de una realidad evidente en nuestro medio, a la cual es posible ofrecer respuestas válidas desde el interior de los mecanismos de conciliación y justicia de paz. Sobre el particular, los referentes conceptuales y de análisis permitieron aportar elementos de juicio ponderado representativos de la aprehensión de los autores, interesados en mostrar la realidad y en plantear una propuesta concreta frente al problema, sin apartarnos de las previsiones constitucionales y legales pertinentes. De hecho, tal propuesta fue y es el propósito prioritario del estudio, y es precisamente en torno a aquélla que se justifica y valida éste, habiéndose adoptado al efecto los deseables conceptos, interpretaciones, argumentos y criterios, para dar significación real al estudio y desarrollar los contenidos que dan cuerpo a la exposición.

Respecto del problema objeto de estudio, se origina éste en el artículo 1º de la Ley 75 de 1968, que consagran los requisitos para el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, sin tener en cuenta la posibilidad de la prueba confesional en evento extrajudicial de conciliación en Derecho o audiencia ante juez de paz; prueba ésta que, en caso de ser aceptada como tal, representaría consecuencias favorables para el menor, tanto en el plano estrictamente legal de la filiación, permitiendo hacerla efectiva en el menor tiempo posible, como en cuanto al goce de derechos fundamentales y ventajas concretas que corresponden al hijo nacido fuera del matrimonio pero reconocido como tal por el padre.

Consagradas por la Carta Política actual las figuras de conciliación y justicia de paz (arts. 116 y 247), ambas cuentan con el desarrollo legal correspondiente (Leyes 640 de 2001 y 497 de 1999 respectivamente). Pero asimismo es cierto que los citados mecanismos de solución de conflictos han sido objeto de polémicas, planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, estudios y debates,

sobre todo porque pese a la normatividad existente no se ha logrado su implantación definitiva ni tampoco la deseable concientización entre la ciudadanía, aunque no se desconocen avances en uno y otro sentido. Tampoco puede desconocerse como factor negativo, que con posterioridad al mandato superior vigente, el desarrollo legal de estas dos figuras se materializó luego de diez años en el caso de la conciliación y ocho años respecto de la justicia de paz, la que a su vez entró tímidamente en vigencia sólo a partir de 2002. Hasta entonces no existía en estas materias un estatuto básico reglamentario del respectivo procedimiento, disponiéndose sólo de algunas normatividades aplicables a la conciliación (Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998, Decreto 1118 de 1998), donde no se abordaban los múltiples aspectos que en definitiva contempló Ley 640 de 2001. Entonces, es claro que por tratarse de mecanismos recientes no se han generalizado por completo e inclusive hay quienes dudan de su efectividad y eficacia; pero también es cierto que hallándose consagrada la conciliación como requisito de procedibilidad, se ha logrado poner fin a muchos eventos litigiosos sin recurrir a la justicia formal; desde este punto de vista, se considera viable otorgar valor probatorio pleno a la confesión extrajudicial de paternidad en eventos conciliatorios, ya que haciéndolo también se obtendrían ventajas en economía procesal, facilidad de acceso a la justicia y agilidad en su aplicación, etc., más todavía si se tiene en cuenta que hasta los propios notarios están facultados para conciliar y que ante ellos se hace reconocimiento de hijos extramatrimoniales mediante escritura pública, testamento, suscripción de registro civil.

Atendiendo a lo expuesto, el problema de investigación se sintetiza en dos cuestionamientos jalonadores de la secuencia investigativa y a los cuales se da respuesta en el transcurso de la exposición. Dichos interrogantes son:

- 1) ¿Cuál es el alcance de la confesión extrajudicial, y cuál concretamente en eventos de conciliación o ante juez de paz respecto de la filiación de hijos nacidos fuera del matrimonio?

2) Desde una posición debidamente sustentada, ¿es viable, sí o no, que dicha confesión llegue a tenerse como plena prueba para adelantar ágilmente el trámite legal de reconocimiento?

En coincidencia con lo dicho, el objetivo general de investigación se puntualiza así: *“Proponer la modificación del inciso primero ordinal 4º, del artículo 1º de la Ley 75 de 1968, con el fin de que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales ante conciliadores en derecho y jueces de paz alcance la validez legal de la cual carece actualmente”*. Objetivo éste para cuya satisfacción se tuvieron en cuenta los objetivos específicos y un desarrollo temático coherente con la intención básica.

En cuanto a metodología, se realizó un trabajo estrictamente teórico a partir de bibliografía, fuentes cibergráficas, documentos, doctrina y jurisprudencia, de enfoque expositivo, descriptivo y cualitativo; con base en ello se aunaron los fundamentos conceptuales para el estudio, análisis y valoración objetiva de lo actuado, a fin de plantear la propuesta sobre sólidas bases de mérito y validez desde la perspectiva de los alcances probatorios de la confesión de parte ante jueces de paz o ante conciliadores, respecto de la paternidad de hijo extramatrimonial. Lo anterior teniendo también en cuenta la perspectiva del Derecho Comparado, factor fundamental y como tal considerado para plantear la propuesta.

Hasta aquí una síntesis de los criterios sobre los cuales se apoya el estudio; su abordaje y desarrollo permitió desplegar una secuencia expositiva en cinco capítulos, independientes entre sí por sus contenidos, pero todos ellos orientados al propósito general de llevar a término la investigación como tal, redactar la exposición, satisfacer objetivos y responder a la hipótesis inicial. La estructuración formal fue dándose con los avances del proceso, hasta conformar el cuerpo material del documento conforme al siguiente detalle:

- Primer capítulo: presenta los conceptos preliminares que sustentan el estudio; así las cosas, se establecen en este ítem las nociones correspondientes a Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos), conciliación, justicia de paz, filiación y confesión en Derecho, incursionando en aspectos prioritarios y específicos de cada una de las figuras referidas.

- Segundo capítulo: marco conceptual, donde se adelanta el estudio pormenorizado de cada uno de los ejes temáticos, desde las perspectivas doctrinal, normativa y jurisprudencial, y teniendo además en cuenta el análisis e interpretación de contenidos; también se incluye en este capítulo el estudio jurisprudencial sobre filiación extramatrimonial, a partir del cual se observa la posición de la Corte Constitucional frente al tema.

- Tercer capítulo: en forma sistemática sus contenidos presentan un estudio de Derecho Comparado sobre el tema de la filiación en las legislaciones chilena, peruana, venezolana, argentina, española y colombiana, para destacar diferencias y/o semejanzas apreciables entre las respectivas normatividades.

- Capítulo cuarto: materializa la propuesta contemplada desde el comienzo como intención básica del estudio realizado. La exposición ofrece en este ítem planteamientos oportunos y concretos, provenientes del análisis conceptual sobre los diferentes temas tratados; a partir de tales fundamentos, se establece al final, como consecuencia lógica, la modificación del artículo 1º de la Ley 75 de 1968.

- Quinto y último capítulo: ofrece las conclusiones, en cuyo despliegue se advierte la deseable comprensión y aprehensión temática por parte de los autores del estudio.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

1.1. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.1.1. Caracterización. El punto de partida lo es aquí la noción de conflicto, entendido como realidad individual y social representativa del enfrentamiento entre dos o más personas, por razones diversas que van desde lo estrictamente personal hasta situaciones de tipo laboral, conceptual, económico, etc.; todo lo cual da lugar a choque de intereses, valores, acciones, pensamientos, intencionalidades u orientaciones, con imprevisibles consecuencias para las partes involucradas. Frente a situaciones como estas se requieren respuestas válidas y oportunas para afrontar la problemática, a través de eventos negociados que se tramitan con la mayor armonía posible, para facilitar y favorecer la convivencia social y el buen entendimiento entre los intervinientes. Tales respuestas se materializan en los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, instrumentos idóneos en la medida en que brindan la posibilidad real de abordar la situación conflictual desde criterios civilistas, con objetividad y en igualdad de condiciones para las partes. Visto lo anterior se estima oportuno a continuación definir el conflicto.

1.1.2. Qué es el conflicto. Se entiende como tal toda manifestación de actitud agresiva violatoria del derecho de otro, o por la cual ese otro estima que sus derechos están siendo violentados o menoscabados; dicha actitud se hace evidente en acciones consistentes en obligar a hacer cosas justamente prohibidas, en negar algo justamente exigible o en no permitir una cosa que el otro tiene derecho de hacer o no hacer.

Todo conflicto se presenta entre individuos o grupos con distintos intereses, que entran en contraposición por el mutuo desacuerdo frente a un mismo hecho o evento; de ahí generalmente surge la discusión, donde cada parte intenta siempre demostrar que tiene la razón y trata de vencer a la otra, perdiéndose así en muchos casos la oportunidad de encontrar una alternativa que favorezca a ambas partes. De este modo, para solucionar la confrontación las partes optan por una de dos vías: la negociación o la violencia. En el primero de los casos, propio para allanar pacíficamente los conflictos, las partes por sí mismas buscan una salida haciendo uso de la transacción. De otra parte, es claro que independientemente del tipo de conflicto, de la motivación y de las pretensiones de las partes, asiste al Estado el deber de garantizar y proteger el acceso de toda persona a la administración de justicia y a las instancias y mecanismos legalmente facultados para abocar la situación conflictiva y las eventuales soluciones a la misma.

Ahora bien, precisamente de la definición misma de conflicto surgen los diversos factores susceptibles de originarlo, entre los cuales incompatibilidad de caracteres y/o criterios, disparidad en los comportamientos, necesidades no satisfechas, e inclusive factores estructurales propios del sistema en cuyo interior se inserta la persona, afectándola de modo negativo en su desempeño individual y hasta en sus procesos de relacionamiento y socialización. Además, debe tenerse en cuenta que el conflicto ofrece múltiples expresiones externas, que van desde la amenaza –bien sea directa o sutil– hasta la violencia generalizada, y que puede ser “... *agresivo o no agresivo, engendrando el primero, violencia, y el segundo, distanciamiento entre las partes ...*”¹.

Más aún, a efectos de actuar en forma eficaz frente situaciones conflictivas a través de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, no pueden

¹ HOYOS BOTERO, Consuelo. *La conciliación. Un modelo bio-ético hermenéutico*. Medellín: Señal Editora. 2001, p. 21.

adoptarse posiciones polarizadas ni tomar inconsultamente partido en favor de cualquiera de las partes. Por el contrario, se requiere ahondar en los diversos factores que facilitan la identificación y caracterización del conflicto y de los hechos a éste asociados, a partir de criterios como los siguientes:

- Debe escucharse con detenimiento la versión de las partes.
- Es necesario determinar el origen, causas y circunstancias de los hechos.
- Se requiere priorizar sobre necesidades, intereses y percepciones de las partes.
- En algunas ocasiones se describen hechos no reales, como resultado de una comunicación errónea, los cuales deben descartarse para no ahondar en lo innecesario.
- Deben preverse eventuales consecuencias resultantes de la solución dada al conflicto.
- Partes y mediador, conjuntamente, deben verificar y redefinir el conflicto.

Una vez adoptados y aplicados los planteamientos precedentes se establece la estructura conflictual básica, adoptando como marco referencial una conceptualización que se presenta a manera de triángulo en cuyos vértices se sitúa el correspondiente elemento, tal como se observa en la siguiente figura ²:



Figura 1. Esquema de la estructura del conflicto.

² Modelo diseñado por Calle & Velasco. Abogados Consultores. Medellín. 2002.

Con base en ello se analiza objetivamente la situación, para situar los diversos factores conflictuales dentro del esquema y abordarlos con eficacia, condición que permitirá afrontar el problema y formular soluciones desde su interior.

1.1.3. Breve reseña histórica. En el ámbito universal la institucionalización legal de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos se dio ante todo con el fin de abrir espacios nuevos y novedosos para allanar conflictos desde una perspectiva diferente, de tipo extralegal, básicamente desde el referente de la mediación y del significado sociocultural a ésta otorgado. Pero la existencia y aplicación de dichos Mecanismos hunde sus raíces en el pasado histórico; desde tiempos remotos el arreglo de disputas se sometía a los procedimientos de mediación y arbitraje, usuales en la Antigüedad y la Edad Media; más aún, en la época romana existieron dos figuras arbitrales: *receptum arbitrio* y *arbitrum bonum vir*, y ya en el medioevo no sólo se solucionaron conflictos con intervención de los pontífices, sino que además se recurría a la mediación y el arbitraje para resolver disputas por el comercio marítimo de mercancías. En la Modernidad los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos sitúan su origen en el llamado acuerdo Jay Treaty de 1794, celebrado entre Estados Unidos y Gran Bretaña para resolver pacíficamente sus conflictos y diferencias luego de las guerras de la Revolución Americana. Más adelante, en 1899 la Convención de La Haya para el Arreglo Pacífico de Disputas Internacionales, motivó una tercera etapa en el desarrollo de estos mecanismos, estableciendo con tal propósito las figuras de la mediación y de los buenos oficios.

Ahora, si bien es cierto que la figura del mediador ha existido siempre, como se le concibe hoy empezó a manifestarse y generalizarse sobre todo en la segunda década del siglo pasado, inicialmente en Estados Unidos, donde apareció con cierto auge y fue alcanzando particular validez como posibilidad auténtica de respuesta frente a la creciente preocupación social sobre el conflicto y la problemática en éste involucrada. Las primeras consideraciones

al respecto se plantearon desde la figura del diálogo, visto y asumido como factor insustituible; pero pronto se notaron dificultades para su aplicación, sobre todo porque no siempre los dialogantes mostraban la aptitud requerida al efecto y la deseable disposición personal, razón por la cual muchas veces se restringían las expectativas de un resultado positivo mediante el diálogo interpartes.

Así las cosas, se estimó conveniente hacer a un tercero partícipe activo en el evento, en calidad de mediador, encargado de motivar entre las partes nuevas actitudes y posiciones frente a su conflicto. La actividad del mediador empezó a entenderse entonces básicamente como una negociación motivada por él como líder capaz de conducir al logro de un objetivo y de interpretar y conciliar intereses dispares, desde la perspectiva de que *“El liderazgo implica una constante negociación entre los diferentes factores de poder”*³; y que en despliegue de la misma el proceso debía orientarse hacia soluciones siempre generadas por las partes, no por él. El procedimiento así visto conlleva el acercamiento de voluntades para el entendimiento mutuo entre los intervinientes, atendiendo también a que además del acuerdo como tal en lo personal, éste tiene efectos jurídicos puesto que en adelante será ley entre las partes y representará para ambas cosa juzgada que habrá de acatarse incondicionalmente.

Lo hasta aquí expuesto refleja el sentido e intencionalidad de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, en la actualidad aplicados en muchos países y frente a diversas situaciones conflictivas cuya solución es susceptible de trámite extralegal. Vale inclusive destacar que en nuestro medio algunos eventos judiciales no pueden adelantarse sin haber antes agotado este requisito

³ BRECCIAROLI, Andrea Celeste. *Análisis de técnicas de negociación y resolución de conflictos*. Buenos Aires. 2003. En: www.monografias.com

de procedibilidad. Todo ello atendiendo al criterio de que la resolución alternativa de conflictos debe entenderse como

*“... **resolución adecuada** de las disputas, porque ya es hora de que deje de ser un camino alternativo y constituya la principal manera de resolver las disputas de carácter judicial, comercial o social. Los abogados, la gente de negocios y otros profesionales, reconocerán cada vez más la necesidad de contar con el instrumento adecuado para dirimir cada disputa, y sus clientes se lo exigirán”⁴.*

La mediación orientada a resolver conflictos opera válidamente en eventos de arbitraje, “minijucios”, conciliación y algunos más que no involucran intervención judicial. La conciliación debe y tiene que desarrollarse a la luz de la mediación, sin omitir lo antes dicho sobre los efectos jurídicos derivables del acta que las partes suscriben voluntariamente y a la cual se adhieren sin restricciones.

1.1.4. Ventajas de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Debe destacarse que en nuestro medio esta modalidad representa jurídicamente una posición de avanzada en el contexto extralegal, y que su uso muestra apreciables resultados particularmente desde su reglamentación legal en virtud de la Ley 640 de 2001 (antes se tenían las Leyes 23 de 1991 y 446 de 1998, y el Decreto 1118 de 1998). Mediante su implementación a través de estamentos debidamente autorizados, en el transcurso de su vigencia se ha dado una buena respuesta a las expectativas ciudadanas de justicia, máxime teniendo en cuenta que no pocas veces las personas en verdad quieren resolver conflictos pero temen someterse a las dificultades inherentes a largos y onerosos procesos judiciales. Mejor aún, los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos aportan a los interesados facilidades para acceder a la justicia extraprocesalmente y pudiera decirse que sin obstáculos; condición a su vez muy favorable tanto en aras de la gradual consolidación del Estado de

⁴ ACLAND, Andrew Floyer. *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones* (trad. Beatriz Florez) (Col. Paidós Empresa). Barcelona: PAIDÓS. 1993, p. 34.

Derecho, como también –entre otras ventajas– para motivar la credibilidad en las instituciones de justicia, aminorar en parte ciertos factores de impunidad y, muy especialmente, para promover el acceso de grandes sectores poblacionales a una modalidad de justicia legítima acorde con sus intereses, capacidades y recursos, que viene contribuyendo a disminuir los índices de violencia por las vías de hecho y la opresión por parte del más fuerte y capaz de hacer “justicia” por sí mismo.

Lo dicho, por cuanto los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos son mecanismos jurídicos al alcance de las instituciones, de la sociedad civil y del propio Estado, para resolver extrajudicialmente conflictos susceptibles de transarse sin trámite judicial, en un deseable marco de principios y valores como diálogo, convivencia pacífica, equidad e igualdad, tolerancia y similares. El propósito no es otro que omitir al máximo el interés litigioso que nos caracteriza, enfatizando sobre la evolución del pensamiento jurídico contemporáneo, permitiendo así el despliegue de una cultura racional del conflicto que da cabida al diálogo en igualdad de condiciones, al respeto mutuo, a la tolerancia y a la solidaridad, en orden a lograr soluciones concertadas frente al problema objeto de trámite.

En este orden de ideas, cuando de resolver conflictos se trata no sobra destacar con especial énfasis las ventajas de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos frente al proceso judicial, máxime teniendo en cuenta que este último es una modalidad muy costosa, “... además de producir un desgaste físico y psicológico de quienes intervienen en él, lo que sin duda, en mayor o menor grado, altera la vida personal y las actividades cotidianas”⁵.

⁵ COLOMBIA. Ministerio de Justicia. *La conciliación*. Santa Fe de Bogotá. Imprenta Nacional. 1992, p. 13.

En nuestro medio hay quienes sostienen que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos tienen ante todo utilidad práctica y que “... *su sentido real es descongestionar los juzgados simplemente*”⁶. Pero lo cierto es que dichos mecanismos no pueden ni deben asumirse bajo este criterio exclusivo; por el contrario, se observa que en la medida en que acercan a la ciudadanía a nuevas y sencillas formas de acceder a la justicia, todos ellos representan una posibilidad real de hacer efectivos los principios consagrados en la Carta Política y de propender por la conformación de una sociedad más justa, libre, humana y esperanzadora para todos. El propósito no es en modo alguno desconocer la importancia de la acción judicial y de la jurisdicción pública, pero sí lograr que en acatamiento al principio de “relevancia judicial” se acuda a tales instancias sólo en eventos cuya importancia social y jurídica así lo amerite; en otras palabras, la idea es recurrir a la justicia formal sólo como opción preferiblemente viable cuando se han agotado las instancias extrajudiciales.

De otra parte, desde la perspectiva comunitaria es evidente que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos no pueden concebirse exclusivamente bajo la óptica de interpretación y aplicación de los principios de institucionalidad estatal, porque haciéndolo se minimizaría la posibilidad de construir alternativas de justicia participativa a nivel local y social e impidiendo a las comunidades la conformación de espacios de interacción entre sus miembros y el despliegue de instrumentos apropiados para el manejo extrajudicial de ciertos conflictos que pueden resolverse desde el interior de los grupos o por los propios involucrados. Lo dicho significa, por ejemplo, que si la conciliación o la justicia de paz se asumieran como práctica estrictamente jurídica perderían ambas su verdadero propósito, al insertarse en un contexto legal ajeno a su intencionalidad, donde los conflictos sociales sólo se tramitan

⁶ BOLAÑOS MUÑOZ, José H. *La conciliación. Una alternativa para la paz*. Cali. Artes Gráficas del Valle. 2002, p. 49. En: ROMERO DÍAZ, Héctor J. *La conciliación judicial y extrajudicial. Su aplicación en el Derecho colombiano*. Bogotá. LEGIS. 2006, p. 7.

bajo el modelo tradicional a través de jueces y magistrados o bajo posiciones a ultranza que a veces son causa directa o indirecta de los mismos, y sin la decisiva participación de los interesados.

Por oposición a esto último, el ideal es lograr que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos se muestren como una realidad viva, capaz de realizarse en su propio ámbito y lejos de la natural rigidez de la normatividad, aunque rescatando de ésta sus elementos pertinentes y aplicables. Lo dicho atendiendo a que –aunque no con carácter excluyente o prioritario– en todo caso las disposiciones legales tienen vigencia respecto de dichos mecanismos, ya que la eventual solución de los conflictos requiere necesariamente un fundamento que de hecho y por sí mismos no pueden aportarlo directamente los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Por lo demás, debe hacerse hincapié en que la aplicación de los mecanismos y la construcción de espacios por ellos generados debe darse al interior de un determinado contexto social, toda vez que se trata de aspectos “... *procesuales y vinculados inexorablemente a una dinámica social, donde dichas prácticas establezcan planos de significación construyendo a su vez un orden representacional*”⁷.

1.2. CONCILIACIÓN

1.2.1. Definición. Conciliar es concertar o lograr acuerdo entre dos o más partes, sean ellas personas naturales o jurídicas, enfrentadas entre sí a raíz de un conflicto o controversia de intereses individuales; las diferencias se dirimen a través de un evento de transacción alternativo al proceso judicial y cuyo resultado se materializa en un compromiso de contenido lícito, equitativo y

⁷ PUENTES TORRADO, Jaime Enrique. *De un Derecho alternativo a la alternatividad en el Derecho. Una propuesta de acción participativa*. En: *Revista Temas socio-jurídicos* (Vol. 17), 37 (diciembre 1999), p. 18.

de mutuo beneficio, con la mediación de un tercero neutral y calificado, a quien se denomina conciliador, y sin necesidad de acudir al proceso judicial. La definición así propuesta se estructura en función de tres elementos, a saber:

- Elemento subjetivo: señala la relación entre los protagonistas del trámite conciliatorio, esto es, las partes en conflicto quienes deben gozar de capacidad para conciliar y estar dispuestas a hacerlo.
- Elemento objetivo: determinado por la disputa cuya solución se pretende, la cual debe ser susceptible de transacción.
- Elemento metodológico: se traduce en el trámite conciliatorio propiamente dicho orientado por el conciliador, como facilitador del diálogo entre las partes con fundamentos en el abordaje sistemático y estratégico de la situación, a fin de optimizar los resultados ⁸.

Conciliar es también una disposición susceptible de ser motivada, con el fin de retornar a la sociedad y a sus miembros la capacidad de resolver conflictos en el ambiente mismo del contexto social, lejos de la judicialidad. El proceso como tal es apto para allanar dificultades en la medida en que poco a poco se descubren oportunidades y caminos cada vez más humanos, condición que a su vez revierte favorablemente sobre la calidad de vida de quienes son parte del evento. El diálogo representa en estos casos la forma expedita de expresión capaz de favorecer el entendimiento mutuo, facilitándose de este modo la convivencia y la personalización.

Lo anterior gracias al reconocimiento del conflicto con ayuda del conciliador, encargado de *“... presentar fórmulas para que las partes se avengan a lograr*

⁸ Cfr. *Reconciliar. Difusión e implementación de una cultura de conciliación*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. En: <http://www.documentosyotros.com> (Consulta en: 26-02-05).

la solución del conflicto, y a presenciar y registrar el acuerdo a que han llegado éstas ...”⁹; además de enfatizar sobre el aspecto social del problema y los beneficios de su solución, también pone énfasis de manifiesto los aspectos concretos de Derecho involucrados en el proceso, motivando en todo momento actitudes participativas y democráticas, en el caso colombiano representativas de la nueva sociedad constitucionalmente promovida a través del modelo de Estado Social, democrático y de Derecho que nuestra Carta Política consagra. Si bien la figura conciliatoria no se aparta intencionalmente de los fines generales del Derecho, su propósito esencial puede entenderse en un horizonte más allá de lo estrictamente jurídico, puesto que sin desconocer la normatividad legal su intencionalidad sobrepasa este ámbito concreto, en la medida en que intenta modificar la actitud general frente al conflicto pretendiendo que las gentes sean capaces de afrontar éste sin violencia y sin recurrir a la fuerza. Todo ello supone una secuencia formativa por etapas, condición que precisamente permite caracterizar la conciliación como proceso pedagógico de maduración hacia la convivencia social y política pacífica.

La conciliación forma parte de la hoy llamada justicia alternativa, cuyo origen inmediato involucra la imposibilidad del Estado para ejercer el monopolio de la justicia y el Derecho, puesto que a pesar de ser “... *el modo de derecho estatal la juridicidad del dominante, él coexiste en la sociedad con otros modos de juridicidad, otros derechos que se articulan con él en diversas formas*”¹⁰. Debe mirarse como un método autocompositivo y como acto voluntario de las partes, donde un tercero imparcial, neutral y ajeno al conflicto, ayuda a los involucrados a identificar sus diferencias y con su mediación busca el acuerdo entre ellos sin menoscabo de los intereses de cada uno. Aunque promovida por el conciliador, la solución debe provenir de los propios involucrados, y se concretiza en el acta

⁹ ROMERO DÍAZ, Héctor J. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁰ DE SOUZA SANTOS, Boaventura. *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores. 1998, p. 212. En: ROMERO DÍAZ, Héctor J. *Op. cit.*, p. 13.

conciliatoria suscrita por aquéllos y éste; el documento tiene valor legal de cosa juzgada, toda vez que el conciliador está legalmente facultado al efecto.

En Colombia está legalmente consagrada la conciliación como mecanismo alternativo para administrar justicia desde la perspectiva del criterio pacifista aplicable a la solución de conflictos de origen diverso y específico en una sociedad; además, es vista y entendida como estrategia para descongestionar despachos judiciales, en procura de mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia ¹¹. Respecto de la misma se empezó a normatizar a partir de la Carta Política actual, siguiendo un proceso legislativo que culminó con la expedición de la Ley 640 del 5 de enero de 2001, vigente desde la misma fecha de 2002, modificatoria de normas precedentes en materia conciliatoria y por la cual se establecen otras disposiciones pertinentes. Pero es claro que aún tratándose de un mecanismo legal, resulta prioritario ver la conciliación desde una perspectiva más amplia, enfatizando en sus alcances como instrumento que involucra una filosofía que da cabida a nuevas actitudes y a valores como tolerancia, respeto y auténtico sentido de amor hacia el ser humano. En este sentido se observa que el evento conciliatorio involucra por igual dos factores prioritarios, a saber: el reconocimiento de sí mismo como persona y del otro como otro “yo”, procurando y motivando el natural respeto por la diferencia y la valoración equitativa de las posiciones propia y ajena. Precisamente este marco general es el fundamento para que nunca una conciliación bien llevada muestre al final vencedores o vencidos, porque gracias a la equidad contemplada y a la transacción entre las partes siempre ambas se verán por igual favorecidas y representadas en el acuerdo final.

1.2.2. Clases de conciliación. El artículo 64 de la Ley 446 de 1998 define la conciliación como “... *mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con*

¹¹ Cfr. COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-160/99*, Magistrado Ponente doctor

la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador". El artículo 67 *ibídem* distingue entre conciliación judicial y extrajudicial: la primera es parte de un proceso judicial, mientras que la segunda tiene lugar antes de un proceso tal o en forma paralela al mismo. La conciliación extrajudicial puede ser institucional, administrativa o en equidad, según la instancia ante la cual se tramite, es decir: centros de conciliación, autoridad administrativa o conciliador en equidad, modalidad esta última bajo la cual se caracteriza por ser gratuita, ágil e informal; además, puede adelantarse conciliación extrajudicial ante autoridades jurisdiccionales al efecto facultadas, sin previa iniciación de proceso judicial.

Concretamente en materia de familia la conciliación puede ser judicial y extrajudicial, cada una con sus respectivas características antes enunciadas. Como aspectos destacables de la misma se tienen: a) La modalidad extrajudicial es ante todo preventiva y voluntaria, o se da como alternativa de solución al engorroso trámite de un proceso ya iniciado; para hacerla efectiva se acude a un centro de conciliación o al Defensor de Familia, y de esta actuación se levanta un acta para presentar al juez, quien deberá darle el curso legal previsto. b) La modalidad judicial opera dentro del proceso, es instancia obligatoria si se trata de pretensiones transables y su ausencia da lugar a nulidad procesal; en presencia de esta eventualidad el juez deja de ser juzgador y se convierte en conciliador que procura el avenimiento entre las partes. c) La modalidad prejudicial puede tramitarse ante centro de conciliación, Defensor de Familia, inspectores, estudiantes de Derecho, alcaldes, etc.; su propósito es servir de "filtro" procesal procurando que no todos los conflictos lleguen a despacho judicial, sino que lo hagan sólo aquellos no resueltos directamente ¹².

¹² Cfr. *Clases de conciliación en materia de Derecho de Familia*. En: <http://comunidad.derecho.org/tuliabarrozo/mcf06.html> (Consulta en 10/02/05).

Sobre el tema de las clases de conciliación resulta ilustrativo el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional, tomado de la Sentencia C-893 de 2001:

“La conciliación [...] puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del Derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal”.

1.2.3. Naturaleza jurídica. No obstante asumirse la conciliación ante todo como mecanismo extrajudicial –cuyo fundamento constitucional deviene básicamente del inciso cuarto, artículo 116 de la Carta Política–, también puede este mecanismo darse judicialmente, razón por la cual goza de naturaleza concreta en este ámbito. Desde una perspectiva amplia, desde el punto de vista jurídico el evento conciliatorio se entiende como un acto de poder para el juzgador (cuando es judicial) y como un derecho dispositivo a voluntad de las partes (en evento extrajudicial).

Sobre el tema el tratadista Couture ¹³ señala que el criterio terminológico incide sobre la comprensión del mecanismo; de ahí –según él– la importancia de establecer con claridad si la conciliación es un acto procesal, o si es sólo unificación de voluntades entre los intervinientes mediante un evento que permite renuncias, desistimiento y hasta la transacción como tal. Señala también el autor que una cosa es la naturaleza del acto conciliatorio y otra distinta el acto resultante del mismo, susceptible éste de variadas connotaciones a voluntad de las partes: transacción, desistimiento sin

¹³ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil (t. I)*. Buenos Aires: DEPALMA. 1979, p. 229.

costas, conciliación estricta, etc.; y enfatiza que la señalada diferenciación terminológica es válida respecto de la conciliación preprocesal, de la que es parte del proceso y de aquella reglamentada como facultad exclusiva del órgano judicial. Dice también Couture que la conciliación impuesta como etapa previa al proceso es preventiva, condición tendiente a caracterizarla como proceso autónomo siempre y cuando logre el objetivo previsto; así, señala él, podría confirmarse la existencia de un proceso conciliatorio independiente, donde intervienen las partes, actúa el conciliador como instancia intermediaria y pacificadora, y el resultado final recoge y avala el interés de sus protagonistas.

Ahora bien, en cuanto a eventos conciliatorios de tipo judicial en materia de familia puede afirmarse que su naturaleza es procesalista. Lo dicho, entendiéndose que por tratarse de una etapa del proceso “... *las normas que la consagran deben considerarse procesales y por tanto, de orden público. De obligatorio cumplimiento para las partes y el juez, y como consecuencia de ello serán de naturaleza pública*”¹⁴.

1.2.4. Conciliación como requisito de procedibilidad. En algunos casos aplica este requisito, en otros no. Así pues, no se requiere conciliación extrajudicial en Derecho cuando se trata de materias legalmente no transables ni desistibles (art. 19, Ley 640 de 2001); en estas oportunidades la conciliación no es presupuesto procesal para iniciar el proceso ni tampoco puede llevarse a cabo dentro del mismo puesto que de hacerlo acarrearía nulidad de lo actuado.

Según el artículo 35 de la citada Ley 640, conciliar extrajudicialmente en Derecho en los asuntos pertinentes, es requisito inexcusable de procedibilidad previo al trámite ante las jurisdicciones civil, administrativa, laboral y de

¹⁴ <http://comunidad.derecho.org> (Consulta en: 20/05/06).

familia ¹⁵ (Nota: en materia laboral el requisito de procedibilidad fue declarado inconstitucional mediante Sentencia C-893 de 2001, Corte Constitucional). Debe destacarse que la aplicación de este mecanismo amerita siempre estudio a fondo sobre su viabilidad, sobre todo si se tiene en cuenta que “... el Decreto 2282 de 1989 consagró la ausencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y de fijación del litigio, para los procesos ordinarios y abreviados, salvo los que la misma norma prohíbe en concreto”¹⁶.

Más adelante el Decreto 2651 de 1991 dispuso aplicar la conciliación a todos los procesos, excepto los no transables o en los que un curador *ad litem* representara a alguna de las partes; el artículo 65 de la Ley 446 de 1998, por su parte, adoptó como propia la disposición precedente al señalar que la conciliación procede para todo asunto transable, desistible y en aquellos que expresamente determine la ley.

Las normas sobre conciliación como requisito de procedibilidad están previstas para las distintas materias, desde los ámbitos civil y penal en general hasta para los casos concretos en materia ambiental, por ejemplo, e incluyen además lo relativo a conciliación en equidad. En el ámbito civil, el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 señala que si el conflicto es conciliable, la conciliación extrajudicial en Derecho deberá intentarse y agotarse antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos tramitables por procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios. Al efecto, mediante Resoluciones 198 de 27 de febrero de 2002 (vigente desde el 31 de marzo del mismo año) y 841 del 26 de septiembre del mismo año, el Ministerio del Interior y de Justicia ordenó hacer efectivo para todos los distritos judiciales del país el requisito de procedibilidad en materia civil.

¹⁵ Cfr. http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=10 (Consulta en: 17/04/06)

¹⁶ ROMERO DÍAZ, Héctor J. *Op. cit.*, p. 122.

En materia de familia –donde se inscribe como es apenas lógico el tema de la filiación– la conciliación extrajudicial entendida ante todo como posibilidad de “reconciliar”, propósito al cual deberá orientarse prioritariamente la participación del conciliador, está consagrada en las siguientes normas: artículo 16, Decreto 2282 de 1989; artículos 136, 137, 153 y 277-4, Decreto 2737 de 1989; artículos 47, 49-53 y 55-57, Ley 23 de 1991; párrafos 1º, 5º, 13 y 14 del artículo, Ley 294 de 1996; Ley 446 de 1998, artículos 88-90; Ley 575 de 2000, artículo 11; artículos 31, 32, 40 de la Ley 540 de 2001; y artículo 8º, Decreto 652 de 2001.

Respecto del evento conciliatorio en materia de familia oportuno es destacar el planteamiento que a continuación se transcribe:

“La conciliación en asuntos de familia es diferente en su forma y contenido, de las adelantadas en otras materias, pues más que un acercamiento entre las partes para dirimir conflictos, como sucede en lo laboral, significa encontrar alternativas para una convivencia pacífica con parientes o allegados y un compartir de relaciones (así ya no convivan bajo un mismo techo), en donde están en juego muchos rangos: lazos de consanguinidad, vínculos afectivos, pasado común y futuro en función de los hijos”¹⁷.

Ahora, teniendo en cuenta las ventajas que tanto para la familia misma como para la administración de justicia representa la resolución concertada de conflictos, la Ley 640 de 2001 en su artículo 40, sin perjuicio de lo previsto en el inciso 5 del artículo 35 ibídem, consagra en materia familiar la conciliación extrajudicial como requisito obligatorio de procedibilidad previo a cualquier proceso judicial, en los eventos siguientes:

- Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 144.

- Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias.
- Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial.
- Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.
- Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales.
- Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad.
- Separación de bienes y de cuerpos.

Vale hacer hincapié en que los procesos de familia generalmente no requieren agotar la etapa conciliatoria como requisito de procedibilidad. No obstante, en los siete eventos procesales antes enunciados deberá agotarse la etapa conciliatoria, aunque ni siquiera en estos casos es obligatorio agotar la conciliación previa si en ellos resulta viable solicitar la práctica de medidas cautelares, que precisamente son válidas en todos los procesos a que hace referencia la norma prevista en el citado artículo 40 de la Ley 640 de 2001.

El artículo 31 ibídem, por su parte, normatiza sobre conciliación prejudicial en familia, la cual podrá adelantarse ante centros de conciliación, defensores y comisarios de familia, delegados de la Defensoría del Pueblo, agentes del Ministerio Público, autoridades judiciales y administrativas competentes, y ante notario público; en ausencia de tales funcionarios para conocer del hecho, la norma autoriza al efecto a los personeros y a los jueces civiles o promiscuos municipales, sin establecer prioridades en este último caso. La Ley antes citada faculta a los mencionados funcionarios para conciliar en los asuntos previstos por el artículo 82-8 del Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 277-4 del Código del Menor, hoy derogado) y por el artículo 47, Ley 23 de 1991, normas ambas que enuncian taxativamente los procesos respecto de los cuales es viable la conciliación en asuntos de familia; y en su artículo 75, la

citada Ley 23 establece que son conciliables los asuntos susceptibles de “transacción o desistimiento”.

A esta altura de la exposición, es oportuno señalar que entre los varios aspectos no susceptibles de transigirse o conciliarse, por expresa prohibición legal, está el estado civil de las personas (art. 2473, C.C.). El fundamento de lo dicho radica en el criterio de que el estado civil interesa tanto a la persona como a la familia y a la sociedad, por lo cual está fuera del comercio y no es apto para disposición por cuenta de nadie ¹⁸. Así, resulta evidente –por ejemplo, y en relación directa con el tema de investigación aquí asumido– que mediante conciliación no es hoy legalmente posible establecer si alguien es o no padre de un individuo; tampoco puede conciliarse sobre la condición de hijo, bien sea matrimonial, extramatrimonial o adoptivo. En este sentido la norma es clara y, por tanto, se hace aún más relevante allegar elementos de juicio para sustentar la validez y oportunidad de la propuesta que constituye el objetivo general de este trabajo, habida cuenta de que el interés es lograr que el acta conciliatoria se admita no como el reconocimiento definitivo pero sí como plena prueba de confesión de paternidad.

Por último, no sobra indicar que para todos los distritos judiciales del país, la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad aplicable a eventos conciliatorios en materia de familia, fue ordenada por el Ministerio del Interior y de Justicia mediante Resolución 198 del 27 de febrero de 2002.

1.2.5. Efectos legales del acuerdo conciliatorio. Sobre el particular resulta especialmente importante determinar las consecuencias derivadas de someter

¹⁸ Arts. 406, C.C.; 1º de la Ley 75 de 1968 y 1º del Decreto 1260 de 1970, sin perjuicio de la caducidad de algunas de sus manifestaciones. Cfr. HINESTROZA, Fernando. *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes. Vol. I.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2002, pp. 814-815.

el acuerdo “... a modalidades jurídicas, como el término, la condición, el modo o la carga”¹⁹, tal como enseguida se detalla brevemente:

a) Respecto del término: señala el profesor Fernando Hinestroza²⁰ que debe tenerse en cuenta sólo el suspensivo, puesto que el resolutorio, que cancela los efectos del arreglo, no es compatible con el instrumento transaccional propio de la conciliación.

b) Sobre posibilidad de conciliar condicionalmente: al igual que en el evento anterior y bajo los mismos criterios, también aquí es viable sólo la condición suspensiva, bien sea que dicha posibilidad se aplique en forma positiva (el acuerdo opera al satisfacerse la condición) o en forma negativa (habiéndose establecido la no realización del acuerdo).

De otra parte, sin omitir que el acta válidamente suscrita produce efectos iguales a aquellos que en su momento pudieran derivarse de una sentencia judicial ejecutoriada, debe decirse que desde el punto de vista de su trámite los eventos conciliatorios generan diversos resultados, los cuales se indican a continuación:

a) Efectos de conciliación extrajudicial y dentro del proceso. Sobre este aspecto conviene tomar en cuenta los siguientes planteamientos:

- El artículo 66 de la Ley 446 de 1998 consagra que el acuerdo conciliatorio es cosa juzgada, con efectos equivalentes a los de terminación del proceso. La norma prevé que tal consecuencia puede generarse como resultado de conciliación preprocesal o por la ocurrida dentro del proceso para dar por terminado éste. El alcance de la norma deviene de ministerio de la ley, significando con ello que la imposibilidad de iniciar proceso alguno sobre

¹⁹ ROMERO DÍAZ, Héctor J. *Op. cit.*, p. 100.

²⁰ Cfr. HINESTROZA, Fernando. *Escritos varios*. Bogotá. S.e. 1983, p. 384. Cit. en: ROMERO DÍAZ, Héctor J. *Íbid.*

hechos ya conciliados, salvo si se pretendiera justificadamente anular lo actuado; asimismo, debe tenerse en cuenta que dentro del proceso judicial el interesado puede invocar como excepción el acuerdo conciliatorio, anexándolo como prueba objeto de pronunciamiento en la sentencia respectiva ²¹. Cuando el acuerdo tiene lugar dentro del proceso, para poner fin al mismo se requiere sólo la aprobación final del convenio, según lo previsto en el último inciso, artículo 101 de la mencionada Ley 446 de 1998; tratándose de eventos conciliatorios en materia de familia –entre los cuales el tema objeto de estudio en el presente trabajo–, el artículo 28 ibídem, consagra que el juez, como conciliador que es y debidamente facultado al efecto, profiere la resolución aprobatoria del acuerdo entre las partes, que constituye cosa juzgada.

- El acuerdo conciliatorio presta mérito ejecutivo, significando con ello que permite hacer exigibles de forma inmediata y forzosa las obligaciones surgidas del evento. Por ejemplo, respecto de obligaciones alimentarias incumplidas podrá adelantarse proceso ejecutivo (Ley 23 de 1981, art. 80).
- La conciliación suspende la caducidad de la acción pretendida para reclamar un derecho por vía judicial. Por ejemplo, la acción de filiación con fines patrimoniales (petición de herencia), civilmente debe alegarse dentro de los dos años siguientes a la muerte del causante, pero el derecho a la filiación, como tal no se pierde a pesar de haber caducado la acción para reclamar herencia.
- Interrumpe la prescripción, dando lugar a recuperar un derecho prescrito por no haberse ejercido oportunamente; por ejemplo, en casos de liquidación de sociedad patrimonial por unión marital de hecho la acción debe ejercerse dentro del término de un año a partir de la declaratoria judicial de su existencia; pero mediante conciliación o presentando demanda de liquidación se

²¹ <http://comunidad.derecho.org/tuliabarrozo/mcfl.html> (10/02/05)

interrumpe ese período (art. 2359, C.C.). Conviene destacar que en materia de familia la prescripción no opera en los siguientes casos: a) reclamación de derechos patrimoniales sobre alimentos en favor de menores de 18 años; b) separación de cuerpos y de bienes; c) filiación en vida del progenitor (esto es, siempre podrá adelantarse la acción); d) en los dos años siguientes a la muerte del progenitor, si es con fines patrimoniales.

b) Efectos de resultados. Respecto de conciliaciones tanto procesales como preprocesales, el resultado final puede observarse desde dos perspectivas, así: la primera, cuando no se alcanzan los objetivos; la segunda, por las consecuencias fácticas derivadas del acuerdo. En el primer caso, a pesar de no llegarse al acuerdo conciliatorio preprocesal –por ejemplo debido a que sin justa causa comprobada y aprobada por el conciliador, una o ambas partes no concurrieron oportunamente a la audiencia–, de todas formas la realización del evento resulta conveniente, sobre todo porque permite a las partes concretar pretensiones y posiciones, al tiempo que les aporta claridad frente a eventuales alternativas futuras de arreglo del conflicto. Cuando la conciliación es procesal y no hay acuerdo, la audiencia en todo caso debe asumirse como factor que en su momento permite refinar la controversia, precisar mejor los hechos, verificar elementos de juicio antes no atendidos, etc.; todo esto con base en actitudes de análisis objetivo, comprensión y autocomprensión, que por lo regular motivan nuevas posiciones de las partes frente a la situación objeto de trámite. Por el contrario, cuando se logra el deseable acuerdo, la decisión judicial deberá darse dentro de las previsiones al efecto consagradas por la normatividad civil.

Ahora bien, tratándose de eventos en materia de familia es importante atender a las siguientes precisiones: Primera: si la conciliación es preprocesal y no comparece el solicitado, el hecho no produce efectos jurídicos, pero si falta el solicitante sí los hay: la inasistencia de éste no permite interrumpir la caducidad o la prescripción (art. 53, Ley 23 de 1991), al tiempo que no se

contraviene lo previsto en este sentido por la Ley 446 de 1998. Segunda: si se adelanta trámite conciliatorio ante un centro de conciliación y al mismo tiempo se adelanta trámite procesal por el mismo hecho (art. 75, Ley 23; art. 101, Ley 446), la falta de acuerdo en el primer caso no surte efectos y, en consecuencia deberá seguirse con el proceso.

1.2.6. Existencia y validez de la conciliación. En consonancia con el artículo 1501 del Código Civil, la existencia real de toda conciliación procesal o extraprocesal está sometida a ciertos requisitos que se califican como **esenciales** al negocio o contrato, **de su naturaleza y accidentales**. Dice así el texto del artículo:

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales, en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Al tenor de lo anterior, se tiene como **esencial** del evento conciliatorio la existencia de un conflicto que las partes quieren solucionar voluntariamente y para ello recurren a los buenos oficios del conciliador debidamente facultado, con el propósito de llegar a un acuerdo basado en la transacción bilateral; vale destacar que tratándose de conciliación contencioso-administrativa o cuando ésta sea en Derecho –salvo si se adelanta ante centros de conciliación de universidades, ante personero municipal y ante notario no abogado– necesariamente el conciliador deberá ser abogado.

La **naturaleza** de la conciliación también registra sus propios elementos, es decir, aquello que le es propio sin necesidad de pacto especial; entre dichos elementos se cuentan: identificación de lugar, fecha y hora; elaboración del

acta; identificación de los participantes y del conciliador; requisitos pactados para el cumplimiento del acuerdo; entrega del acta a las partes y la constancia de que ella presta mérito ejecutivo, si fuere pertinente.

Por último, se tienen como **accidentales** todos aquellos elementos adicionales, no obligatorios y que las partes opten por establecer mediante cláusulas (por ejemplo: una cláusula penal por incumplimiento), en ejercicio de la autonomía de la voluntad, siempre teniendo en cuenta que lo así previsto no podrá ser contrario al orden público.

De otra parte, en lo que respecta a su validez, la conciliación se somete a las normas generales al efecto aplicables a todo negocio, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 1502 del Código Civil, en términos de capacidad legal para obligarse, consentimiento no afectado de vicio, y que haya total licitud de causas del negocio y efectos del consentimiento. En ausencia de los requisitos enunciados resulta nulo el evento conciliatorio; dicha nulidad puede ser: a) absoluta cuando contraría el orden público, si la causa es ilícita o si el acuerdo fue celebrado por personas incapaces (art. 1741, C.C.); b) relativa cuando el vicio es de otro origen, condición subsanable dentro de los cuatro años siguientes teniendo en cuenta los siguientes criterios: si el vicio de nulidad obedece a violencia el plazo cuenta desde el día de cesación de ésta; si hubo dolo o error, el plazo corre a partir del día de celebración del contrato; si la nulidad fue por incapacidad legal relativa, el plazo empieza a contarse desde el día en que tal incapacidad haya cesado (art. 1750, C.C.).

1.3. LA JUSTICIA DE PAZ

1.3.1. ¿Qué es, en qué consiste? Se trata de una novedosa modalidad de resolución de conflictos a cargo de los respectivos jueces, contemplada en el marco del mandato superior hoy vigente; su origen emana directamente

del concepto de democracia participativa, principio rector y fundante de la organización jurídica, política y social del Estado colombiano, consagrado de modo expreso en el Preámbulo y en los artículos 1º y 2º de la Carta Política, según los cuales Colombia es un Estado social de Derecho, democrático y participativo, uno de cuyos fines esenciales es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. En cumplimiento de este principio de participación democrática, el artículo 116 superior otorga a los particulares la posibilidad de ser *“... investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”*.

El mandato superior estableció las denominadas jurisdicciones especiales, de las cuales la primera para ser ejercida por las autoridades de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial (artículo 246 de la Constitución), y la segunda correspondiente a la justicia de paz, en virtud del artículo 247 ibídem, que instituyó la figura de los jueces de paz encargados de decidir en equidad, cuyo desarrollo legal se hizo efectivo mediante la Ley 497 de 1999. Quienes actúan como jueces de paz son personas idóneas preocupadas por vivir y sufrir directamente el conflicto para responder de modo eficaz a éste, adentrándose en sus causas más representativas e interesándose tanto en resolverlo como en extinguirlo desde sus más hondas raíces. En este sentido puede afirmarse que el ejercicio de la justicia de paz lo es el de la justicia del grupo, de la comunidad, lejos del rigorismo jurídico; condición que de hecho supone la flexibilización del centralismo judicial, reconociendo la existencia de normas de convivencia autónomas propias de cada grupo social, fruto de su evolución y experiencia histórica.

Para contribuir al mejoramiento de las relaciones ciudadanas resolviendo con equidad los conflictos generales o particulares voluntariamente sometidos a conocimiento de los funcionarios y para lograr soluciones rápidas y oportunas

frente a los mismos, se estableció la llamada jurisdicción de paz. Modalidad novedosa, organizada bajo parámetros de igualdad, equidad, buena fe, confianza en las instituciones –entre otros– y orientada a promover la participación ciudadana en el cumplimiento de las funciones del Estado. El artículo 8º de la mencionada Ley dice a la letra: *“La jurisdicción de paz busca lograr el tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios y particulares que voluntariamente se sometan a su conocimiento”*. Sus decisiones deben adoptarse en equidad, lo que implica incorporar la realidad social en la solución de los conflictos, aunque obviamente dentro de los postulados generales de nuestra Constitución Política, que consagra la nación colombiana como un Estado Social de Derecho, comprometido en la defensa de los derechos humanos y de la democracia participativa.

Oportuno es destacar que la efectiva participación ciudadana en la función de administrar justicia –función hasta hace poco exclusivamente en cabeza del Estado y de sus autoridades legítimas–, refleja también el necesario cumplimiento de deberes fundamentales por parte de la ciudadanía; deberes elevados a rango constitucional por el constituyente del 91, uno de los cuales es el de *“colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”* (art. 95-7, C.N.).

En la perspectiva histórica se reconoce como justicia de paz el ejercicio de la función judicial directamente por las comunidades, con el fin de resolver los conflictos entre sus propios miembros, de acuerdo con sus costumbres, creencias y criterios, sin necesidad de apelar a una autoridad de carácter oficial –que por lo regular impone de manera coercitiva la voluntad de una de las partes sobre la otra, o la voluntad estatal y su legalidad sobre la de quienes participan del conflicto–. Características propias de esta modalidad son, entre otras, las siguientes: gratuidad, oralidad, equidad, eficiencia,

autonomía e independencia, tratamiento integral y pacífico de los conflictos, garantía de derechos para todos los participantes.

En despliegue de la justicia de paz, en primer término las partes asumen los conflictos como inherentes a la vida en sociedad y, más aún, como naturales y necesarios para el crecimiento y la transformación sociales. El conflicto no es negativo en sí mismo, la verdadera dificultad proviene de los métodos utilizados por las personas para resolver sus diferencias: por lo regular se intenta vencer a quien se considera contradictor y alcanzar la satisfacción de las propias necesidades, aún a costa del bienestar de los propios conciudadanos, vecinos o familiares. Pero tratándose de justicia de paz las cosas parecen tener un rumbo diferente, máxime teniendo en cuenta que la propia comunidad elige tanto la forma de resolver la disputa o diferencia, como la persona que por su saber y entender se encarga de hacerlo y pone fin a la situación conflictiva voluntariamente sometida a su conocimiento. Todo esto a través de un evento que permite a las partes comprender y asumir que el interés prioritario es resolver oportuna y eficazmente el litigio, evitando que éste permanezca o que sus efectos generen complicaciones aún mayores y lleguen inclusive a involucrar a otros miembros de la comunidad o la familia.

En abierta consonancia con la conciliación, el fin último de la justicia de paz es lograr la armonía y la convivencia pacífica de los miembros de un grupo social. Así las cosas, se entiende esta modalidad como instrumento orientado a crear conciencia cívica favorable a la resolución pacífica de conflictos desde la perspectiva de la propia participación ciudadana, con el concurso de un juez de paz que cumple relevante labor conciliadora, en tanto busca una solución que, además de justa, pueda ser concertada.

1.3.2. Antecedentes históricos. Los conflictos han sido y son parte de todas las culturas y épocas históricas, con sus especificidades concretas en

cada caso. Una rápida ojeada a la forma como en las diferentes épocas se han resuelto las controversias, permite concluir que no siempre la fuerza, la imposición y la violencia han sido la constante, como también que la generalidad no está representada por la aplicación de sistemas jurídicos. Un antecedente significativo sobre resolución ejemplar de diferencias por las partes se aprecia en el pasaje bíblico que narra la separación entre Abraham y Lot (Gén., 13), quienes voluntariamente se apartan para evitar que sus pastores sigan disputándose la poca agua disponible para los rebaños; en su momento ambos entendieron la conveniencia de separarse para no trastornar la paz de sus allegados y la convivencia familiar.

La tradición hispana también da cuenta de muchas experiencias sobre resolución de conflictos, que en su momento se institucionalizaron y hasta se conservan hoy como ejemplos de sana convivencia y para el entendimiento entre las partes. Uno de tales ejemplos fue el llamado “Tribunal de las Aguas” que actuaba en la provincia de Valencia, representativo de una de las más antiguas y sólidas instituciones populares para allanar conflictos. Esta institución estaba conformada por siete síndicos o jueces, escogidos entre campesinos provenientes de las siete acequias principales; su actividad se realizaba los jueves en la mañana, para ocuparse de quejas y denuncias presentadas durante la semana profiriendo una decisión arbitral inapelable y que resolvía el problema.

También a manera de ejemplo pueden citarse las llamadas cooperativas, del sector rural, donde por lo regular las gentes muestran más interés y sentido comunitario. Su propósito era básicamente lograr el mayor beneficio posible para todos mediante la colaboración comunitaria y dentro de un criterio democrático, con prevalencia del interés común sobre los intereses individuales. Desde esta perspectiva, además, cualquier conflicto se asumía colectivamente,

entendiéndose que la decisión final debía beneficiar a todos y sería siempre aceptada como justa y eficaz.

En el ámbito internacional un ejemplo más reciente es el llamado “proceso jurídico”, vigente en Oaxaca (México), modalidad que combina elementos tomados de instituciones tanto indígenas como hispanas. Liderar el proceso compete a quienes ostentan los tres principales cargos municipales, a saber: presidente, alcalde y síndico. El presidente, o “padre del pueblo”, actúa como un padre de familia, ocupándose de conflictos familiares y de los fácilmente solucionables; el alcalde se encarga de los casos más complejos, y el síndico asume los de tipo criminal y las disputas sobre propiedades. Para ocupar los cargos la comunidad hace una primera selección entre hombres mayores de 21 años, elegidos por su experiencia, capacidades e interés hacia “la búsqueda del equilibrio” en las relaciones interpersonales; de este grupo se escogen finalmente los tres que ocuparán los cargos municipales durante un año. Su desempeño supone un acertado mecanismo participativo y negociador, donde los encargados establecen sus criterios teniendo en cuenta aquello que consideran aceptable por los querellados; de no lograrse acuerdo, quien decide profiere sentencia arbitral, previo estudio exhaustivo de hechos y pruebas, con la intención auténtica de poner fin al problema; pero en caso de no alcanzarse este propósito se reinicia el proceso, ya que la no aceptación por una de las partes o por ambas, sugiere que no se ha restablecido el equilibrio y sigue amenazada la convivencia pacífica dentro de la comunidad ²².

Por último, en nuestro caso concreto colombiano el antecedente inmediato de la jurisdicción de los jueces de paz radica en el constituyente de 1991, que en principio los llamó **Jueces de Paz y Convivencia**, “... *auténticos funcionarios populares que administran justicia y, por sus características principales, son de*

²² Cfr. CÓRDOBA CAVIEDES, Álvaro Francisco. *Jueces de paz, justicia de reconciliación*. En: <http://www.vivalaciudadania.org/herramientas/Herra068.pdf> (22/04/06).

origen popular, de respetabilidad dentro de la comunidad y su producción de fallos en equidad es sin formulismos institucionales preestablecidos”.

1.3.3. Competencia de los jueces de paz. El respectivo criterio remite a la llamada “competencia dispensada”, por la cual el juez de paz sólo está facultado para pronunciarse sobre asuntos que las personas sometan voluntariamente a su conocimiento, siempre y cuando tales asuntos sean transables, conciliables o desistibles, no sujetos a solemnidades de ley, y de cuantía superior a cien salarios mínimos. Además, se destaca que ante los jueces de paz es susceptible de adelantarse reconocimiento de hijos extramatrimoniales, siempre y cuando el evento se someta a las formalidades legales pertinentes ²³. A juicio nuestro esta última afirmación significa que someter el reconocimiento a formalidades legales no es otra cosa que aceptarlo como plena prueba para posteriormente formalizar la filiación sin dificultad.

Los artículos 9º y 10 de la Ley 497 de 1999 permiten inferir, a su vez, que en términos de competencia por razones de ubicación de las partes y/o de zona de ocurrencia de los hechos, atendiendo a la naturaleza dispensada y voluntaria de la competencia del juez de paz, tiene vigencia la autonomía de la voluntad de los interesados como regla esencial para establecer dicha competencia, es decir, para determinar la instancia ante la cual se adelantará el trámite.

Los aspectos referentes a elección de jueces de paz y el respectivo procedimiento en estos casos están consagrados en el artículo 11 de la Ley en comento. Se trata de elección popular, que confiere especial respaldo al carácter de justicia ciudadana otorgado a esta jurisdicción y favorece el estrechamiento de vínculos entre estos funcionarios y la comunidad. No obstante

²³ Cfr. CÓRDOBA ORDÓÑEZ, Mario. *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y su aplicación en el campo social*. Material elaborado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para los cursos de formación en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Bogotá. 2005.

la anterior previsión legal, para seleccionar jueces de paz se tuvieron en cuenta otras alternativas, por ejemplo la designación por los tribunales con base en ternas presentadas por las comunidades; pero en definitiva se facultó a los Concejos Municipales para “... convocar a elecciones, fijar fecha, determinar las circunscripciones electorales y la cantidad de jueces a elegir, reconociéndolos como las instituciones que más conocimiento tienen de la comunidad”²⁴.

1.3.4. Procedimiento ante los jueces de paz. Las disposiciones pertinentes aparecen en el artículo 22 de la Ley citada, que señala dos momentos concretos y combinados entre sí, a saber: la etapa previa autocompositiva o de conciliación y la posterior, resolutive o de sentencia. En principio el juez procura conciliación entre las partes y que éstas acuerdan la decisión final; si no se logra dicho acuerdo, procederá a decidir en equidad. Se trata, entonces, de un mecanismo que incluye doble posibilidad para resolver las controversias, condición que a su vez revierte favorablemente sobre el fortalecimiento de los mecanismos alternativos de justicia ciudadana; esto último, sobre todo teniendo presente que desde el momento en que las partes otorgan al juez de paz la facultad decisoria frente al evento objeto de trámite, la jurisdicción se torna de hecho vinculante, significando con ello que los interesados no podrán ya retirarse y se obligan a acatar la decisión del juez. Por otra parte, el procedimiento es oral y exento de formalidades innecesarias, sencillo y expedito, procurando facilitar el acceso a la justicia sin requisitos insustituibles y difíciles de satisfacer²⁵.

El despliegue de esta modalidad está a cargo de los jueces de paz legalmente facultados para impartir justicia en equidad y no bajo motivaciones jurídicas, quienes prestan el servicio gratuitamente (art. 19, Ley 497 de 1999), aunque sin perjuicio de su eventual desempeño como funcionarios públicos (art. 17 *ibídem*). A modo de comentario reflexivo frente a lo inmediatamente anterior

²⁴ ARIZA LANDAZÁBAL, Samuel. *El juez de paz y la justicia de paz*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005, p. 23.

²⁵ Cfr. CÓRDOBA CAVIEDES, Álvaro Francisco. *Íbid*.

vale destacar la flagrante violación que el citado artículo 19 ofrece respecto de derechos constitucionalmente consagrados como el de igualdad y el de justa remuneración (arts. 13 y 53 respectivamente, de la Carta Política), sobre todo al tenor del artículo 14 de la Ley 497, según el cual los jueces de paz son particulares encargados de administrar justicia en equidad; personas todas estas que al momento de tramitar y decidir el asunto sometido a su consideración encarnan el poder del Estado y como tales se hallan revestidos de toda clase de garantías y potestades inherentes a su cargo; es decir, son administradores de justicia aunque bajo una modalidad diferente de la tradicional.

También frente a la situación mencionada es oportuno señalar que con lo previsto en el citado artículo 19 se origina discriminación real entre las personas encargadas de administrar justicia en sus diferentes modalidades. Si los árbitros, conciliadores y jueces en general reciben remuneración ¿por qué no concedérsela a los jueces de paz?. Desde este punto de vista, queda entonces planteada una cuestión que demerita de entrada el desempeño de esta modalidad judicial, y cuya solución debe someterse a estudio objetivo por instancias superiores.

Pues bien, retomando el curso de la exposición y para continuar con el desarrollo conceptual sobre la justicia de paz, vale señalar dos aspectos significativos, así: primero, que los jueces de paz están contemplados en el Capítulo 5 del Título VIII de la Carta Política como una jurisdicción especial dentro de la rama judicial, asignándoseles la función pública de administrar justicia; más aún, en consonancia con el mandato superior, en su artículo 11 la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia– incluyó a los miembros de esta jurisdicción dentro de la rama judicial del poder público. Segundo, que la Ley 497 de 1999, fundamento legal de esta modalidad de justicia, asignó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

la formación y capacitación permanente de los jueces elegidos; al efecto se diseñó desde el año 2001 el correspondiente currículo ²⁶, destinado tanto a la formación del ciudadano elevado a la condición de juez de paz, como a la apertura de espacios participativos de capacitación y ampliación de conocimientos, dando en ellos cabida a otras entidades del Estado, a organismos no gubernamentales dedicados al trabajo comunitario y a la academia; los contenidos formativos abordan los siguientes ejes temáticos: Comunidad - Equidad - Constitución y ley - Derechos fundamentales y derechos humanos - Juez conciliador - Juez fallador. También como parte de las prácticas de capacitación, desarrollan programas acordes con las necesidades de cada comunidad.

Para terminar la exposición sobre aspectos básicos de la justicia de paz, oportuno es transcribir apartes de la posición de la Corte Constitucional manifestada en la Sentencia C-103 de 2004, Magistrado Ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa, quien en su momento señalaba:

“El Constituyente previó la creación de los jueces de paz, y con ello reafirmó “la potestad superior de participación ciudadana en los temas que afectan e importan a la comunidad”. En esa medida, los jueces de paz, definidos por la Ley 497 de 1999 como particulares que administran justicia en equidad, desarrollan su función en el marco de la democracia participativa. En esa misma medida, ‘puede afirmarse que la figura de la referencia se encuentra directamente relacionada con algunos de los deberes que la Constitución consagra a cargo de la persona, cuales son los de ‘propender al logro y mantenimiento de la paz’ y el de ‘colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia’, lo que hace que según la preceptiva Constitucional sobre los jueces de paz, el propósito fundamental de la actividad a ellos encomendada sea la de contribuir a que se logre la paz a través de la generación de condiciones que ofrecen una mayor armonía entre los asociados, ajustada al orden social, político y económico’. Por lo mismo, las

²⁶ Cfr. *Plan Nacional de Formación y Capacitación para Jueces de Paz*. Rama Judicial de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura.

labores que desempeñan los jueces de paz también encuentran su fundamento en el principio constitucional de solidaridad”.

1.4. FILIACIÓN. RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

1.4.1. Etimología, concepto y definición del término. Etimológicamente la palabra filiación proviene del latín *filius, filii* que significa hijo; corresponde al parentesco en línea descendente entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra ²⁷; también se define como el vínculo que une al hijo respecto de sus padres y determina las relaciones jurídicas entre aquél y estos. Según el tratadista Guillermo Cabanellas ²⁸, la filiación está ligada a la procedencia de los hijos respecto de los padres: es la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o su madre. No puede omitirse que el término conlleva correlativa y necesariamente las nociones de paternidad y maternidad, las cuales designan el mismo vínculo entre padre o madre con su hijo, aunque desde la perspectiva no ya de este último sino de sus progenitores. Otra definición aceptada señala que la filiación es *“...la relación de parentesco que se establece entre los descendientes y los ascendientes, es decir, es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia”*²⁹.

En términos amplios y generales, la filiación representa el parentesco de consanguinidad sobre el cual se apoyan las relaciones de familia; es prioritaria puesto que a partir de la misma se establecen efectos jurídicos cuya incidencia recae sobre hijos y padres, como en el caso de cuotas alimentarias y/o

²⁷ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil, t. II.* La Habana. Editorial Cultural. 1946, p. 597. Citado por: SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia, t. I: Del régimen de las personas*, 5 ed. Bogotá: TEMIS: 1996, p. 215.

²⁸ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual.* Buenos Aires. El Gráfico. S.f., p. 237.

²⁹ Ver término “filiación” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10 ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México. PORRÚA 1997

prioridades respecto de derechos sucesorales; asimismo es importante la filiación en la medida en que genera la patria potestad y la autoridad paterna.

1.4.2. Generalidades sobre la noción. El término filiación está asociado a linaje y parentesco, y en ese orden de ideas autores como M. Castellano Arroyo³⁰, consideran que “... *la curiosidad por la forma en que se transmiten la vida y los rasgos familiares ha acompañado siempre al ser humano*”; condición respecto de la cual se ha pretendido históricamente responder desde las perspectivas normativa, doctrinal y jurisprudencial, dando con ello lugar a diversas posiciones por parte de los estudiosos y tratadistas del tema.

Desde la perspectiva de su origen, la filiación puede ser: a) legítima; b) ilegítima o natural; la primera proveniente del matrimonio y la segunda, extramatrimonial, derivada del concubinato o unión libre. La filiación legítima es resultado de la misma naturaleza y además tiene un fundamento legal propio; dentro de ésta se da cabida a la legitimada por matrimonio de los padres con posterioridad al nacimiento del o los hijos; no sobra destacar, además, que en los tiempos actuales la legitimación por lo regular “... *sólo es procedente en caso de matrimonio de los padres; excepcionalmente por adopción*”³¹. La ilegítima o extramatrimonial, tiene su origen sólo en la naturaleza; es la condición de hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, quienes pueden reconocerse como naturales para otorgarles la efectividad de derechos, y además están facultados para intentar por sí o a través de terceros, la acción de reconocimiento de su estado.

³⁰ *La investigación de la paternidad* (Documento de la Procuraduría General de la República, Santo Domingo, D. N.). En: *La filiación de los niños, niñas y adolescentes y las vías procedimentales. El procedimiento judicial*. Documento de la Universidad Autónoma de Santo Domingo-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Santo Domingo. 2001.

³¹ SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Op. cit.*, p. 222.

También dentro del tema de la filiación tiene espacio lo relativo a la adopción, “...procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen”³²; en virtud de ésta el adoptado adquiere los mismos derechos otorgados a hijos legítimos y/o extramatrimoniales; de ahí la afirmación en el sentido de que filiación y adopción gozan de igualdad en cuanto a sus efectos jurídicos y sociales.

Ahora, desde el punto de vista interpretativo de la figura, oportuno es señalar que la doctrina francesa no es unánime frente al reconocimiento de la familia natural o extramatrimonial; tratadistas como Planiol consideran que “... resulta inexacto hablar de la familia natural, no existe otra verdadera familia que la creada por los vínculos entre padres unidos legítimamente”³³; sin embargo, hoy en día la Ley francesa 14-94, en su artículo 14, reconoce la igualdad entre los hijos/as: ya sea nacidos de una relación consensual o de hecho, de un matrimonio o adoptados, gozarán todos ellos/as de iguales derechos y calidades, incluyendo lo relativo al orden sucesoral.

El planteamiento precedente permite inferir que a los hijos provenientes de relación consensual o de hecho corresponde la filiación natural, extramatrimonial o de hecho, ya que entre sus padres no existe vínculo legal que legitime la relación. Más aún, para el reconocimiento de derechos a un hijo natural se requiere prueba eficaz de su filiación con relación al padre, a quien la ley otorga el derecho de reconocer oportunamente a sus hijos y la obligación de hacerlo, so pena de someter a condición civil y social excluyente a los menores cuya identidad no sea reconocida.

Sobre el reconocimiento de la filiación extramatrimonial la doctrina ofrece dos posiciones contrapuestas, a saber: a) el hijo natural puede como el legítimo,

³² COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia 814 del 2 de agosto de 2001*, Magistrado Ponente doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

³³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 618.

probar su filiación contra la voluntad de sus padres, por el vínculo de sangre; b) para que exista el vínculo jurídico se requiere el reconocimiento del padre, es decir, además de la relación de sangre es necesaria la voluntad del progenitor.

Por lo demás, debe hacerse hincapié en cuanto a diferencias entre las respectivas pruebas de filiación legítima y extramatrimonial. Sobre la primera, se tiene que es indivisible con relación al padre y a la madre, en tanto que la filiación extramatrimonial es individual, es decir, existe por separado con relación al padre y a la madre; además, debe tenerse en cuenta que legalmente la filiación extramatrimonial respecto de la madre se establece por el solo hecho del nacimiento, de modo que quien reconoce es el padre. De ahí entonces, entre otras consideraciones, que la filiación legítima resulta del matrimonio, mientras que la filiación natural tiene que ser probada.

1.4.3. Reseña histórica. Se ofrece en este ítem una síntesis ponderada de la figura de la filiación, enfatizando sobre aspectos relevantes desde sus orígenes en el Derecho Romano y en el posterior Derecho francés, lo mismo que sobre sus connotaciones en el ámbito colombiano.

1.4.3.1. La filiación en el Derecho Romano. Para un acertado criterio sobre el contenido de la figura en el transcurso de los siglos, conviene remontarse a la doctrina jurídica romana, donde la filiación estaba íntimamente ligada a la procedencia familiar y, al igual que toda la estructura social, también caracterizada por la desigualdad propia de este modelo de sociedad. No debe olvidarse que la familia era el fundamento de la sociedad romana, regulada por el control patriarcal, y que entre otras cosas la patria potestad pertenecía al jefe de familia sólo sobre los descendientes miembros de la familia civil; a falta de aquél las atribuciones recaían sobre el abuelo o el bisabuelo, y para control de

la mujer, sobre el hijo de ésta, quien en caso alguno podía ejercer patria potestad por estar ella en tutela permanente.

Se destacan en este contexto una serie de condiciones a las cuales estaban sometidas la familia y la filiación, así:

- a) La autoridad del *pater familia*, representado en el abuelo o el padre, a quienes se consideraba dueños absolutos de las personas bajo su mando, inclusive facultados para arreglar a su amaño la composición del grupo familiar (por causa de la emancipación podían excluir del mismo a sus descendientes, o permitir por adopción el ingreso de algún extranjero); el patrimonio familiar pertenecía al *pater*, quien en vida ejercía con exclusividad el derecho de propiedad sobre todos los bienes y adquisiciones; por lo demás, en este estado de cosas, no sólo operaba el sometimiento al *pater*, sino que además el control Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictosulino se imponía sobre la organización familiar, de modo que la primogenitura o filiación recaía sobre aquél.
- b) El *pater familia* era algo así como un magistrado doméstico, que en su familia adoptaba prácticamente todas las decisiones; hasta podía aplicar sobre sus hijos las penas más rigurosas, podía abandonarlos, venderlos a un tercero, e inclusive ejercía sobre ellos poder de vida y de muerte.
- c) En el ámbito del Derecho y como definidor que era de la filiación, el *pater familia* tenía una función fundamental sobre la identidad de las personas, puesto que era el jefe del grupo, cuyos miembros se sometían a su autoridad paternal o la *manus* (autoridad ejercida por el *pater* sobre la mujer).
- d) El parentesco civil: relación establecida entre la cabeza del poder familiar y sus descendientes, independiente del vínculo de sangre; se aceptaban dos

formas de parentesco: el natural o *cognatio* y el civil o *agnatio*. El primero, representativo del vínculo entre las personas descendientes de un origen común o descendientes una de otras en línea directa, sin distinción de sexo. El segundo, correspondiente al parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital, representado en los descendientes, por vía de varones, de un jefe común a cuya autoridad se sometían; la agnación existía entre el padre y los hijos o hijas nacidos de su matrimonio legítimo o adquiridos por adopción; cuando los hijos se casan y tienen hijos, estos últimos estaban agnados entre ellos y respecto de su padre y su abuelo paterno, nunca respecto de su madre, a menos que fuera *in manu*, de lo contrario sólo son sus cognados, por no tener nunca sobre ellos autoridad penal; no sobra destacar que la agnación podía mantenerse *ad infinitum*, aunque sólo era transmisible por varones; de este modo, cuando un jefe de familia tiene un hijo y una hija, los hijos de aquél serán agnados, y los de su hija quedaban bajo la autoridad del marido, que es su padre, porque la agnación quedaba suspendida por vía de las mujeres. Los miembros del grupo familiar se unían entre ellos por parentesco de la *agnatio*, que subsistía a la muerte del padre y se transmitía a los hijos "*sui juris o personas libres*" ³⁴ que habían formado nuevas familias o *domus*. Así las cosas, la familia estaba conformada por agnados, esto es, por el conjunto de personas unidas entre sí por el parentesco civil.

El Derecho Civil romano concedía amplias prerrogativas a los agnados que componían solos la familia, especialmente en cuanto a derechos de tutela, derecho de curatela y derecho de sucesión. En cambio, la *capitis diminutio* conllevaba pérdida de la agnación y de sus ventajas inherentes, mientras que no tenía influencia sobre la cognación.

³⁴ Cfr. PETIT, Eugene. *Derecho Romano*. Buenos Aires. RALMA. 1979, pp. 94 y ss.

Los pretores fueron los primeros funcionarios interesados en materializar cambios respecto de la composición familiar. Al efecto, comenzaron por conceder a los cognados los derechos de sumisión, reservados por la normatividad civil sólo para los agnados. Más adelante, durante el imperio de Justiniano y después de las novelas, desaparecieron en definitiva los privilegios de la agnación, quedando exclusivamente la cognación como modalidad para conferir los derechos de la familia.

1.4.3.2. La filiación en el Derecho Civil francés. El tratamiento del tema no se aparta en este caso de la tradición jurídica romana; más aún, ni siquiera la Revolución de 1789, que originó múltiples cambios y variadas consecuencias sobre los ámbitos político y social –cuya incidencia inclusive hoy en día es apreciable– representó en su momento particulares connotaciones sobre el Derecho de Familia. Algunos elementos significativos dentro de esta normatividad y en relación con el tema concreto se sintetizan así:

- El hijo natural fue tratado con dureza, sobre todo bajo el criterio napoleónico según el cual “... *el Estado no tiene necesidad de bastardos*”; el Código también trató duramente a la mujer, en consonancia con el papel social a ella otorgado en aquel entonces, al tiempo que en su caso continuó con la restricción de libertades y con el sometimiento irrestricto a la autoridad absoluta del marido y considerando a la mujer casada como incapaz civilmente en todo sentido. No sobra destacar que siguiendo la tradición romana, tanto la mujer como los hijos se valoraban considerando a unos y otra como parte de la unidad denominada familia, cuyo control de administración y ejercicio de la autoridad descansaba también aquí sobre el *pater familia*.

- Pero lo cierto es que la desafortunada consideración sobre la mujer y el hijo natural por parte de la codificación civil francesa fue cambiando paulatinamente, sobre todo como efecto directo de la revolución industrial, que entre otras

consecuencias trajo consigo nuevas formas de existencia social en todos los aspectos y un creciente debilitamiento de la familia como hasta entonces había sido concebida; todo ello especialmente a partir de la tercera década del siglo XIX, originándose desde entonces situaciones positivas frente al tema, entre las cuales de particular significado la valoración del hijo natural. Así las cosas, ya en los comienzos del siglo XX, más exactamente en el año 1912, se tramitó una reforma legal puesta en vigencia el 16 de noviembre de ese año, en virtud de la cual comenzó a admitirse la investigación de la paternidad natural y se permitió el reconocimiento de algunas disposiciones al legalizar el estatus de los hijos adulterinos.

- Según la codificación civil en comento la familia no era institución de derechos, sino de obligaciones entre todos sus miembros: mujer e hijos debían responder frente al *pater familia*, razón por la cual la instancia familiar no gozaba de personalidad moral; tampoco dicha colectividad era sujeto de derechos, ya que los miembros de la familia sólo existían considerados individualmente, no como patrimonio de derechos ni de obligaciones comunes; por lo demás, madre e hijos no se consideraban capaces de derechos y obligaciones, situándose unos y otras sólo en cabeza del *pater*, facultado para determinar la personalidad, la *fillius*, la participación patrimonial, etc.

Oportuno es señalar que en lo relativo a filiación las legislaciones tanto francesa como española adoptaron la distinción tradicional entre hijos legítimos e ilegítimos, con base en su concepción o no dentro del matrimonio, o desde la legitimación como fuente de legitimidad. Así las cosas, los hijos vendrían a ser legítimos, legitimados e ilegítimos, estos últimos agrupados en dos categorías, a saber: hijos naturales, entendidos como tales los de hombre y mujer no casados que pudieron hacerlo para la época de la concepción; e hijos adulterinos o incestuosos. Adicionalmente, el Derecho español contempla

entre los hijos extramatrimoniales la categoría de hijos sacrílegos, nacidos de religiosos consagrados por votos.

1.4.3.3. En el Derecho colombiano. El tema de la procedencia de los hijos es objeto de especial tratamiento en nuestra codificación civil, que no sólo se basa en el Código Civil chileno, sino que además en principio siguió de cerca la normatividad francesa; en su momento fue esta última la fuente exclusiva del Código de Cundinamarca, que más tarde sería el Código de los Estados Unidos de Colombia y luego el de la República de Colombia (Ley 57 de 1887), hoy vigente aunque con modificaciones y adiciones pertinentes para los diferentes aspectos en él contemplados.

Un aspecto de especial interés remite a aquello que en ocasiones se denomina reduccionismo legal. En este sentido, puede observarse que como ley orgánica de la nación y mandato superior que es, la Constitución Política colombiana en su artículo 42 consagra –entre otras garantías– la protección integral de la familia por parte del Estado y la sociedad (inciso dos); la igualdad de derechos y deberes en las relaciones familiares (inciso cuatro); la igualdad de derechos y deberes para los hijos, cualquiera que sea su origen: matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos, procreados naturalmente o con asistencia científica (inciso seis); la reglamentación legal de la progenitura responsable (inciso siete); y la determinación legal del estado civil de las personas y los respectivos derechos y deberes (inciso trece). Asimismo, al amparo de la ley se reconocen como derechos humanos los derechos de todos y cada uno de los miembros de la familia.

Asimismo, la Ley 29 de 1982 consagró en su artículo 1º la igualdad de todos los hijos, sin tener en cuenta su origen legítimo, extramatrimonial o por adopción.

De otra parte, en acatamiento a la Convención de los Derechos del Niño (1989), aprobada por Colombia y vigente en nuestro medio desde 1992, la Carta Política actual en sus artículos 44 y 45 consagra respectivamente, los derechos fundamentales de los niños (entre los cuales los derecho al nombre y a tener una familia y no ser separados de ella), junto con la obligación de la familia, la sociedad y el Estado, en ese orden, de “... *proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos ...*”; y el derecho de los adolescentes a la protección y formación integral, con intervención directa del Estado y la sociedad a efectos de lograr tal propósito.

En los términos precedentes, el artículo 44 superior determina tanto el derecho a la nacionalidad de los niños nacidos en el país (entendiéndose como tales los menores de 18 años), como también su derecho de personalidad representado en el reconocimiento civil. Sin embargo, a manera de comentario, debe decirse que en la realidad se presentan en nuestro país múltiples trabas, barreras y dificultades para que todos los menores logren disfrutar de estos derechos y garantías a ellos otorgados constitucionalmente, entre lo cual lo referente al reconocimiento por parte de padres irresponsables que se niegan a hacerlo ³⁵.

1.4.4. Clases de filiación. Se tienen como tales las siguientes: filiación legítima o matrimonial, legitimada, extramatrimonial y por adopción. Por razones de interés teórico-conceptual, en el presente trabajo se alude sólo a las modalidades de filiación legítima o matrimonial y filiación extramatrimonial, haciendo especial hincapié en esta última por representar concretamente el tema objeto de estudio y, por tanto, coincidente con el problema y los objetivos de investigación trazados.

³⁵ A manera de ilustración: de 200 padres citados para prueba de ADN en el ICBF, en la jornada del 8 de junio de 2006 sólo se hicieron presentes 17 de ellos; algunos incluso han sido citados varias veces sin resultados positivos. En: *El Colombiano*, 9 de junio de 2006, pp. 1, 2.

1.4.4.1. Filiación legítima o matrimonial. Como antes se dijo, es aquella originada en el matrimonio de los padres como fuente única, bien sea por estar casados al momento de la concepción, bien que lo hicieren posteriormente para legitimar su descendencia. En el ordenamiento civil colombiano la filiación legítima está consagrada en artículo 213 del respectivo Código, modificado por el artículo 1º de la Ley 1060 de 2006, según el cual *“El hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres es hijo legítimo”*. De acuerdo con criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, son cuatro los hechos que deben comprobarse a efectos de constituirse jurídicamente la filiación legítima del hijo que invoca tal condición, a saber:

- a. Que fue dado a luz por determinada mujer (relación materno-filial).
- b. Que su madre estaba casada.
- c. Que la concepción tuvo lugar dentro del matrimonio.
- d. Que fue engendrado por el marido de su madre, quien es su padre (relación paterno-filial).

Los dos primeros hechos mencionados son fácilmente comprobables mediante prueba directa y positiva; no así los dos últimos, que por su naturaleza misma sólo son susceptibles de prueba indirecta a través de presunciones ³⁶ (arts. 92 y 214 del C.C., respectivamente; modificado este último por el artículo 2º de la Ley 1060 de 2006, antes citada). De otra parte, vale destacar la imposibilidad jurídica de declarar que alguien es a un mismo tiempo hijo/a legítimo/a y natural de alguien. La acción de filiación legítima tanto respecto del padre como de la madre se apoya en el hecho fundamental de que el hijo reclamante de la condición de legitimidad fue concebido durante el matrimonio, mientras que la acción de filiación natural se basa en que al momento de la concepción los padres no estaban casados entre sí. Ambas acciones están soportadas

³⁶ Cfr. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 13 de octubre de 1955*. En: Gaceta Jurisprudencial, t. LXXXI, p. 418.

en fundamentos contradictorios: la primera supone necesariamente el vínculo matrimonial al momento de la concepción, mientras que la segunda parte de que entre los padres no existía dicho vínculo. Además, las acciones de filiación legítima y natural son de hecho incompatibles y, por tanto, no es posible acumulación de las mismas en una demanda.

La filiación involucra también a los hijos legitimados, cuyo régimen está consagrado en los artículos 236 y ss. del Código Civil; al tenor del citado artículo 236 *“Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres ...”*, legitimación que deberá hacerse conforme a la ley.

Asimismo, según la normatividad civil colombiana se consideran legítimos los hijos nacidos como consecuencia de matrimonio nulo de sus padres (art. 149, C.C.). Se destaca que a pesar de hallarse derogadas las causales de nulidad matrimonial previstas en los ordinales 4º y 10º de dicho artículo 149, en virtud de la vigencia del artículo 6º de la Ley 57 de 1887, aún así los hijos que hubieren podido engendrarse en estos eventos deben considerarse legítimos atendiendo a razones como las que enseguida se indican:

- a. En diversas oportunidades el legislador alude a las nociones de matrimonio putativo y matrimonio nulo, es decir, son instituciones existentes aunque no vigentes.
- b. Se trata de hijos provenientes de unión matrimonial, aún si ésta fuere nula.
- c. En caso de duda legal debe aplicarse el criterio de favorabilidad y, por tanto, deberá optarse por la legitimidad por ser tal condición más benéfica para el interesado.

Los planteamientos precedentes son ante todo criterios referenciales que permiten diferenciar adecuadamente entre filiación legítima y natural. Sobre

esta última, como aspecto prioritario que es del presente trabajo, se exponen a continuación las formulaciones teóricas pertinentes para sustentar tanto la figura del reconocimiento legal, como parcialmente la propuesta que más adelante se planteará a partir de dicho reconocimiento desde la perspectiva bajo la cual se asume aquí.

En todo caso, no debe omitirse que tanto constitucional como doctrinal y legalmente se acepta hoy la igualdad de los hijos, cualquiera que sea su filiación. Desde el mandato superior, la afirmación anterior se apoya en el inciso primero del artículo 13: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades ...”*. En el ámbito estrictamente legal, la igualdad total entre hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos está consagrada en el artículo 1º de la Ley 29 de 1982, que a la letra dice: *“Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”*, postulado bajo el cual desapareció del ordenamiento colombiano cualquier desigualdad al respecto que pudiera derivarse del origen, para aludir solamente a hijos aunque sin omitir la modalidad de los mismos; este criterio de igualdad más adelante sería retomado por la Carta Política actual en su artículo 42, inciso sexto.

1.4.4.2. Filiación extramatrimonial. Segunda categoría en la clasificación de la descendencia, respecto de la cual debe enfatizarse en el caso presente habida cuenta de sus connotaciones contextuales en lo que respecta al reconocimiento de hijos procreados bajo esta modalidad. Como fundamento básico de la misma pueden tenerse en cuenta dos premisas, a saber: primera, vínculo matrimonial existente de uno o ambos padres con tercera persona, habiéndose concebido el hijo por fuera de dicha unión, de tal modo que el padre o la madre no son respectivamente el marido o la cónyuge; segunda, ambos padres solteros, sin vínculo de relación estable entre ellos. En los dos

casos indicados, para determinar la filiación se requiere distinguir entre maternidad y paternidad ³⁷, teniendo en cuenta que establecer dicha filiación no necesariamente involucra a ambos progenitores puesto que puede ser unilateral, significando con lo dicho que es posible establecerla respecto de sólo uno de ellos.

Desde el punto de vista legal, históricamente en nuestro medio la filiación extramatrimonial permite observar su evolución normativa a partir de la expedición del Código Civil. Toda vez que el contenido de dos artículos de dicha codificación, el 318 y el 52, presentaban entre sí manifiesta contradicción, se resolvió ésta en virtud del artículo 7º de la Ley 57 de 1887, que otorgó prevalencia al citado artículo 52; además, los artículos 318-332 del C.C. fueron sustituidos en su totalidad por los artículos 54-59 y 66-79 de la Ley 153 de 1887.

Así las cosas, atendiendo a los artículos 7º y 14 respectivamente, de las dos Leyes antes citadas, se consideraban como “naturales” los hijos procreados extramatrimonialmente por personas aptas para casarse entre sí, y no eran “naturales” los hijos extramatrimoniales de padres impedidos para casarse en el momento de la concepción; estos últimos se calificaban como hijos de dañado y punible ayuntamiento, distinguiendo en esta modalidad los hijos provenientes de adulterio y de incesto. De este modo, civilmente se aludía a tres clases de hijos nacidos de uniones no matrimoniales, así:

- Los “naturales”: reconocidos expresamente por el padre apto jurídicamente para casarse con la mujer en quien hubo el hijo, sin necesidad de nombrarla, mediante escritura pública, decisión testamentaria o suscripción voluntaria del acta de nacimiento.

³⁷ Cfr. ESCUDERO ALZATE, María Cristina. *Procedimiento de familia y del menor*, 14 ed. Bogotá: LEYER. 2006, p. 243.

- Los provenientes de dañado y punible ayuntamiento: producto de relaciones adúlteras o incestuosas; no obstante, estos hijos eran considerados como naturales respecto de la madre, y simplemente ilegítimos respecto del padre, quedando de este modo impedidos para cualquier reclamación alimentaria en su favor que intentaran hacer a su progenitor.
- Los simplemente ilegítimos: carentes de cualquier otra calificación legal, hecho que les permitía reclamar alimentos ante el padre sólo si fueren necesarios para su subsistencia.

Posteriormente se hizo efectiva la Ley 45 de 1936, “sobre reformas civiles (filiación)”, que derogó los artículos 318 a 332 del Código Civil (ya antes sustituidos por los arts. 54-59 y 66-79 de la Ley 153 de 1887); de dicha Ley 45 en su momento se dijo que debía interpretarse en forma restrictiva, por ser mandamiento legal de excepción. Según fallo de la Corte Suprema de Justicia, esta norma otorgó a los hijos ilegítimos no espurios la posibilidad de hacerse hijos naturales mediante reconocimiento por el padre con sus favorables consecuencias para efectos sucesorales por ejemplo; lo anterior, puesto que la propia ley establece y señala para el reconocimiento efectos a los cuales no pueden sustraerse los particulares, toda vez que se trata de efectos de orden público que involucran el estado civil de las personas ³⁸.

Resulta destacable el propósito justiciero y humanizante de la citada Ley 45, orientado a amparar lo mejor posible a los hijos nacidos fuera del matrimonio; aunque sin dejar de establecer ciertas restricciones legales, entre éstas la prohibición de reconocer un padre como natural suyo al hijo engendrado en mujer casada, con la excepción de no reconocimiento por parte del marido y sentencia ejecutoriada estableciendo que no es hijo de este último.

³⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Casación del 10 de julio de 1942*, t. XIV, p. 132.

A efectos de aportar claridad en el desarrollo de la temática y para una mejor conceptualización de su contenido, se estima oportuno enfatizar sobre algunos aspectos puntuales de la filiación extramatrimonial especialmente significativos dentro del contexto, tales como los que enseguida se indican:

a) Hijo extramatrimonial. Se entiende como tal el nacido de padres no casados entre sí al momento de la concepción; la condición extramatrimonial es aplicable respecto de la paternidad, de la maternidad y de ambas en conjunto. El artículo 1º de la Ley 45 de 1936, que derogó el artículo 52 del Código Civil, suprimió la distinción injustificable contenida en su texto, la cual parecía ante todo como una especie de “marca indeleble” en la persona de un ser inocente. Así, a partir de la mencionada Ley 45 empezaron a considerarse sólo dos categorías de hijos: legítimos y extramatrimoniales, pudiendo estos últimos serlo sólo respecto de la madre si no fueren reconocidos por el padre; dice la norma en su artículo 1º que en relación el padre, el hijo es natural mediante reconocimiento o declaración tal de parte suya, mientras que el acta de nacimiento es prueba suficiente para indicar quién es la madre; asimismo, señala que el hijo natural tiene dos alternativas para probar la paternidad, a saber: reconocimiento expreso del padre o, en su defecto, sentencia judicial.

En la actualidad muchas veces el común de las gentes siguen llamando “naturales” a los hijos concebidos extramatrimonialmente, pese a haber cambiado esta denominación en virtud de la Ley 29 de 1982 hoy vigente; lo dicho ocurre tanto por costumbre generalizada, como igualmente por cuanto si bien la norma modificó el término previsto para designar a esta clase de hijos, sin embargo el contenido del artículo 1º de la Ley 45 de 1936 permanece intacto. Precisamente vale recordar que al entrar en vigencia dicha Ley 45 los hijos extramatrimoniales se consideraron naturales e ilegítimos ³⁹. Representados los

³⁹ El texto original previsto en la Ley 75 de 1968, artículo 2º, hablaba de “hijos naturales”, expresión que ha sido remplazada por la de “hijos extramatrimoniales”, de acuerdo con lo

primeros por aquellos que habiendo nacido fuera de matrimonio tenían legalizada su filiación mediante reconocimiento expreso del padre o excepcionalmente de la madre, o por declaración a través de sentencia judicial. Y los hijos ilegítimos, correspondientes a aquellos cuya filiación no fuere demostrable respecto de sus padres; si eventualmente se diera su reconocimiento, adquirirían estos la calidad de hijos naturales (hoy extramatrimoniales) frente al padre o madre que los reconociera como tales, modificándose su estado civil por paternidad demostrable.

*“Un hijo ilegítimo, que de suyo lo es simplemente por el hecho del nacimiento extramatrimonial, puede pasar a ser hijo natural en cuanto su padre lo reconozca como tal o que el juez competente acceda a fijar su paternidad, previo el procedimiento de un juicio controvertido”*⁴⁰. Respecto de la madre, la calidad de hijo extramatrimonial no requiere reconocimiento, puesto que el hecho del nacimiento se tiene como prueba cierta. Así, en lo que a filiación extramatrimonial se refiere, no pueden ni deben omitirse los elementos de paternidad y maternidad en ella involucrados.

Sobre el particular y en la perspectiva de la carga de la prueba en este tipo de eventos, desde tiempo atrás se ha adoptado como ilustrativo un pronunciamiento de vieja data proferido por la Corte Suprema de Justicia, jurisprudencia todavía vigente, que a la letra dice:

*“El que alega su estado de hijo natural no tiene necesidad de probar que sus padres podían casarse libremente al tiempo de la concepción o el nacimiento; al que niega esa libertad es a quien corresponde probar la existencia de algún hecho o vínculo que pudiera impedir, según la ley aplicable, el matrimonio de los padres”*⁴¹.

dispuesto en la jurisprudencia constitucional; en especial la sentencia C-595 de 1996, Magistrado Ponente doctor Jorge Arango Mejía; SPV, Magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴⁰ ESCUDERO ALZATE, María Cristina. *Op. Cit.*, p. 246.

⁴¹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Casación del 18 de diciembre de 1954*. Gaceta Jurisprudencial, t. LXXIX, p. 298.

b) Cómo establecer la filiación extramatrimonial. Estando vigente el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, el estado civil de un hijo natural respecto de su madre se acredita con el acta de nacimiento, y si no existiere o en ella no aparece el nombre de la madre, ésta excepcionalmente reconoce a su hijo. Sobre el reconocimiento de paternidad también se indicaron ya las respectivas formas, que al tenor del artículo 2º Ley ibídem, modificado por el artículo 1º de la Ley 75 de 1968, son las siguientes para eventos de reconocimiento voluntario:

- Documentos requeridos para legalizar el trámite: a) Si se trata de hijo ya existente, copia completa del registro civil de nacimiento del menor que se va a reconocer; b) Si aún no ha nacido el hijo, constancia del estado de embarazo de la madre, expedido por el médico del centro de salud que corresponda al lugar de residencia de aquélla.

- Suscripción del acta de nacimiento oportunamente expedida por el funcionario del estado civil competente, donde aparecen consignados los datos de identificación y domicilio de padre y madre inscritos de acuerdo con lo expuesto por el declarante, con base en algún hecho probatorio e indicando no faltar con ello a la verdad. Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, dicho funcionario notificará de la misma al presunto padre que no hubiera firmado el acta; el notificado expresa en la misma notificación, al pie del acta, su aceptación o no de la paternidad asignada; en caso afirmativo suscribe el documento, si niega dicha paternidad el funcionario informa del hecho al defensor de menores para que se inicie la investigación de paternidad. El procedimiento descrito aplica si la notificación no puede hacerse oportunamente o si el declarante no identificó al padre o a la madre.

- Escritura pública: El artículo 2º de la tantas veces citada Ley 45 de 1936 señala que frente a esta modalidad de reconocimiento lo importante es que

del contenido del instrumento se infiera con certeza el deseo o intención de reconocer al hijo. El criterio de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, manifestado en pronunciamientos de mayo y junio de 1953, es como sigue:

“Para la plena validez de un reconocimiento de hijo natural por escritura pública, no es necesario que ese sea el motivo principal o esencial del instrumento”⁴².

- Por voluntad testamentaria, respecto de lo cual debe tenerse presente que si llegare a revocarse el testamento no por ello se revoca el reconocimiento inicial.

- Por manifestación espontánea, expresa y directa ante juez de cualquier orden, aún si dicho reconocimiento no es el objeto único y principal del acto que lo contiene. Es de anotar en este aspecto la posición de la Corte Suprema de Justicia cuando sostiene que el reconocimiento de paternidad basado en el artículo 1º numeral 4 de la Ley 75 de 1968, no tiene validez si llegare a hacerse ante notario público ⁴³.

No sobra indicar que el reconocimiento de la paternidad antes del nacimiento puede hacerse efectivo por escritura pública, voluntad testamentaria y/o manifestación expresa y directa ante un juez. Lo dicho refleja una visión amplia y abierta del legislador, coincidente con la idea de salvaguardar los derechos civiles y económicos del menor; en tal sentido es viable afirmar que el reconocimiento no se circunscribe en estos casos simplemente a reconocer un estado de hijo, sino que involucra también el reconocimiento de derechos civiles y económicos del hijo por nacer respecto del padre y de la familia.

⁴² COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 4 de mayo de 1953*, t. LXXXV, p. 13. *Sentencia del 30 de junio de 1953*, t. LXXXV, p. 406.

⁴³ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. *Sentencia del 18 de octubre de 2000*. Magistrado Ponente doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles.

c) Reconocimiento. Acto por el cual un padre registra el estado de un hijo declarándolo suyo. En principio se entiende que dicho acto es la única prueba extrajudicial de la filiación extramatrimonial; además, es el medio de probar dicha filiación del hijo/a respecto del padre. Como antes se dijo, la filiación extramatrimonial respecto con relación al padre se establece por reconocimiento voluntario o por decisión judicial. Como medio de prueba que es, el reconocimiento voluntario conlleva ciertas características específicas, a saber:

- Es un acto personal, puesto que es la confesión que hace el autor del hecho para reconocer a una persona como su hijo; esta condición personalísima del acto significa que sólo los padres pueden llevarlo a cabo, individualmente o en conjunto, y que ni siquiera admite representación a través de apoderado.
- Es un acto declarativo, aunque no constitutivo del estado civil, ya que el hijo gozó de tal carácter desde el nacimiento. Así, el reconocimiento es una confesión implícita de la concepción y el nacimiento de su hijo, y en este sentido vale decir que el acto retrotrae sus efectos al nacimiento del menor ⁴⁴.
- Es un acto irrevocable, toda vez que luego de haber confesado no cabe retractarse de lo dicho ni dejar sin efectos el reconocimiento, aún con el expreso consentimiento del hijo. Esta condición se halla prevista en el artículo 1º de la Ley 75 de 1968.
- Produce efectos *erga omnes*, es decir, el hijo reconocido como extramatrimonial adquiere tal condición frente al padre o la madre y también respecto de terceros, en abierta coincidencia con el criterio de indivisibilidad del estado civil; además, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento se inscribe en documento donde se registra el estado civil, que es instrumento público y produce efectos plenos frente a terceras personas.

⁴⁴ Cfr. SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Op. cit.*, p. 273.

Por su parte, considerado como medio de creación de la filiación el reconocimiento también ofrece ciertos caracteres, como enseguida se indica:

- Es un acto jurídicamente voluntario, discrecional, no obligatorio. Al padre le asiste el deber moral y social de reconocer al hijo, lo cual no implica en caso alguno deber jurídico. Tratándose de reconocimiento forzoso la normatividad no otorga al hijo el derecho a ser reconocido, sino el derecho a que se declare jurídicamente su filiación, previa demostración en juicio ⁴⁵.
- Es un acto unilateral. Sobre este aspecto no es unánime la doctrina, toda vez que se discute si el reconocimiento se perfecciona por la sola voluntad del declarante, manifestada ante el juez bajo todas las formalidades, o por el contrario, si se requiere aceptación por parte del hijo, en virtud de la cual el acto sería necesariamente bilateral. Tratadistas colombianos como Roberto Suárez Franco y María Cristina Escudero Alzate –por citar sólo dos de ellos– opinan que en todo caso se está frente a un acto de carácter bilateral, puesto que del reconocimiento surgen obligaciones tanto para quien reconoce como para el hijo reconocido, sin que ninguna de las partes pueda legítimamente exonerarse de las obligaciones y compromisos derivados de la condición establecida ⁴⁶.

Además de ser un acto voluntario, al tenor del numeral 4 artículo 1º de la Ley 75 de 1968 el reconocimiento de menores es también legalmente potestativo de otras personas, toda vez que

“... el hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el Defensor de Familia o el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado

⁴⁵ ROYO MARTÍNEZ. *Derecho de familia*. Sevilla. 1949, p. 59. En: MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Op. cit.*, p. 249.

⁴⁶ Cfr. ESCUDERO ALZATE, María Cristina. *Op. cit.*, p. 250.

personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. ...”.

Más aún, entre las funciones del Defensor de Familia está la de procurar el reconocimiento voluntario de un hijo/a extramatrimonial por parte del padre; al efecto se tiene la figura de reconocimiento del hijo por juramento, en virtud de la cual dicho funcionario está facultado para citar al presunto padre y motivarle a que voluntariamente reconozca como suyo un hijo extramatrimonial; pueden solicitar esta diligencia al Defensor o directamente al juez, el hijo, sus parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de crianza del menor o ejerza su guarda legal. Con la citación, hecha efectiva si no hubo reconocimiento voluntario de la paternidad, se pretende que el supuesto padre (o eventualmente la madre) comparezca al despacho para declarar bajo juramento si cree tener tal calidad; si el notificado no comparece pudiendo hacerlo, se asume de su parte el reconocimiento tácito de la paternidad y se da curso al cumplimiento del trámite legal previsto ⁴⁷. A modo de comentario vale decir que el desempeño de tal función conlleva sin duda alguna la no deseable intervención de lo público en una cuestión que salvo contadas excepciones, por lo regular se maneja como asunto privado.

Cuando no puede o no quiere hacerse reconocimiento voluntario procede la acción de reconocimiento forzoso, para establecer la filiación mediante investigación judicial y juicio civil. Lo anterior está previsto en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936; disposición coincidente con la normatividad francesa de 1912 – como expresa el tratadista Luis F. Latorre–, y que además ofrece

“... la ventaja innegable de aprovechar en la interpretación y aplicación del nuevo estatuto, el valioso acervo de la jurisprudencia derivada de aquella ... (además) ... es evidente que nuestra ley,

⁴⁷ Cfr. *Investigación paternidad maternidad-filiación (Atención extrajudicial o Atención en Procesos Civiles). Acciones de protección integral en restablecimiento de vínculos (2004)* En: www.icbf.gov.co

por muchos aspectos, ha quedado mejor, más avanzada, más liberal que la francesa”⁴⁸.

Según el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, numerales 1 a 6, mediante reconocimiento forzoso se declara legalmente paternidad natural en los casos siguientes:

- Por raptó o violencia sobre la mujer que después fue madre;
- Si hubo seducción mediante dolo, abuso de autoridad o promesa matrimonial;
- Si existe carta u otro escrito equivalente a confesión de paternidad;
- Al comprobarse notorias relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre por la época presunta de la concepción;
- Por el tratamiento personal brindado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y el parto;
- Por posesión notoria del estado de hijo.

d) Derechos de niños, niñas y adolescentes. Se entienden como tales, el conjunto de beneficios y garantías que en su favor consagra explícitamente o nó la Carta Política, en materia de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales representativos de las condiciones mínimas requeridas para la supervivencia y desarrollo de la infancia. El mandato superior colombiano coincide en este aspecto con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de la ONU, 20 de noviembre de 1989, Resolución 44/25, vigente desde septiembre 2/90, aprobada por el Congreso Nacional mediante Ley 12 de 1991). De modo explícito los citados derechos aparecen constitucionalmente consagrados en el artículo 44 de la Carta Política, norma ésta que otorga especialísima protección a niños, niñas y adolescentes; tanto es así que en su inciso final establece: “... *Los derechos de los niños prevalecen*

⁴⁸ LATORRE, Luis Felipe. *El estatuto de la mujer casada*. Bogotá. KELLY. 1941, p. 135. En: MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de familia y de menores*, 9 ed. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional. 2004. p. 91.

sobre los derechos de los demás”. También nuestra Carta Política involucra implícitamente derechos y les otorga validez constitucional a través del artículo 94, que a letra dice:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Ahora bien, respecto de los menores y atendiendo al tema objeto de estudio en el presente trabajo, en nuestro medio revisten particular importancia los derechos a la filiación y a la identidad. El primero, aunque no explícitamente enunciado en el mandato constitucional, aún así puede y debe asumirse como derecho fundamental: todo menor tiene derecho a que se le defina su filiación, frente a lo cual compete al Estado el deber de garantizar al máximo las oportunidades de una progenitura responsable. Sobre el tema es ilustrativo el siguiente planteamiento de la Corte Constitucional:

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

‘(...) ... es claro que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. (...) y por ende constituye un atributo de la personalidad.

(...) Este derecho a la filiación en particular, así como en general el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se

encuentran además íntimamente articulados con otros valores constitucionales’”⁴⁹.

El derecho a la identidad, por su parte, está legalmente reconocido en la Ley 75 de 1968 “Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, en la Ley 7ª de 1979 que incluye normas sobre protección de la niñez y señala los derechos básicos y fundamentales de todo niño, y en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, art. 25). También en su artículo 44 la Carta Política vigente consagra en favor de los menores, entre otros los derechos fundamentales a un nombre y a una familia. Las disposiciones precedentes, junto con lo previsto en la antes citada Convención sobre Derechos del Niño, desarrollan normativamente el derecho natural de toda persona a gozar de una relación de parentesco y linaje respecto de sus padres biológicos y de su entorno familiar.

1.5. CONFESIÓN EN DERECHO

1.5.1. Definición. Son varias las conceptualizaciones aplicables al significado del término. Por ejemplo, se entiende como confesión en Derecho la declaración de las partes involucradas en un evento, respecto de los hechos personales objeto de controversia o sobre los cuales se requieren afirmaciones y/o negaciones que no han sido expuestas con anterioridad. Es también la declaración que contra sí misma hace una persona sobre la verdad de un hecho, o bien, la declaración mediante la cual una de las partes reconoce el derecho o la excepción de otra o cualquier hecho relacionado con ésta o aquél. En toda confesión intervienen dos partes: el ponente, que formula las preguntas y/o motiva las declaraciones esperadas; y el absolvente, quien responde o declara.

⁴⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-485 del 11 de agosto de 1992*. Magistrado Ponente doctor Fabio Morón Díaz.

1.5.2. Modalidades. En términos generales, doctrinalmente se reconocen las formas de confesión señaladas en la Figura 2:

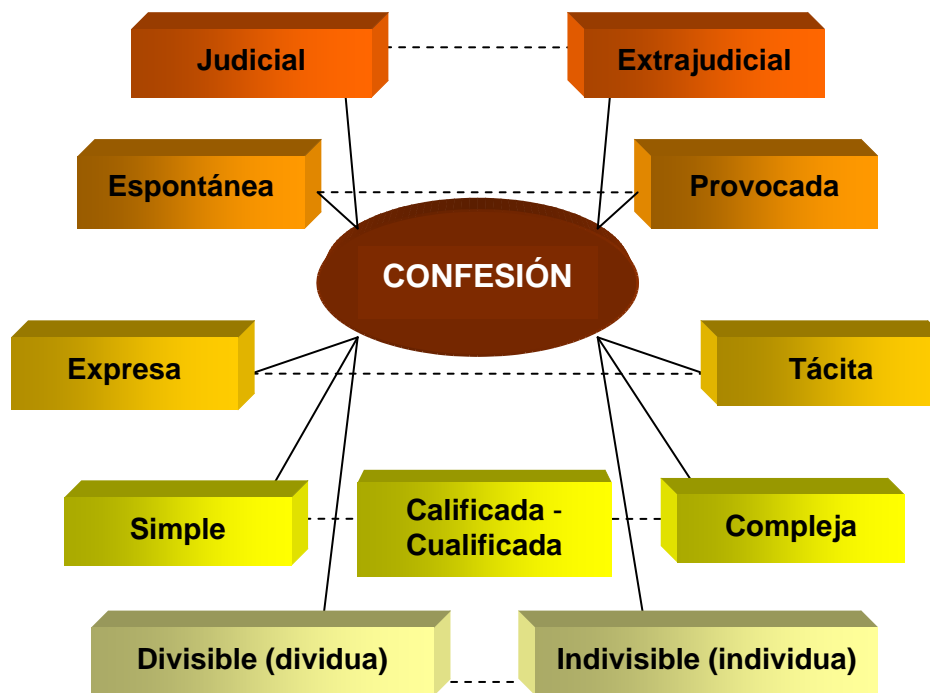


Figura 2. Modalidades de la confesión.

El Cuadro siguiente da cuenta, por comparación y/o contraposición, de las modalidades de confesión enunciadas y su respectivo significado.

Comparación y/o contraposición entre las modalidades de confesión	
<p>Confesión judicial: esto es, la que se presta en juicio ante juez competente. Puede hacerse por escrito en los pedimentos mismos, o hacerse verbalmente respondiendo a preguntas que el juez formule de oficio o con base en cuestionario o posiciones que la parte contraria presenta para tal efecto. La solicitud de confesión por una parte a la otra puede hacerse en cualquier estado del proceso antes de la sentencia, e igualmente puede exigirla de oficio el juez cuando en caso de duda le es prioritario acceder a la verdad. La parte a quien se pide confesión está obligada a hacerla efectiva, afirmando o negando el hecho en forma clara y decisiva,</p>	<p>Confesión extrajudicial: corresponde a aquella que una de las partes hace frente a la otra fuera de juicio, bien sea en carta o misiva, o en cualquier otro documento que no tenía por objeto servir de prueba del hecho sometido a consideración. También se tiene como tal la que se hace en juicio ante juez no competente para recibirla o motivarla. Por lo regular esta modalidad de confesión produce sólo prueba incompleta, aunque tratándose de deudas en dinero, por ejemplo, en ciertos casos es prueba plena y produce contra el confesante la obligación de pagar. Algunos autores sostienen que también es prueba completa la confesión prestada en ausencia</p>

Comparación y/o contraposición entre las modalidades de confesión	
con las explicaciones pertinentes, y absteniéndose de respuestas ambiguas o evasivas; la negativa a hacerlo o el hecho de callar se asumen en estos casos como confesión de hecho por aceptación.	de la parte contraria, si se repite ésta con mediación de tiempo. En materia penal la confesión extrajudicial nunca se considera plena prueba, aunque sí induce grave sospecha.
Confesión espontánea: la que se da sin que medie requerimiento judicial alguno.	Confesión provocada: como consecuencia de requerimiento judicial.
Confesión expresa: también llamada <i>verdadera</i> , conlleva el reconocimiento terminante y categórico de los respectivos hechos. Aquella hecha mediante palabras o señales que manifiestan clara y positivamente lo que se confiesa sin ambigüedad ni tergiversación	Confesión tácita: conocida también como <i>ficta</i> , es aquella inferible de algún hecho concreto, de la actitud asumida por aquel de quien se espera respuesta o contra quien se pide la prueba (por ejemplo con su no comparecencia sin alegar justa causa), o la que se supone por ley.
Confesión simple: modalidad a través de la cual aquel a quien se pide, reconoce simple y llanamente el hecho objeto de trámite por el cual se le pregunta y/o que ha sido afirmado por la parte contraria.	Confesión cualificada, confesión compleja: la primera tiene lugar siempre que al reconocimiento de un hecho se agrega otro no independiente del primero pero sí modificadorio o limitante de sus alcances, por ejemplo: he convivido con xx durante los dos últimos años, pero no soy el padre de su hijo por mi demostrable imposibilidad física de engendrar. Se habla de confesión compleja cuando reconociendo el hecho y agregándosele otro que limita sus alcances, ambos hechos resultan separables o independientes; por ejemplo: convivía con xx cuando concibió su hijo, pero ella misma me dijo que yo no era el padre.
Confesión dividua (divisible): es una subdivisión de la confesión cualificada; tiene lugar cuando quien propuso la prueba puede hacer valer ésta en el aspecto que lo favorece, pudiendo separar las circunstancias desfavorables; esta modalidad goza de la fuerza de una confesión, salvo que el confesante pruebe la modificación o circunstancia adicionadas al hecho respecto del cual se está preguntando.	Confesión individua (indivisible): ocurre cuando la circunstancia o modificación añadida es inseparable del hecho preguntado; desde esta perspectiva, quien pretenda beneficiarse con la confesión debe aceptarla en su totalidad, no puede utilizar únicamente lo favorable de la declaración y omitir aquello que no le interesa o no le favorece; además, todo adversario que pretenda beneficiarse de una confesión de este tipo deberá probar que es falsa la circunstancia o modificación añadida.

1.5.3. Características. En primer término, es propio de la confesión el hecho de que ésta sólo tiene relevancia jurídica y valor probatorio sobre el supuesto de la absoluta espontaneidad de quien confiesa, de modo que cuando por cualquier medio se logra una confesión forzada no puede considerársela como

tal, y además se atenta directamente contra los derechos humanos. Así las cosas, toda afirmación asumida como confesión, en su forma externa deberá darse libre de imposiciones o amenazas; incluso se tiene que la simple exhortación a la persona para que diga la verdad, así parezca un llamado antes que una orden, en determinado momento puede convertirse en presión coactiva capaz de causar impacto negativo sobre la libertad y el ánimo de quien responde.

Además de lo anterior, la confesión se tiene como acto único y de una vez, por parte de una persona y a solicitud o en favor de su adversario, de modo que se le califica como indivisa; lo dicho significa que no se puede admitir en una parte y desechar en otra, ya que el respectivo acto se constituye como unidad de todas sus partes, condicionadas entre sí, sin que el interesado pueda aprovechar sólo la parte que le es favorable. Lo dicho es regla general para la mayoría de eventos civiles y comerciales ⁵⁰; y si es susceptible de alguna excepción sólo se hará efectiva ésta ante fuertes presunciones contra la condición o circunstancia que modifica la confesión.

También como parte de su caracterización es oportuno señalar que la confesión no debe ni puede asimilarse a la denominada admisión de los hechos; a veces los ordenamientos muestran dificultades en la delimitación de uno y otro concepto, pero lo cierto es que no debiera darse tal confusión, ni desde el punto de vista conceptual ni tampoco en sus efectos, toda vez que se trata de dos instancias por completo diferentes e independientes. La confesión judicial, por ejemplo, se considera como medio de prueba, mas no así la aceptación de hechos; más aún, las normas sobre valoración de una confesión pertenecen a la fase procesal en que el juez (ya sea atendiendo a normas trazadas, ya sea

⁵⁰ No aplica lo propio en materia penal, puesto que al respecto doctrinalmente se tiene que la confesión que el reo hace de haber cometido el delito, pero en su propia defensa, puede admitirse en una parte y rechazarse en otra.

por el principio de libre valoración de la prueba) valora la prueba practicada y determina si una afirmación de hecho ha quedado probada; para lo cual como es apenas obvio, es necesario que se trate de un hecho controvertido, sobre todo si se toma en cuenta que respecto de hechos notorios no se requiere prueba alguna ⁵¹.

Adicionalmente es importante destacar que si una confesión no se limitó al hecho sobre el cual se pidió, incluyendo sus circunstancias y modificaciones, sino que se extendió a hechos sobre los cuales no fue requerida la parte, entonces no se tendrá como indivisa, dando lugar a su admisión parcial.

En el ámbito propiamente judicial toda confesión es prueba completa contra su autor, de modo que si éste reconoce o declara positivamente sobre lo que se le pide o pregunta, queda por completo probado el hecho sin necesidad de prueba adicional sobre éste. Dicho de otro modo: es como si el confesante se juzgara a sí mismo, por lo cual se afirma que la confesión se asimila a cosa juzgada.

1.5.4. Requisitos de validez. Para operar efectivamente contra quien la hace, la confesión supone las condiciones o circunstancias siguientes:

- Mayoría de edad del confesante, o en el caso de menores su representación por un curador.
- Que se haya dado con total libertad, no por la fuerza o por miedo de muerte o deshonra; tampoco mediante coacción física o moral, ni como resultado de promesas, dádivas, engaños o manipulación de cualquier tipo.
- Que se haga a sabiendas o a ciencia cierta, no por ignorancia ni por error de hecho.

⁵¹ Notorio quiere decir en estos casos lo públicamente conocido, por oposición a lo judicialmente notorio o del ámbito judicial específico.

- En eventos penales, que sea cierta la existencia del cuerpo del delito; por ejemplo, si alguien confiesa haber dado muerte a una persona que después aparece viva o que llega a saberse que murió por causas naturales, es claro que dicha confesión carece de efecto alguno.
- Que el confesante lo haga contra sí mismo o para obligarse a otro, nunca en favor propio ni contra un tercero.
- Que en todos los casos se haga efectiva ante autoridad o instancia competente.
- Que idealmente se haga en presencia de la parte contraria o de su apoderado, aunque en la realidad casi nunca opera este formalismo y, por el contrario, se tiene por suficiente que la confesión conste en los expedientes y sea comunicada luego al interesado.
- Que sus efectos recaigan sobre cosa, cantidad, hecho o evento determinado; para lograrlo, quien la recibe legalmente debe apremiar para que las respuestas o afirmaciones sean categóricas y con la mayor especificidad posible.
- Que no sea contraria a la naturaleza ni a la ley.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. CONTENIDO, VALOR SOCIAL Y VALOR LEGAL DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La resolución alternativa de conflictos abarca el conjunto de procedimientos que a través de mecanismos establecidos por la ley o la costumbre, permiten resolver un conflicto sin recurrir a la fuerza o sin la intervención directa de un juez, siempre y cuando los hechos sean de carácter disponible y transigible. Es un instrumento conducente allanar conflictos jurídicos por otra vía que no es ya la justicia institucional, tradicional u ordinaria. Atendiendo a los elementos que concurren para conformar su contenido y valor social, es válido afirmar que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos) son aquellas formas de administrar justicia en virtud de las cuales, de manera consensual o por requerimiento previo, los protagonistas de un conflicto –ya sea en el transcurso de un proceso, en etapa previa al mismo, o extraprocesalmente– concurren en forma voluntaria y legítima ante tercero –el mediador– a fin de solucionar diferencias a través de un acuerdo satisfactorio por igual para las partes, cuya culminación conlleva un acta suscrita conjuntamente que goza de amparo legal en todas sus partes y para todos sus efectos, es cosa juzgada en la mayoría de casos y presta mérito ejecutivo, es decir, hace inmediatamente exigible el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

En el proceso de solucionar conflictos y procurar socialmente una cada vez mejor calidad de vida y buen grado de interrelacionamiento entre las personas, el Derecho ha venido abriendo de un tiempo a esta parte nuevos espacios, bajo

el interés prioritario de que no todo conflicto se someta al trámite judicial, sino que válidamente se acuda a la posibilidad legal de una solución pacífica y negociada frente al mismo; lo dicho, tanto para contribuir a descongestionar despachos judiciales, como sobre todo buscando de los ciudadanos posturas cada vez más consecuentes como sujetos activos capaces de generar procesos aptos para afrontar realidades conflictivas desde perspectivas personalizantes y humanizadoras. Al efecto se requieren ciertas condiciones internas y externas favorecedoras del buen intercambio de planteamientos (mensaje) entre emisor y receptor, a través de códigos (gestos, actitudes, posiciones, etc.); emisor y receptor cuentan con el apoyo eficaz del mediador, y tanto estos como los códigos están directamente ligados a un referente conceptual representado precisamente por el conflicto que pretende solucionarse.

En la figura siguiente se esquematizan los elementos partícipes en un evento de solución pacífica de conflictos:

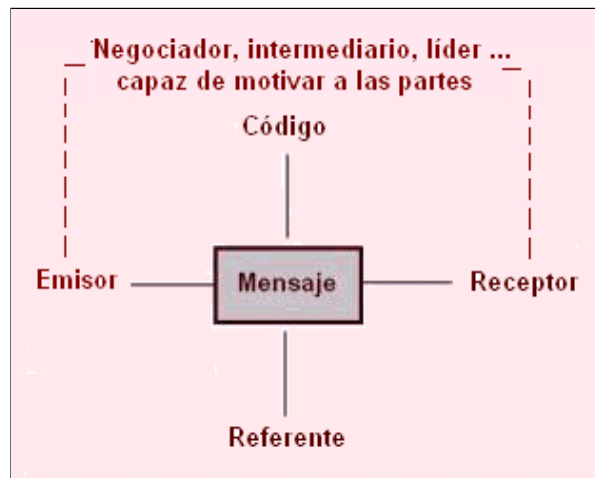


Figura 3. Factores involucrados en la solución pacífica de conflictos.

En nuestro medio colombiano los planteamientos precedentes sobre solución pacífica y negociada de conflictos comenzaron a manifestarse y fortalecerse

sobre todo a partir de la Carta Política de 1991, cuyo impacto social y las implicaciones del mismo se traducen en el propósito constitucional de conformar un nuevo modelo de sociedad capaz de trascender realidades sociales de hoy, a la luz de un deber-ser cuyo fundamento básico es la participación ciudadana como auténtica instancia posibilitadora del ideal social en términos de libertad, igualdad, paz, justicia y demás derechos fundamentales concomitantes constitucionalmente consagrados. Condición que a su vez pretende motivar y generar en los ciudadanos conciencia y reflexión desde sí mismos y al interior de su entorno social, en procura de la materialización concreta del ideal social contenido en el mandato superior, lo que a su turno supone el aprendizaje colectivo para hacer efectiva la democracia en sus diferentes aspectos.

En términos generales, lo expuesto es uno de los factores que contribuyen a legitimar la existencia y el accionar del Estado de Derecho –Colombia se caracteriza como tal–, en y desde la perspectiva de su capacidad para ofrecer alternativas a la resolución de conflictos. Para este fin se requieren normas claras que permitan soluciones justas y equitativas. Sin duda alguna la justicia, vista y entendida como instancia mediadora de todo el proceso, se encarga de aunar los factores de legitimidad aplicables a la moderna organización política, tales como convivencia pacífica, credibilidad en las instituciones, confianza ciudadana en sus gobernantes, e inclusive los indicadores de crecimiento económico; todos estos factores tienen especial significado por sus connotaciones sociales, y porque de su calidad depende en buena medida la percepción favorable o no de los ciudadanos frente a la institucionalidad judicial, permitiéndoles en definitiva captar hasta qué punto cuentan o no con la posibilidad real de un auténtico sistema de resolución de conflictos ajeno a la instancia jurisdiccional propiamente dicha.

Es evidente que cuando se percibe de modo negativo la institucionalidad como instancia capaz de resolver extraprocesalmente un conflicto, la violencia por cuenta propia y la judicialización a toda costa, se convierten en formas predominantes para resolver disputas, omitiendo que éstas pueden dirimirse bajo otros mecanismos legales igualmente oportunos, entendiéndose como tales los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos: instancias válidas y legítimas, previstos para aportar amplios beneficios extralegales y respuestas adecuadas frente a diversas situaciones problemáticas susceptibles de someterse a su consideración.

Ahora bien, dentro de toda esta conceptualización debe atenderse especialmente a los diversos factores involucrados, máxime cuando se advierte con facilidad que en los distintos países la administración de justicia compete al Estado, constituyendo por lo regular uno de los servicios de más difícil prestación debido a situaciones concomitantes tales como inmanejables índices de corrupción, lentitud procesal, escasez de recursos, falta de independencia del poder judicial y la inequidad muchas veces observable –entre otras causas–, además de representar una pesada carga presupuestal y burocrática. De ahí –entre otras razones– que en torno al sistema judicial formal se hayan venido implementando en los últimos tiempos programas de reforma y modernización, donde tienen particular cabida los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, toda vez que estos se orientan a resolver pacíficamente situaciones sin necesidad de judicializarlas.

Aún más, no es aventurado afirmar que en naciones latinoamericanas tercermundistas, donde no siempre la administración de justicia es capaz de responder eficazmente a las respectivas demandas sociales, y ante la necesidad de copar este vacío, los propios usuarios del servicio de justicia –en algunos de los casos con el auspicio y apoyo del Estado– han promovido la utilización de mecanismos alternativos a la justicia ordinaria, tales como la

mediación, el arbitraje, la conciliación o la justicia de paz, para solucionar sus conflictos en forma ágil y oportuna.

Se trata de mecanismos que ofrecen ventajas sociales concretas, sobre todo porque se han convertido en medios más eficaces y menos onerosos que el poder judicial para lograr la solución pacífica de disputas, permitiendo superar en parte la llamada “cultura de judicialización de los conflictos”, cuyos fundamentos están representados en la figura siguiente:



Figura 4. Cultura de judicialización de los conflictos ⁵².

Atendiendo a esta particular ventaja relativa de los menores costos y en ciertos casos eficacia superior a la del poder judicial, que los Mecanismos Alternativos

⁵² Tomado de: *Caleidoscopio de la justicia*. Boaventura de Souza, Santos. 2001.

de Solución de Conflictos representan, una marcada y eficaz corriente doctrinal se orienta a mejorar el funcionamiento del sistema judicial mediante la reducción de la demanda del servicio de justicia por parte de la sociedad, esto es, promoviendo desde la perspectiva legal que se reduzcan los conflictos susceptibles de trámite judicial y ofreciendo al efecto opciones extrajudiciales legítimas a través de los mecanismos alternativos. El por qué de esta realidad está íntimamente ligado a factores tales como la identificación por la ciudadanía de insuficiencias en el sistema judicial y en la administración misma de justicia, o el creciente déficit de recursos frente al índice de conflictividad propio de las sociedades actuales, ya que por lo general las cifras de este último superan ampliamente las asignaciones previstas para los sistemas judiciales.

Ahora bien, desde el punto de vista legal algunas de las limitaciones de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos provienen de los límites temporales y materiales de su ámbito de aplicación; los primeros representados en el carácter transitorio y excepcional de tales Mecanismos; los segundos, en que no todas las materias son susceptibles de disposición y transacción, y en que no todas las personas están dispuestas y/o son capaces de transigir.

De otra parte, no debe ni puede afirmarse que el uso de medios extrajudiciales para solución de conflictos niega la vía judicial o la justicia formal; por el contrario, desde su propia perspectiva todos ellos contribuyen al fortalecimiento de esta última como tal, sobre todo teniendo en cuenta que favorecen tanto la reducción de eventos sometidos al trámite puramente legal, como la reducción de la carga de trabajo en los despachos y para los respectivos funcionarios.

Además de lo hasta ahora dicho, en las perspectivas tanto social como legal los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos son instrumentos de

innegable trascendencia y valor, representando ventajas y beneficios de diversa índole de conformidad con criterios como los que enseguida se indican ⁵³:

- Sin desconocer la existencia del monopolio estatal como instancia para la resolución de conflictos, limitan dicha intervención a ciertos ámbitos como el Interés público, por ejemplo, permitiendo que instancias privadas intervengan eficazmente para saldar diferencias en ciertos aspectos de la vida cotidiana.
- Permiten soluciones justas a conflictos colectivos que se resuelven adecuadamente, al tiempo que facilitan el tratamiento y solución de casos de los sectores populares, situación de difícil ocurrencia en la justicia institucional u ordinaria por las dificultades procedimentales y los altos costos.
- Propugnan por una cultura de paz, dando lugar a que la litigiosidad represada propia de sociedades como la nuestra, se canalice a través de esta modalidad, con la ventaja adicional de que por lo regular también se minimizan las secuelas de violencia que pudieran obstaculizar el funcionamiento de estos mecanismos.
- Representan la tendencia eficaz hacia la reestructuración de los sistemas judiciales, teniendo como fundamento predominante la posibilidad real de brindar facilidades para que una cada vez mayor y más significativa gama de conflictos pueda acceder a la justicia en procura de equidad y de orden social.
- Fortalecen la democracia participativa como vía expedita para solucionar determinadas controversias.

⁵³ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Conciliación, comentarios a las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001*. En: *XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Memorias)*. Bogotá: Universidad Libre. 2001.

- Se basan en el interés y la auténtica disposición de las partes a lograr un acuerdo que supone de cada una ellas el ánimo de transar.

Otro de los aspectos significativos respecto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos desde la perspectiva social de su aplicación se refiere directamente a la clasificación de los mismos, esto es: adversariales y no adversariales. Los primeros conocidos también como heterocompositivos, de los cuales quizá el más generalizado en nuestro país es el arbitraje. Y los no adversariales o autocompositivos ⁵⁴, destacándose de estos en nuestro medio la negociación, el arbitraje, la conciliación extrajudicial y la justicia de paz. Por último, como características prioritarias de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos –tanto adversariales como no adversariales– que contribuyen a fortalecer el valor social de los mismos, se destacan las siguientes ⁵⁵:

- Respecto de **la voluntariedad para su despliegue**: mediación, negociación y arbitraje son absolutamente voluntarios; la voluntariedad de la conciliación extrajudicial se ve limitada a la decisión unilateral de la parte citada para presentarse o no a la audiencia, sin omitir que institucionalmente es obligatoria la conciliación extrajudicial preprocesal para los eventos legalmente previstos.
- **Sobre aspectos formales**: para la mediación y la negociación no se ha establecido una estructura formal determinada; el arbitraje, la conciliación extrajudicial y la actuación del juez de paz sí se someten a ciertos formalismos y a etapas por cumplir.

⁵⁴ ALARCÓN FLORES, Luis Alfredo. *Los medios alternativos de solución de conflictos – Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*. En: <http://www.monografias.com>

⁵⁵ ALARCÓN FLORES, Luis Alfredo. *Op. cit.*

- **Control de las partes sobre el proceso:** en la mediación y en la negociación dicho control es alto; en casos de conciliación extrajudicial y justicia de paz el control ejercido es de grado medio, y en el arbitraje lo es aún menor.

- **Intervención de terceros neutrales:** en la negociación no se produce ésta puesto que el negociador representa una de las partes, mientras que en despliegue de los demás mecanismos alternativos sí ocurre tal intervención. Así, en la mediación el tercero neutral es el mediador (juez de paz), en la conciliación extrajudicial lo es el conciliador extrajudicial, y en arbitraje se le denomina árbitro.

- **Duración del proceso:** negociación y mediación son generalmente procesos cortos, dependiendo de actitud de las partes y del tercero neutral; también es casi siempre corto el proceso de conciliación extrajudicial, que está sujeto al legislador. Por el contrario, generalmente el arbitraje toma más tiempo.

- **Obligatoriedad de cumplir el acuerdo o laudo:** mediación y conciliación extrajudicial conllevan la posibilidad de acuerdo voluntario, y si éste se produce es de obligatorio cumplimiento entre las partes; en el caso del arbitraje el laudo arbitral es decisión exclusiva del tercero neutral pero asimismo es obligatorio para las partes.

- **Confidencialidad:** en eventos de mediación y negociación ésta es a discreción de las partes; en la conciliación extrajudicial tanto las partes como el conciliador deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto; en el arbitraje la excepción a la confidencialidad se produce en el supuesto de solicitarse nulidad del fallo.

- **En cuanto a economía:** salvo por el nombramiento de negociadores, en la negociación posiblemente no se produce desembolso alguno, puesto que no

participa un tercero neutral; en la mediación, en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial, por el contrario, intervienen terceros neutrales cuyos servicios privados deben pagarse.

2.2. CONCILIACIÓN Y JUSTICIA DE PAZ COMO MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

De acuerdo con lo que ha venido exponiéndose, sin duda los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos representan hoy opciones válidas para solucionar conflictos y son posibilidades reales de fácil acceso a la justicia sin la excesiva tramitomanía y los altos costos que conlleva la justicia ordinaria. Asimismo, se da por aceptado que en general las sociedades actuales afrontan dificultades objetivas para la resolución de diversos conflictos por el aparato estatal, teniendo en cuenta factores tales como la escasez de recursos físicos y materiales, el alto número de procesos o la congestión de despachos, por mencionar sólo algunos. Lo anterior es fácilmente comprobable en la realidad, y de ahí –entre otras razones– la tendencia hacia los mecanismos de justicia comunitaria y extraprocesal, que permiten a los interesados resolver sus propias controversias al margen de la justicia formal, sin excesivas trabas y con iguales resultados prácticos.

Es precisamente ahí donde tienen cabida la conciliación y la justicia de paz con sus variadas ventajas –y también con sus limitaciones y riesgos que no es posible desconocer–, en tanto ambos mecanismos materializan un propósito social, además de ser significativos como generadores de paz, motivadores de la transacción y fortalecedores de la democracia; capaces de contribuir a la reducción de la violencia social a través de nuevos espacios consensuales y constructivos ⁵⁶ que permiten hoy en día afrontar situaciones conflictivas bajo

⁵⁶ Cfr. ARDILA, Edgar. *Hacia un modelo de justicia desde la comunidad*. En: *Corporación Excelencia en la Justicia. Justicia y desarrollo*, 10 (1999), pp. 56 y ss.

formas adecuadas para su resolución, hecho que hasta hace poco casi nunca se daba sobre todo como consecuencia de las dificultades propias de la justicia formal. Así las cosas, puede afirmarse que el surgimiento y puesta en marcha de estos mecanismos parece no sólo necesario sino conveniente, tanto para abortar ciertas formas de violencia como para poner fin a conflictos cotidianos con credibilidad, legitimidad y sin someterlos a excesiva tramitomanía procesal.

Lo dicho, además, es válido sobre todo tratándose de conflictos no resueltos al interior de los sectores sociales más débiles y desprotegidos económicamente, donde discrepancias incluso por motivos baladíes adquieren dimensiones de alta y muy vivencial significación para los involucrados; por ejemplo, entre asalariados que reciben el salario mínimo fácilmente genera violencia física una disputa por 20 mil pesos –conflicto que por su escaso monto nunca llegaría a un despacho judicial–; por el contrario, diferencias por altas sumas de dinero entre personas de altos ingresos, seguramente se tramitarán ante un juez civil.

Ahora bien, la realidad social permite observar que en nuestro medio existe lo que pudiera llamarse "litigiosidad represada", es decir, la existencia de muchos conflictos no resueltos y que ni siquiera llegan a conocimiento de la administración de justicia. Frente a ello, la conciliación y la justicia de paz se ocupan de estas causas logrando especial y favorable impacto entre las personas en particular y las comunidades en general, porque a través de ambos instrumentos encuentran alternativas reales para resolver sus diferencias de manera equitativa, pacífica y democrática, de manera informal y por consenso, con la ventaja adicional de el acuerdo conciliatorio y la sentencia del juez tienen validez legal.

No sobra destacar que un factor de particular interés respecto de la conciliación y la justicia de paz, es el criterio de equidad que los dos mecanismos conllevan. Equidad cuyo deber-ser básicamente se traduce en que tanto el acta conciliatoria como la decisión del juez reflejan los intereses de los involucrados sin ventajas adicionales para ninguno y en que se manifiestan criterios de justicia reconocidos como tales por los propios participantes en el respectivo evento, siempre desde la perspectiva de la transacción, acercándose así en buena medida el Derecho a lo popular con el natural impacto positivo que ello genera; igualmente, se trata en ambos casos de opciones altamente participativas que restituyen a las personas y a las comunidades su capacidad de resolver sus propias controversias, toda vez que tanto el acta de conciliación como las decisiones del juez de paz se fundan en el sentir de las partes y respetan sus intereses.

Más aún, no puede ni debe omitirse la idea de que la solución conciliada de un conflicto tiende a fortalecer dos virtudes democráticas esenciales al individuo y a sus procesos de sana convivencia, a saber: por un lado su autonomía, enseñándole a manejar sus propios problemas, y por el otro lado la búsqueda del acuerdo, que motiva y obliga a la persona a transar, a comprender al otro e inclusive a tomar en cuenta sus intereses y valores, fortaleciéndose con ello la solidaridad, el respeto y la capacidad para reconocer y aceptar las diferencias y del pluralismo.

El consenso en la búsqueda de acuerdos conciliatorios y en los casos de conflicto sometido a la justicia de paz, también juega papel prioritario como parte de la deliberación, de la discusión mediada por el conciliador y de la intervención del juez en procura de allanar diferencias y lograr el reencuentro entre las partes, puesto que a través del diálogo respetuoso y participativo se aprende tanto a defender los derechos propios como a reconocer la legitimidad de los ajenos. Todo lo cual representa, como es apenas lógico, una muy

significativa ventaja derivable de ambas modalidades de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Adicionalmente, vale reiterar lo dicho desde un comienzo, en el sentido de que como manifestación que son de instancias de justicia informal, tanto la conciliación como la justicia de paz contribuyen a descongestionar los despachos, librándolos de eventos controversiales que no ameritan tratamiento judicial; lo cual representa alivio a la carga de los jueces que idealmente debiera traducirse en mayor agilidad y eficacia frente a las diversas situaciones sometidas al trámite judicial. Además, bajo estas condiciones el acceso a la administración de justicia y la credibilidad y legitimidad de la misma, deberían incrementarse, en beneficio de la democracia y la paz sociales.

Ahora bien, a pesar de las indudables ventajas antes reseñadas, no pueden en modo alguno desconocerse las limitaciones o riesgos inherentes a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Se empieza por destacar en este sentido, que estas formas de resolución de conflictos operan adecuadamente sólo en determinados contextos y para determinadas situaciones legalmente previstas, por lo cual suelen no ser viables en otros escenarios y no tienen validez frente a hechos no susceptibles de transacción. Sobre el particular es ilustrativo el criterio del profesor Rodrigo Uprimmy, exmagistrado auxiliar de la Corte Constitucional, quien expone lo siguiente:

“... numerosas investigaciones empíricas han concluido que el presupuesto para que funcionen justicias consensuales es la existencia de una sociedad civil vigorosa, que se funde en valores compartidos. Así, en su trabajo sobre justicia sin derecho, sostiene Feuerbach que la integración valorativa, cultural y normativa de la comunidad es un condicionante del éxito de la justicia privada comunitaria, pues ‘sólo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos,

existe la posibilidad de justicia sin derecho', esto es, de una justicia aplicada por la misma comunidad"⁵⁷.

Otra de las limitaciones se refiere a que precisamente por la idiosincrasia de nuestra sociedad y teniendo en cuenta el nivel sociocultural de los estratos más bajos –que es quizá donde más cabida pueden tener mecanismos como la conciliación y la justicia de paz–, ocurre que no siempre se logran con ellos el éxito y los resultados esperados, puesto que en lugar de favorecer la sana convivencia y el entendimiento entre las personas, se llega más bien a favorecer acciones no deseables por parte de terceros interesados que en determinado momento se hacen parte de los eventos y logran su propósito de desviar la intencionalidad inicial; en el caso de la conciliación quizá no es tan manifiesto este hecho como sí en el de justicia de paz, que a veces no opera para contribuir a democratizar la sociedad sino para “... *perpetuar situaciones de dominación y exclusión*”⁵⁸, dando lugar a resultados injustos para las partes cuando hay desigualdad entre ellas, sobre todo porque en estas oportunidades la tendencia se inclina del lado de quien más poder o recursos tiene. Además, eventualmente ocurre que como resultado de esa injusticia, la justicia informal genera situaciones indeseables que incluso llegan a traducirse en venganza y mayor violencia.

De lo anterior se infiere, entonces, que mecanismos de este tipo no siempre son el ideal que debe aplicarse, y de ahí también la imposibilidad de omitir por completo la justicia formal para ciertos eventos y contextos específicos. Para reforzar lo expuesto e ilustrar sobre negociaciones no deseables en determinado escenario, se tiene por ejemplo el caso de conciliaciones sobre grave violación de derechos humanos o por homicidios dolosos, que pueden ser racionales, válidas y oportunas para las partes directamente involucradas, pero

⁵⁷ Ver: Jerold Auerbach S. *Justice Without Law*. Oxford University Press, 1983, p 16. Citado por: UPRIMMY, Rodrigo. *Jueces de paz y justicia informal: una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones*, p. 8. En: http://www.djs.org.co/pdf/libros/ru_juecesPaz.pdf

⁵⁸ UPRIMMY, Rodrigo. *Íbid.*, p. 8.

que globalmente resultan cuestionables por considerar que a través de las mismas se legitiman e incluso se incentivan esos comportamientos atroces; siendo precisamente esta posición cuestionadora la que en ocasiones promueve más violencia social ⁵⁹.

En todo caso, conciliación y justicia de paz no siempre son por completo efectivas, por lo cual es imposible asumirlas como instrumentos exclusivos para solucionar conflictos, sobre todo porque haciéndolo se estaría legitimando al Estado para liberarse parcialmente de brindar el obligatorio servicio público de administrar justicia en todos los niveles y formas, ante la coexistencia de dos modalidades discriminatorias de ésta: la justicia judicial, “de primera”, al alcance de los ciudadanos más pudientes, y la justicia informal o “de segunda”, donde se inscriben los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, apta para las gentes de menores recursos. Lo anterior no sólo sería inaceptable desde el punto de vista jurídico, sino que además vendría también a ser una abierta discriminación entre los ciudadanos, en franca contradicción con el principio de igualdad y el derecho a la misma que consagra la Carta Política actual.

De este modo, y en ello se advierte una eventual desventaja, instrumentos de justicia informal como los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, perderían de algún modo su representatividad y validez, puesto que lejos de facilitar verdaderamente el acceso a la justicia y de mostrarse como una auténtica opción de servicios, en ocasiones serían más bien un obstáculo. Sobre este particular es ilustrativa la posición de la Corte Constitucional cuando mediante sentencia C-160 de 1999, declaró inexecutable la obligatoriedad de algunas normas que adoptaban la conciliación como requisito de procedibilidad

⁵⁹ Cfr. GUTIÉRREZ SANÍN, Francisco. *Gestión del conflicto en entornos turbulentos. El caso colombiano*. En: GUTIÉRREZ SANÍN, Francisco et al. *Conflicto y contexto. Resolución alternativa de conflictos y contexto social*. Santa Fe de Bogotá: TERCER MUNDO, 1997. pp 86 a 88.

en materia laboral, por considerar que la rigidez de tal requisito era violatoria el derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia; lo dicho, por cuanto el entonces denominado Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no disponía de los recursos físicos y de personal para atender en forma pronta, oportuna, eficaz y eficiente las solicitudes de conciliación, convirtiéndose dicho requisito en un obstáculo desproporcionado que impedía el acceso oportuno a la justicia formal cuando fuere necesario.

Así pues, varios son los factores que en determinado momento atentan contra el potencial democratizador de justicia pretendido a través de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, entre los cuales la eventual desigualdad de las partes, la instrumentalización por fuerzas políticas y/o su utilización como descarga de obligaciones estatales y mecanismo para desarticular demandas sociales colectivas. Precisamente factores como los enunciados y otros similares que pudieran presentarse, conducen a que la informalidad –por lo regular representativa de una de las grandes ventajas de estos mecanismos– sea en ocasiones más un peligro que un beneficio, por ausencia de garantías en algunos casos y en otros por eventual vulneración de los derechos ciudadanos.

Adicionalmente, se da por entendido y aceptado que conciliación y justicia de paz, en su calidad de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y como manifestación clara de la justicia informal, no sirven para todos los casos ni aplican adecuadamente respecto de ciertos conflictos. Por tanto, para su efectividad se requieren estrategias concretas potencializadoras de sus virtudes y beneficios y aptas para reducir riesgos y limitaciones. La implementación eficaz de tales estrategias deberá permitir que ambos instrumentos dejen de considerarse como un simple procedimiento y se vean como auténtico “negocio jurídico”, puesto que uno y otro involucran manifestaciones de voluntad para poner fin a las diferencias, mediante un convenio o al tenor de la decisión de un

juez al efecto facultado; convenio y decisión susceptibles de ser en y por sí mismos un contrato, puesto que contienen obligaciones y/o prestaciones a cargo de las partes; vale destacar que tratándose de la conciliación, el “negocio jurídico” de ella derivable es bilateral y surte efectos sólo en la medida en que satisfaga los requisitos pertinentes, algunos de éstos consagrados en el artículo 1502 del C.C.

2.3. CARACTERÍSTICAS, VENTAJAS Y FUNDAMENTOS LEGALES DE LOS MECANISMOS DE CONCILIACIÓN Y JUSTICIA DE PAZ

2.3.1. Características. Desde su condición como instrumentos idóneos para la solución pacífica de conflictos, la conciliación y la justicia de paz involucran una serie de factores que favorecen su aplicación y al mismo tiempo permiten reconocerlos desde sus propias perspectivas. Un factor común a ambos lo es la transacción que conllevan, condición básica involucrada en todo tipo de eventos conciliatorios y ante los jueces de paz: de ahí la importancia aquí otorgada a dicho factor, inclusive desde la perspectiva de sus connotaciones legales en diferentes países, para dar cuenta de cómo se entiende y se asemeja el respectivo concepto en diferentes codificaciones civiles.

Además, para reforzar contextualmente la alusión al tema, se adopta como punto de partida la definición del término: Etimológicamente transacción proviene del latín *transigere* = pasar a través de ..., y de *transigir* = trato o acuerdo. En la perspectiva jurídica se entiende como transacción el convenio para solucionar una diferencia, y transigir representa la acción mediante la cual se resuelven voluntariamente asuntos en discordia⁶⁰. Para transar sobre determinado hecho o asunto necesariamente se requieren cuatro elementos, a saber:

⁶⁰ Cfr. *La palabra por la imagen*

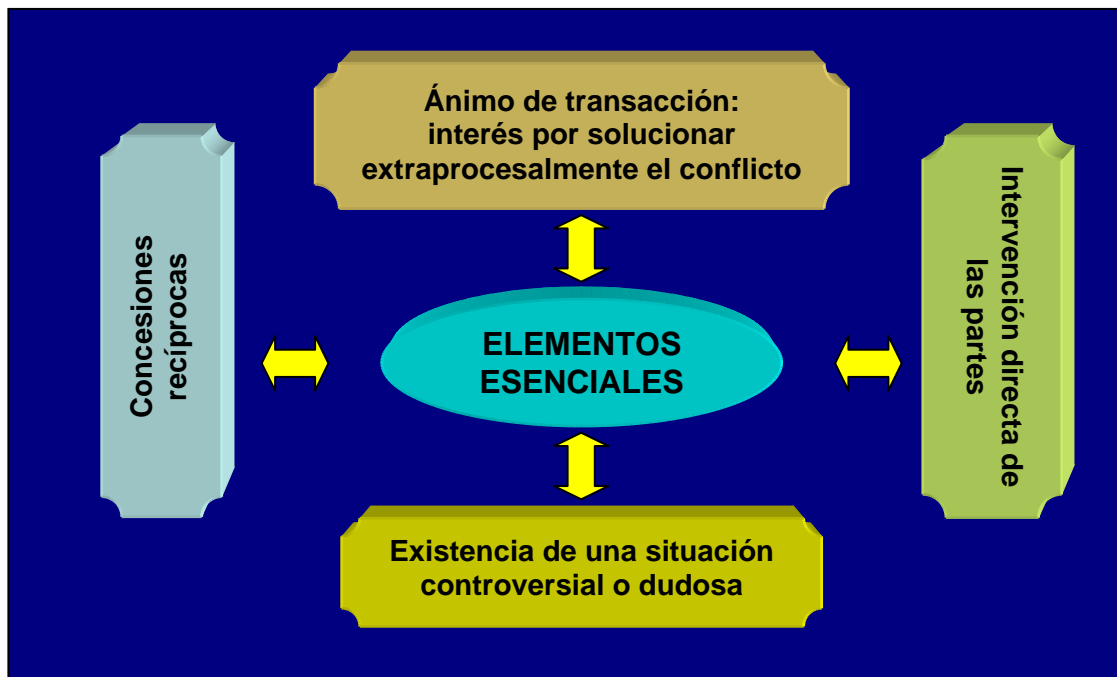


Figura 5. Elementos esenciales de la transacción

Vista a grandes rasgos la naturaleza de la transacción, oportuno es también reseñar la normatividad civil de algunos países en torno a la misma, así:

PAÍSES	NORMA CIVIL CORRESPONDIENTE
Francia	Artículo 2044: “La transacción es un contrato por medio del cual las partes terminan una controversia surgida o previenen una controversia por surgir
España	Artículo 1809: “... es un contrato por el cual las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado
Argentina	Artículo 832: “La transacción es un acto jurídico bilateral por el cual las partes se hacen concesiones recíprocas y extinguen obligaciones litigiosas o dudosas. Las diversas cláusulas de la transacción son indivisibles”.
Venezuela	Artículo 1713: “Contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones terminan un litigio pendiente o precaven uno eventual”.
Italia	Artículo 1962: “Por el contrato de transacción las partes se hacen recíprocas concesiones y ponen fin a un litigio comenzado o prevén una litis que puede surgir entre ellas”.
Chile	Artículo 2446: “La transacción es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un

PAÍSES	NORMA CIVIL CORRESPONDIENTE
	litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.
Perú	Artículo 1302: “Por la transacción las partes se hacen concesiones recíprocas y deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido el conflicto”.
Colombia	Artículo 2469: “La transacción es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

De lo anterior se infiere que el concepto respectivo es básicamente el mismo en todos los países. Se destaca la adición contenida en la norma peruana, en virtud de la cual la transacción aplica sobre relaciones distintas de aquellas propias del conflicto original.

Sin lugar a dudas la transacción es prioritaria para el despliegue de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, cualquiera que estos sean, y es característica de los mismos. Además, en cuanto a su naturaleza vale destacar dos aspectos importantes que se materializan directamente en eventos de conciliación y de justicia de paz; lo dicho se refiere concretamente al carácter dispositivo, declarativo y definitorio de la transacción: dispositivo, en el sentido de que se modifican relaciones en virtud de las concesiones (negocio jurídico); declarativo en tanto es fuerza obligatoria de las partes para reconocer o declarar derechos (poder vinculante); y definitorio puesto que permite definir situaciones dudosas o controversiales. Pero también se tienen factores puntuales de caracterización, de los cuales a continuación se exponen algunos de los más representativos en cada caso.

2.3.1.1. Características de la conciliación. Desde el punto de vista estrictamente legal la conciliación tiene carácter procesal. En cuanto a su objetivo, naturaleza y procedencia, se da por aceptado que tiene aplicabilidad en

todas las áreas del Derecho. Es un mecanismo idóneo en la medida en que haya voluntad de las partes para transar y suficiente preparación del conciliador, quien además de dominar los aspectos directamente vinculados al evento como tal deberá igualmente mostrarse como líder del proceso y auténtico mediador del mismo. No obstante, se observa que sobre el conciliador, sus características, funciones, habilidades y demás, poco se ha dicho o se ha hecho respecto de su deseable formación; es más, no es evidente que hoy haya verdaderos expertos en la materia, debidamente preparados por equipos interdisciplinarios que les aporten el bagaje necesario para observar la problemática desde los diversos ángulos y así contribuir a su solución por las partes.

Teniendo presente que los problemas no resueltos pronto se agudizan con el tiempo y hasta llegan a convertirse en insalvables, la conciliación es una alternativa eficaz hacia la solución, una vez identificado el problema en sus causas. La cuestión no es ciertamente fácil, sobre todo porque involucra la intimidad personal: cada quien se reserva sus propios intereses y aboga por ellos, por lo cual las soluciones muchas veces parecen imposibles. Pero es precisamente ahí donde se materializa una de las características prioritarias del evento conciliatorio, en la medida en que con su profesionalismo el conciliador contribuye a establecer la realidad oculta, para luego también tratar de indagar la disposición y necesidad de la solución del problema, a cuyo efecto debe explicar la utilidad del evento y los beneficios derivables del mismo. Asimismo debe estar preparado para proponer fórmulas de arreglo, sustrayéndose a la manipulación por las partes, y preparado para mantener el estado permanente de relacionamiento aún frente a situaciones perturbadoras, como las agresiones verbales, por ejemplo.

Por otra parte, en lo referido al evento conciliatorio concreto, se destacan ciertos aspectos y características que facilitan su conocimiento y aprehensión. Al efecto

se adopta como referente el planteamiento del tratadista español Jaime Guasp, quien afirma:

“... se designa con el nombre de proceso de conciliación a los procesos de cognición especiales por razones jurídico-procesales, por los que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, también de conocimiento, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes”⁶¹.

Desde el criterio anterior la conciliación representa una modalidad particular de proceso, donde un reclamo origina intervención prejudicial o judicial, según el caso. La singularidad procesal no se quebranta por el hecho de no resolverse a fondo el problema, ya que el propósito es poner pacíficamente fin a las diferencias. Siguiendo la posición de Guasp, la conciliación *“... Sería un caso típico de especialidad por razón, no de derecho material, sino de derecho procesal”⁶²*, al tiempo que debe reconocerse su autonomía procesal proveniente de la especificidad de su objeto, es decir, del acuerdo pretendido como consecuencia directa de la voluntaria conformidad entre las partes.

Características básicas y específicas de la conciliación, a su vez representativas de ventajas, son: libertad y facilidades de acceso; eficiencia, efectividad y eficacia jurídicas; posibilidad de capitalizar un considerable número de beneficios en favor de los usuarios, tales como celeridad en la programación y realización de audiencias; rapidez y bajo costo de los trámites; disponibilidad de conciliadores especializados en las diferentes áreas de conflicto y en el manejo de éste; participación activa de los interesados en la solución de sus diferencias y en el acuerdo final; alto grado de confidencialidad; lugares de reunión y audiencia adecuados y amigables, con facilidades de disponibilidad y acceso; y la

⁶¹ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos (ed.). 1956, p. 1.234. En: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: DePalma. 1995, p. 49.

⁶² GUASP, Jaime. *Op. cit.*, p. 1.235. En: *Op. cit.*, p. 49.

posibilidad real de un alto nivel de calidad en atención y servicio a los participantes. La figura siguiente da cuenta de tales características:



Figura 6. Características del evento conciliatorio.

2.3.1.2. Características de la justicia de paz. Desde una visión amplia y general, puede afirmarse que indudablemente se trata de una modalidad novedosa que ha contribuido al desarrollo alcanzado hasta ahora en temas como el de la justicia comunitaria y sus aportes en el campo del Derecho alternativo y el pluralismo jurídico, incluyendo como característica ciertos elementos prioritarios para la reconceptualización de la justicia al interior de ciertos grupos sociales específicos y para la renovación de algunas prácticas

jurídicas y sociales haciéndolas más adaptables a las necesidades del momento y de las gentes.

Sin embargo, no deja de ser cierto que tradicionalmente las decisiones sobre política judicial han subestimado la complejidad de esta figura, de modo que las investigaciones respectivas resultan no pocas veces incompletas, o en el mejor de los casos se limitan a insertar dicha figura dentro de los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que en los últimos tiempos vienen teniendo creciente aceptación, sobre todo como posibilidad real que son hacia nuevas oportunidades respecto de la administración de justicia y del acceso a la misma por parte del ciudadano común y de los sectores más débiles y vulnerables de la sociedad.

Dentro del amplio marco conceptual antes descrito, la justicia comunitaria en sus diferentes modalidades se caracteriza por representar una posición renovadora y positiva para la construcción de una democracia más equitativa y pluralista a partir del fortalecimiento de vínculos entre todas las instancias del tejido social, todo lo cual en consonancia con los principios y propósitos constitucionalmente consagrados y que reflejan el modelo de Estado Social de Derecho que es la nación colombiana. Se trata de una figura materializada en prácticas jurídicas concretas que permiten la reproducción de la vida en sociedad desde la óptica de la problemática propia de grupos específicos. También entre sus características está la de operar por fuera del derecho estatal, aunque no puede afirmarse que por completo es ajena a éste, menos aún cuando se advierte que hoy en día la administración formal de justicia tiende a incorporar a su ámbito modelos de justicia comunitaria ubicados en sus propios límites en virtud del carácter informal que se les asigna. Asimismo, se habla de justicia comunitaria cuando se alude por ejemplo a aquellos sistemas tradicionales de comunidades indígenas, por ejemplo, cuyo quehacer social incluye maneras propias de organización y resolución de los conflictos.

También tiene cabida la noción de justicia comunitaria respecto de colectividades insertas en un contexto hostil o excluyente, cuyos miembros generan formas de relacionamiento interno y frente a los actores externos, como argumento para el respeto y ejercicio de sus derechos.

Atendiendo a planteamientos como los precedentes, es posible afirmar que la justicia comunitaria –en cuyo interior se inscribe la justicia de paz– no sólo es instrumento válido, sino que además entre sus características adopta como punto de partida el principio de comunidad, reconocible a través de situaciones capaces de institucionalizar factores cuyo foco de atención lo es el fortalecimiento de la idiosincrasia de los diferentes grupos sociales y de los procesos autorregulativos a éstos vinculados ⁶³.

Es precisamente en un escenario como el antes descrito donde –en el caso específico colombiano– surgen dos figuras concretas, a saber: primera, la comunidad de paz, en cuyo interior se producen normas a partir de las cuales las comunidades ganan capacidad de negociación y reconocimiento con el Estado y los actores armados del conflicto, y logran la propiedad de sus territorios y el respeto a su autonomía; y segunda, los jueces de paz y la jurisdicción especial indígena, que se han incorporado a la administración de justicia ⁶⁴.

No sobra destacar que la justicia de paz ocupa en nuestro medio quizá el último lugar del escalafón judicial. A través de la misma, compete a los respectivos jueces juzgar y decidir rápidamente y con pocos gastos, los pequeños procesos sometidos a su consideración por la comunidad específica sobre la cual operan. No obstante sus facultades de excepción y el hecho de representar una jurisdicción especial, las atribuciones otorgadas a los jueces de paz son

⁶³ Cfr. *Justicia y resolución de conflictos: la alternativa comunitaria*. En: *Pensamiento Jurídico*, 1. (publicación de la Universidad Nacional de Colombia). 1994.

⁶⁴ Cfr. *Variaciones sobre la justicia comunitaria*. En: <http://www.ilsa.org.co/IMG/doc/od30.doc>.

numerosas y variadas. Sobre el particular los tratadistas franceses Glasson y Tissier, aludiendo a este tipo de funcionarios formulan la siguiente afirmación: *“Los jueces de paz deberían –nosotros lo hemos dicho– tener el rango y la situación de los jueces de los tribunales civiles, ... es más difícil ser juez de paz que juez de un tribunal civil”*⁶⁵.

Desde la óptica sistemática, enseguida se enuncian algunos planteamientos vistos como factores fundamentales de la jurisdicción especial de paz, así:

- El artículo 247 superior defirió a la ley la creación de la justicia de paz para resolver en equidad conflictos individuales y colectivos. El desarrollo de la norma se hizo efectivo en virtud de la Ley 497 de 1999, “Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento”.
- Los principios aplicables a esta jurisdicción están consagrados en los ocho primeros artículos de dicha Ley. De los artículos primero y octavo se infiere que las funciones de los jueces no se limitan a estudiar aspectos jurídicos de los casos voluntariamente sometidos a su conocimiento por las partes, sino que deben ir más allá con un tratamiento integral de la problemática –inclusive adentrándose en eventuales situaciones subyacentes al conflicto básico objeto de trámite–. Esto último en desarrollo del artículo 3º de la citada Ley, que consagra para esta jurisdicción el propósito fundamental de *“promover la convivencia pacífica en las comunidades de todo el territorio nacional”*.
- También como principio rector de la jurisdicción de paz se tiene que las decisiones proferidas por los jueces son en equidad, esto es –según el artículo 2º ibídem–, decisiones acordes con *“... los criterios de justicia propios de la comunidad”*. Se califican como juicios en equidad aquellos donde *“... el juez está autorizado para resolver una controversia sin recurrir a la norma legal preestablecida. El juicio en equidad puede definirse como la autorización que*

⁶⁵ En: *Concepto de los jueces de paz y sus funciones* (material fotocopiado, sin referencia)

*tiene el juez para producir derecho más allá de todo límite material impuesto por las normas superiores”*⁶⁶. En este sentido, vale destacar que para coincidir con lo que es justo para la comunidad, la decisión de un juez de paz deberá reflejar los valores comunitarios antes que su propio criterio sobre equidad o determinados criterios filosóficos sobre justicia.

- Un principio adicional está consagrado en el artículo 6º de la Ley, señalando que la justicia de paz es gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas o costas que el Consejo Superior de la Judicatura señale para cada caso.

- El artículo 7º *ibídem* establece que la jurisdicción de paz debe reconocer las garantías a las personas, es decir, sus derechos fundamentales y los derechos ciertos e indiscutibles; aún así, se advierte que no es suficientemente claro el texto, en el sentido de que por un lado obliga al juez de paz a actuar en consonancia con dicho reconocimiento, pero al mismo tiempo señala que el fallo será coincidente con la justicia comunitaria. La notoria falta de claridad, además, bien puede asumirse al tenor del artículo 230 superior, según el cual las providencias judiciales sólo están sometidas al imperio de la ley, entendida ésta en su más amplia dimensión y no exclusivamente en el sentido formal y material del término. Oportuno es destacar que el planteamiento contenido en el citado artículo 230 tiene validez dentro de la noción de Estado Social de Derecho en cuyo interior se inserta el modelo de Estado colombiano, criterio éste que constituye la base de los principios fundamentales sobre los cuales se apoya la Carta Política y que se pone de manifiesto desde el artículo 1º de la Carta Política, que dice: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, ... fundada en el respeto de la dignidad humana, ... y en la prevalencia del interés general”*.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad* (trad. Pedro Aragón Rincón). Barcelona: PAIDÓS. 1993, p. 74.

También es importante enfatizar sobre la noción de los jueces de paz como “asunto esencial” de la comunidad de su competencia. Sin embargo no hay hasta ahora la suficiente unanimidad frente a esta figura. De un lado están sus opositores, argumentando la no existencia en nuestro medio de una sociedad civil sólida y bien estructurada, capaz de desplegar los valores compartidos que requiere esta modalidad de justicia; destacan, además, el contexto generalizado de violencia propio de nuestra sociedad, donde factores intrínsecos como las desigualdades y la polarización de criterios impiden de hecho la deseable realización de una justicia ciudadana de paz. Del otro lado se ubican los partidarios del mecanismo, para quienes la justicia de paz es una verdadera alternativa de convivencia que favorece el derecho al diálogo y a los valores comunitarios, jurisdicción digna de especial reconocimiento por su amplio contenido democrático y de avanzada. Sobre el particular es ilustrativa la posición del jurista Armando Novoa García, copresidente de la Asamblea Legislativa de 1991 y director ejecutivo de la Corporación Plural, para quien

“... lo primero que la sociedad colombiana debería tener presente a este propósito es que la justicia de paz en la Colombia de hoy tendrá que orientarse a la búsqueda de la paz, es decir, a la reconstrucción del tejido social y al sentido de la vida en comunidad para estimular el fortalecimiento de la sociedad civil y para tomar distancia de aquellas prácticas que se sustentan en la violencia de las armas”⁶⁷.

2.3.2. Ventajas de los mecanismos de conciliación y de justicia de paz. A continuación se presenta la reseña pertinente, por separado, respecto de cada uno de los mecanismos en cuestión.

2.3.2.1. Ventajas de la conciliación. Destacables como tales por su representatividad son las que enseguida se indican, no con criterio taxativo:

⁶⁷ Cfr. NOVOA GARCÍA, Armando. *Sobre la ley de los jueces de paz*. Publicación de la Corporación Plural. Bogotá. S.f. En: <http://www.vivalaciudadania.org/herramientas/Herra068.pdf>

- El evento conciliatorio genera relaciones de confianza entre las partes, que en definitiva contribuyen a facilitar el surgimiento de la solución.

- Para el conciliador: permite la prestación de un excelente servicio a la comunidad, facilitando el desarrollo del evento con agilidad y rapidez, y además respondiendo eficazmente a uno de los más preciados anhelos respecto de las formas como los seres humanos resuelven sus diferencias.

- Para las partes: les brinda tranquilidad en materia de neutralidad y especialidad; la negociación permite reducir la litigiosidad sustituyéndola por una cultura de la proximidad y la armonía, con el apoyo eficaz del conciliador, provisto de los conocimientos legales requeridos y además, muy especialmente, preparado para motivar la reconciliación.

- Conciliación vs. proceso judicial: la primera representa ventajas como estas:
 - Ahorro de tiempo y dinero: procedimiento más rápido y menos oneroso que el juicio, con resultados casi inmediatos y no requiere abogado.
 - Mayor satisfacción: quienes concilian por lo general se sienten satisfechos, ya que la solución fue acordada y no impuesta legalmente.
 - Efectividad: la conciliación tiene plena validez legal, el acuerdo suscrito es de obligatorio cumplimiento.
 - Mayor control sobre la solución del conflicto: ya que las partes colaboran mutuamente para lograr el acuerdo, ejercen control del proceso en sus diferentes momentos y aspectos, y adoptan decisiones acordes con sus intereses.
 - Tranquilidad y buenas relaciones: como consecuencia de la satisfacción de las partes por el acuerdo y por verse ambas igualmente favorecidas.
 - Simplicidad de requisitos: es una de las fortalezas reales del sistema, que hace de la conciliación extrajudicial un trámite relativamente fácil ante los centros de conciliación y demás instancias legitimadas; los requisitos

se reducen a tres: solicitud de prestación del servicio, citación a la contraparte y realización de la audiencia, dando lugar a un proceso corto y generalmente con buen resultado.

- Opción clara y ágil de acceso a la justicia: bajo costo para el usuario y no compromete recursos públicos como sí lo hace el aparato jurisdiccional.
- Alto potencial de desarrollo: manifestado en el sostenido y creciente número de solicitudes de conciliación y actas definitivas registradas en los últimos años, lo cual permite apreciar el positivo impacto social de la conciliación extrajudicial.
- Los procesos conciliatorios contribuyen socialmente a que todos aprendamos a vivir en paz y a solucionar nuestros problemas amigablemente.

2.3.2.2. Ventajas de la justicia de paz. La principal ventaja de este mecanismo lo es su condición como “modelo de gestión de democracia directa aplicada”, a través de la cual se atienden directamente las demandas sociales de las comunidades mediante el fácil acceso a una forma de justicia cercana cuyo desempeño contribuye a generar y mantener la paz y la convivencia entre las personas y grupos de un mismo sector. Y más aún, el ejercicio de tal función conlleva también una serie de ventajas, tales como informalidad, fácil acceso, gratuidad del servicio, el trámite no requiere abogado, los costos son mínimos, las soluciones son muy rápidas (el plazo es de cinco días), los fallos son en equidad y en conciencia procurándose con ellos el mayor beneficio posible para las partes, quienes en todo momento gozan de garantía de sus derechos. Desde un punto de vista superior y menos inmediateista, una ventaja adicional e innegable de la justicia de paz radica en involucrar la participación comunitaria en la resolución de conflictos cotidianos, “... *ya que el Estado en la*

administración de justicia se ha quedado a la zaga y ha sido inferior a su compromiso con la sociedad”⁶⁸.

2.3.3. Fundamentos legales de los mecanismos de conciliación y de justicia de paz.

2.3.3.1. Fundamentos legales de la conciliación. Además de lo previsto al efecto por la Carta Política ⁶⁹, se tiene que toda conciliación de carácter judicial o procesal debe someterse a la ley; si se trata de procesos verbales, sus formalismos están contemplados en el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, cuando se trata de procesos verbales, para eventos de divorcio y separación de cuerpos aplica la Ley 1^a de 1976. En lo referente a conciliación en materia de familia, precisamente fue esta norma la primera conocida que en nuestro medio aludió al tema, sin perjuicio del artículo 1446 del Código Canónico, aunque sin ocuparse de lo concerniente a la filiación; sus efectos aplican en procesos de divorcio y en los de separación de cuerpos de matrimonio civil y católico.

A su turno, en coincidencia expresa con el artículo 101 de la codificación procedimental civil, y sin apartarse de los artículos 396, ss. y 414, ss. ibídem, el Decreto 2282 de 1989 en su artículo 101 consagró la obligatoriedad de la conciliación para procesos ordinarios y abreviados, salvo norma contraria, pese a que antes se había expedido ya el Decreto 2272 de 1989 por el cual se creó la jurisdicción de familia.

⁶⁸ ARIZA LANDAZÁBAL, Samuel. *Op. cit.*, p. 36.

⁶⁹ Constitución Política: art. 116, inciso cuatro sobre la facultad a los particulares para transitoriamente administrar justicia; art. 53, según el cual entre los principios del Estatuto del Trabajo que habría de expedirse al tenor del mandato superior, deberían contemplarse las “... facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles”.

También de 1989 es el Decreto 2737 o Código del Menor, hoy derogado en virtud de la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006.

Más adelante se expidieron el Decreto 2651 y la Ley 23 de 1991. El primero institucionalizó la conciliación como mecanismo idóneo en procura del descongestionamiento judicial; y la Ley en comento no sólo consagró la conciliación como mecanismo para resolver conflictos bajo mediación de conciliadores y sin intervención de la justicia ordinaria, sino que además sirvió de fundamento para la creación de centros de conciliación, todo lo cual desde la perspectiva del artículo 116 superior cuyo inciso cuatro contempla esta posibilidad cuando dice: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores (...), en los términos que determine la ley”*.

La Ley 446 de 1998, por su parte, convirtió en legislación permanente las disposiciones del Decreto y la Ley inmediatamente antes citados, y amplió los eventos que dan lugar a audiencia conciliatoria, bajo el interés especial del mutuo acuerdo entre las partes y con el fin de procurar la descongestión judicial. Al efecto, en su artículo 88 consagra la conciliación como obligatorio requisito de procedibilidad para asuntos administrativos en materia de familia; el artículo 89 ibídem faculta a las autoridades indicadas en el artículo 88, no a los centros de conciliación –que no obstante si fueren necesarias podrán solicitarlas ante el juez competente–, para en la materia citada adoptar medidas provisionales hasta por treinta días. Los asuntos conciliables están previstos en los artículos 65 y 89, el primero de los cuales señala que podrán someterse a este trámite todos aquellos susceptibles de transacción y desistimiento, y los expresamente determinados por la ley, y el segundo trata de los asuntos conciliables en general.

En cuanto a conciliación en familia, debe tenerse especialmente en cuenta lo previsto en el artículo 29 de la Ley en comento sobre competencia de los respectivos jueces, cuando señala que estos funcionarios *“podrán conocer de*

los procesos ejecutivos encaminados a hacer efectivas las condenas impuestas por la jurisdicción de familia, y aquellos dirigidos a la ejecución de los acuerdos resultado de las conciliaciones en materia de familia”. Lo dicho significa que en estos casos el acuerdo conciliatorio conlleva la terminación del proceso, quedando abierta la posibilidad de uno nuevo proceso si no se cumple lo acordado: Así las cosas, es evidente que esta disposición *“no responde a las necesidades existentes en materia de familia y menos a las motivaciones de la misma ley, esto es, ‘descongestión, eficiencia y acceso a la justicia’”*⁷⁰.

La citada Ley 446 fue reglamentada en virtud del Decreto 1118 de 1998, con las connotaciones y en los términos que enseguida se indican:

- Los artículos 28, 2 y 29 del Decreto repiten, en su orden, los artículos 88, 89 y 90 de dicha Ley, sobre requisito de procedibilidad, asuntos conciliables y medidas provisionales, respectivamente.
- El artículo 30 alude la conciliación extrajudicial ante el Defensor de Familia, antes del proceso o en el transcurso de éste, estableciendo los asuntos susceptibles de tramitarse bajo esta modalidad.
- El artículo 32 recoge la normatividad prevista en el artículo 153, ordinales 1º y 2º del Código del Menor (hoy derogado), sobre medidas que puede adoptar el Defensor de Familia sobre obligación alimentaria para los menores (Ver: numeral 8, artículo 82 de la Ley de Infancia y Adolescencia).
- El artículo 36 transcribe el artículo 136 del Código del Menor, que en casos de incumplimiento de la obligación alimentaria para con un menor, faculta a cualquiera de sus padres, a sus parientes, guardador o persona que lo tenga

⁷⁰ ROMERO DÍAZ, Héctor J. *Op. cit.*, p. 163.

bajo su cuidado, para “... *provocar la conciliación ante el Defensor de Familia, los Jueces competentes, el Comisario de Familia o el Inspector de los corregimientos de la residencia del menor ...*”⁷¹.

La Ley 640 de 2001, a su turno, en lo general se acoge a la mencionada Ley 446 de 1998. Así, por ejemplo, en su artículo 3, determina las clases de conciliación: judicial y extrajudicial. Respecto de la primera modalidad, el artículo 43 establece la posibilidad de que por mutuo acuerdo las partes soliciten conciliar en cualquier etapa del proceso, y faculta al juez de oficio para citar a la audiencia ⁷²; en este último caso es claro que el juez está obligado a motivar el acuerdo conciliatorio y a proponer fórmulas justas para lograrlo, so pena de sanción disciplinaria por incumplimiento del mandato. Asimismo, consagra algunos aspectos específicos modificatorios de normas relativas a la conciliación, estableciendo que ésta es en Derecho cuando se tramita a través de centros de conciliación o ante las autoridades y/o funcionarios públicos al efecto legitimados; y es en equidad si se realiza ante conciliadores en equidad.

El artículo 19 *ibídem* consagra la posibilidad de conciliar preprocesal o extrajudicialmente en Derecho

“... todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente Ley, y ante los notarios”.

⁷¹ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la C.S.J. mediante Sentencia No. 81 del 13 de junio de 1991, Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín G.

⁷² Se advierte contradicción entre los artículos 35 y 43: el primero faculta al demandante para solicitar conciliación judicial, mientras que el segundo establece el requisito de mutuo acuerdo entre las partes. Toda vez que se trata de lograr acuerdos por consenso o por transacción, deberá entonces prevalecer lo dispuesto en el artículo 43. Cfr. VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Conciliación, comentarios a las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001*. En: *XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Memorias)*. Bogotá: Universidad Libre. 2001, p. 667.

La Ley prevé también las materias conciliables extrajudicialmente: en lo contencioso administrativo y en las áreas civil, laboral y de familia, determinando los requisitos para adelantar el trámite correspondiente.

El 8 de noviembre de 2006 se expidió la Ley 1098 de ese año, que entró en vigencia el 8 de mayo de 2007. Coincidente con lo previsto en el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor –hoy derogado, como antes se dijo– también esta norma ofrece previsiones respecto de la conciliación en materia de familia; de este modo, los numerales 8, 9 y 10 del artículo 82 relativo a funciones del Defensor de Familia otorgan a dicho funcionario las siguientes competencias:

“8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.

9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.

10. Citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil”.

Asimismo, el artículo 109 de la citada norma consagra la validez del reconocimiento de hijo extramatrimonial por parte del padre, ante el Defensor, el Comisario de Familia o el Inspector de Policía, señalando que del hecho se levantará acta y se ordenará su inscripción en el registro del estado civil. Y el

artículo 111 ibídem consagra la obligatoriedad de la conciliación en eventos de solicitud de alimentos para menores.

2.3.3.2. Fundamentos legales de la justicia de paz. Conformados éstos por las previsiones consagradas en el mandato superior y en la Ley 497 de 1999 y demás disposiciones normativas posteriores, así:

a) En la Constitución Nacional. Artículo 247 e inciso cuatro del artículo 116, cuyos respectivos textos se transcriben enseguida:

“Artículo 247. La Ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular”.

“Artículo 116. Inciso cuatro. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

b) En leyes y otras disposiciones. Tienen aplicación las siguientes normas, todas ellas hoy vigentes ⁷³:

- Ley 497 del 10 de febrero de 1999, “Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento”.
- Acuerdo 038 de 2001, “Por el cual se convoca a la elección de los jueces de paz en la capital de la República”. La norma tiene su fundamento en el artículo 11 de la Ley 497 de 1999, con base en el cual el Concejo de Bogotá expidió el citado Acuerdo; dice así el artículo 11:

“Por iniciativa del Alcalde o de la mayoría de los miembros del Concejo Municipal o de grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral municipal o distrital existente, el

⁷³ Cfr. ARIZA LANDAZÁBAL, Samuel. *Op. cit.*, pp. 51-52.

Concejo Municipal a través de Acuerdo convocará a elecciones y determinará para el efecto, las circunscripciones electorales que sean necesarias para la elección de juez de paz y de reconsideración”.

- Decreto 023 del 23 de enero de 2002, “Por el cual se establece la conformación de los Círculos de Paz por Localidad y se integran los Distritos de Paz del Distrito Capital de Bogotá, requeridos para la elección de los Jueces de Paz”.
- Resolución 02543 del 4 de junio de 2003, “Por la cual se reglamenta el proceso de votación para la elección de Jueces de paz y de reconsideración, y se derogan unas disposiciones”.
- Decreto 503 de 2003, “Por el cual se adopta el Plan Maestro de Equipamiento de Seguridad Ciudadana, Defensa y Justicia para Bogotá, D.C.”.

2.4. LA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL DE PATERNIDAD: ALCANCES Y BENEFICIOS; SIGNIFICADO ACTUAL

Los temas sobre confesión en general y confesión extrajudicial en particular, se desarrollaron *in extenso* en el numeral 1.4. del presente trabajo. Sin embargo, no sobra reiterar a esta altura de la exposición algunos criterios especialmente relevantes acerca de sus alcances y beneficios. Al respecto se tienen como representativos los siguientes planteamientos:

- El valor probatorio de la confesión extrajudicial está supeditado a su admisión dentro de los respectivos eventos, la que a su vez se halla sujeta a credibilidad. Es por esta razón que se alude a esta modalidad denominándola “**prueba por probar**”. Sin embargo, tratándose del reconocimiento de paternidad, es claro que la confesión extrajudicial no tiene este carácter, por

considerarse que difícilmente una persona se estaría responsabilizando de un menor para señalarlo como hijo propio sin que lo sea. Así, en estos casos dicha confesión debe asumirse como plena prueba.

- La confesión extrajudicial, lo mismo que la judicial, es prueba eficaz para demostrar hechos litigiosos, salvo que la ley misma exija una prueba determinada como requisito de solemnidad o probatorio; en cualquier caso los funcionarios judiciales incurren en error de derecho cuando para acreditar un hecho como el de la paternidad, omiten dicha confesión siempre y cuando haya sido debidamente formulada, o si lo dan por demostrado con prueba distinta a la pertinente.

- Una confesión extrajudicial, desde luego con el requerimiento de que satisfaga las condiciones generalmente exigidas para constituir la, puede ser cabalmente utilizada por quien quiere aprovecharla; si esta confesión es verbal quizá no requiere probarse por otros medios; si es documental, conforme a lo previsto en el artículo 195 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil “... y es de otros elementos probativos de donde su prueba aflora, de ahí que en el caso de haberse documentado, el escrito le sirva de prueba”⁷⁴.

- Aunque la confesión extrajudicial de suyo no tiene el mismo valor probatorio, sí puede lograr éste que cuando a través de otros medios se encuentra la llamada “prueba de la prueba”, esto es, la manera de acreditar por completo el contenido de dicha confesión. Sin embargo, en los casos de paternidad no se requiere este último requisito, bajo el criterio de que mal haría una persona reconociéndose voluntariamente como padre de un hijo con quien no le une tal vínculo; así, en estos eventos la confesión es prueba plena.

⁷⁴ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. *Sentencia 005 del 23 de enero de 2006*. Magistrado Ponente doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar.

- En eventos probatorios que requieren documento de soporte, si hubiera cartas no firmadas y si ellas no contienen una explícita declaración de voluntad –por ejemplo–, dichas cartas pueden tener el mérito de una confesión extrajudicial escrita o de un principio de prueba por escrito, conforme al valor que procesalmente se les atribuya. Sin embargo, no opera esta modalidad respecto de la confesión de paternidad, puesto que por tratarse de los factores en ella involucrados, debe hacerse de modo expreso y ante la instancia competente; en todo caso, una confesión de este tipo que se hace en evento conciliatorio o ante juez de paz, debe ser tenida como eficaz, sin que sea necesario allegar pruebas adicionales del hecho; eso sí, teniendo en cuenta que se satisfagan los requisitos aplicables a la confesión en general.

- Sin embargo, el criterio anterior no es aceptado por todos los ordenamientos. Así por ejemplo, en su artículo 398 el Código de Procedimiento Civil chileno no otorga validez plena a esta modalidad, cuando plantea que "*... la confesión extrajudicial es sólo base de una presunción judicial, y no se tomará en cuenta, si es puramente verbal, sino en los casos en que sería admisible la prueba de testigos*". Frente a lo dicho, se tiene que en casos de confesión de paternidad tendría aplicación en Chile esta formulación, puesto que dicha situación también es susceptible de probarse con el concurso de testigos e incluso a través de otros medios, aunque desde el punto de vista legal en la actualidad las pruebas de ADN y antropoheredobiológicas marcan la pauta en este sentido.

- En síntesis, puede afirmarse que la confesión extrajudicial de paternidad es prueba eficaz del hecho; que debe otorgársele mérito probatorio, y que si ésta se manifiesta en conciliación o ante juez de paz, el acta conciliatoria o la sentencia deben tomarse en cuenta como fundamento para adelantar el trámite legal de reconocimiento, mediante el cual se materializa la filiación extramatrimonial con todos sus efectos favorables para el hijo reconocido.

2.5. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANAS EN TORNO AL TEMA DE ESTUDIO

2.5.1. Principales normas. En primer término la Ley 29 de 1982, cuyo artículo 1º establece la igualdad de derechos y deberes entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. También sobre el tema es importante tener en cuenta la Ley 45 de 1936 (art. 1º, que define la condición de hijo extramatrimonial o “natural”), la Ley 75 de 1968 (art. 1º, por el cual se establecen el carácter irrevocable del reconocimiento y el procedimiento para hacerlo efectivo) y la Ley 1098 de 2006, que en su artículo 25 establece el derecho de los menores a la filiación y en el artículo 82 faculta al Defensor de Familia para, en ejercicio de sus funciones,

“10. Citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil”.

2.5.2. Estudio jurisprudencial. El legislador otorga a la filiación rango constitucional, y es precisamente con base en éste como pretende hacer efectiva la especial protección a la familia como núcleo de la sociedad, independiente de la modalidad como ella se hubiera conformado. Al mismo tiempo, el mandato constitucional en su artículo 44 consagra como derechos fundamentales de los niños, entre otros, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella; señala la obligación protectora y asistencial de la familia, la sociedad y el Estado –en ese orden– respecto los menores; y termina destacando la prevalencia de sus derechos por sobre los derechos de los demás. Ahora bien, al tenor de lo expuesto se da como hecho que tanto la Carta Política como la legislación pretenden asumir posiciones coherentes frente al criterio de filiación contenido en la Ley 29 de 1982, en virtud de la cual se declaró la igualdad de derechos y deberes entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos; por lo demás, tal circunstancia se advierte

como factor altamente significativo puesto que es prioritario hacer claridad en todo sentido sobre los vínculos existentes entre padres e hijos, a efectos de determinar sin duda alguna las situaciones jurídicas que relacionan a cada persona con sus progenitores y con su respectiva familia; condición ésta de mucha importancia, en la medida en que genera estabilidad social, psicológica, emocional e individual, permitiendo a las personas sentirse libres de cualquier duda, desempeñarse dignamente en su medio y lograr para sí total respeto a sus derechos de todo tipo.

Ahora, respecto de la Corte Constitucional y su posición sobre los temas de filiación y reconocimiento de hijos extramatrimoniales, conviene destacar que el alto tribunal se manifiesta en dos sentidos convergentes entre sí: por un lado el acatamiento al mandato superior, por el otro lado la armonización de las leyes puesto que sean éstas anteriores o posteriores a la Carta Política vigente, no pueden en caso alguno apartarse de la acertada interpretación de esta última como norma de normas que es, fundamento por excelencia del marco jurídico donde tienen cabida y aplicación las leyes en general.

Desde tal perspectiva, por parte de la Corte Constitucional se ha desarrollado un vasto acervo jurisprudencial en cuyo despliegue tienen lugar prioritario la filiación y el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, a la luz de la protección especial a la familia y a los menores. La primera, vista como núcleo social básico, bien sea la conformada naturalmente o bien la que se deriva de vínculos legales; y los menores, entendidos al tenor tanto de sus derechos fundamentales como de leyes y disposiciones a ellos aplicables en consonancia con el mandato superior.

Así, atendiendo a las consideraciones precedentes que se asumen como fundamento conceptual, enseguida se enuncian y analizan los diferentes

pronunciamentos del alto organismo jurisprudencial relacionados directamente con los temas objeto de estudio.

2.5.2.1. Jurisprudencia sobre igualdad de los hijos y sobre filiación. El precedente jurisprudencial sobre el tema de la igualdad proviene de la Sentencia C-105 de 1994, a partir del cual las decisiones de la Corte Constitucional reflejan una misma posición sobre la igualdad de los hijos para todos los efectos, independiente de su origen: el fallo establece que los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos tienen los mismos derechos y obligaciones ante sus padres. Lo dicho sustentado constitucionalmente en los incisos primero y segundo del artículo 13 superior, cuyo texto es el siguiente:

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

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

Pues bien, considera la Corte que la igualdad debe y tiene que hacerse evidente y manifiesta, y que no puede haber discriminación alguna en virtud del origen legítimo, extramatrimonial o adoptivo de la persona, puesto que en cualquier caso la igualdad prevalece para hacer valer y respetar los derechos y deberes que en el caso presente se derivan de la misma. Más aún, quizá como forma de reforzar lo dicho, el fallo señala expresamente: *“La igualdad de derechos y obligaciones no termina en los hijos, se extiende a todos los descendientes”.*

Siguiendo el curso de la exposición, debe destacarse que la citada Sentencia C-105 de 1994, junto con la C-125 de 1996, manifiestan con claridad y acierto

la *ratio-decidendi* o criterio de igualdad bajo el cual deben tratarse los hijos: dicho criterio, según el alto organismo, deviene directamente de la Ley 29 de 1982 y del mandato constitucional en sus artículos 13 –antes citado– y 42, inciso seis que dice textualmente: “*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*”. Todo lo anterior sin posibilidad de excepciones ajenas a la normatividad.

Más adelante, la Sentencia C-314 de 1997 no sólo ratificó la línea jurisprudencial descrita, sino que además se preocupó por hacer hincapié en el carácter transmisible de la igualdad respecto de las generaciones tanto anteriores (ascendientes) como posteriores (descendientes).

La Sentencia T-016 de 2000 aborda el tema de la igualdad de derechos entre las distintas clases de hijos, enfatizando sobre la dignidad del ser humano como argumento principal de la igualdad de derechos y obligaciones a cargo de los mismos. Por tal razón, dice, el hijo no está sometido a requisito alguno para el reconocimiento de su calidad de tal, puesto que el vínculo paterno-filial prevalece sobre la relación matrimonial del padre. La Sentencia C-289 del mismo año 2000, por su parte, en consonancia con la antes mencionada Sentencia C-105 de 1994, hace hincapié en el trato igualitario que debe darse a la familia natural y jurídica, dignas ambas del mismo respeto y protección, habida cuenta de que según el mandato superior ambas instituciones se sitúan en un mismo plano de igualdad; de donde es posible inferir que en cuanto al tratamiento otorgado a los hijos habidos bajo cualquiera de las dos modalidades, también debe prevalecer la igualdad entre ellos.

En lo referido concretamente a la filiación, resulta por demás significativo el precedente jurisprudencial expuesto en las Sentencias T-090 y C-109 de 1995, ponencia respectivamente de los Magistrados doctores Carlos Gaviria Díaz y

Alejandro Martínez Caballero, cada uno de los cuales expresó entonces su posición. Los apartes pertinentes de la ponencia del doctor Gaviria Díaz dicen:

“El artículo 14 de la Constitución establece que ‘toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica’. Con ello, el ordenamiento reconoce en la persona humana, por el sólo hecho de existir, ciertos atributos jurídicos que se estiman inseparables de ella.

“Uno de tales atributos es, precisamente, el estado civil de la persona, pues de todo ser humano puede decirse si es mayor o menor de edad, soltero o casado, hijo legítimo o extramatrimonial, etc.

“El estado civil lo constituyen entonces un conjunto de condiciones jurídicas inherentes a la persona, que la identifican y diferencian de las demás, y que la hacen sujeto de determinados derechos y obligaciones”.

El Magistrado Martínez Caballero, a su turno, en lo pertinente señalaba:

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

Oportuno es destacar que sobre todo a partir de la citada Sentencia C-109 de 1995 que se considera integradora, la Corte Constitucional empezó a reconocer como fundamental el derecho a la filiación –y ha venido haciéndolo desde entonces–, bajo el argumento de que tal circunstancia es la oportunidad inicial que permite al individuo ejercer mientras viva su personalidad jurídica mediante el despliegue de sus derechos y deberes.

Por considerar que en Colombia no existían en aquel entonces los fundamentos legales pertinentes para reclamar y hacer efectiva la verdadera filiación y que la regulación del momento desconocía principios y derechos fundamentales aplicables en tal sentido –entre los cuales el principio de igualdad al otorgar prerrogativas al padre sobre el hijo–, la Corte a través de este fallo determinó la necesidad y conveniencia de establecer un criterio integrador en torno al tema, señalando al respecto:

“Las sentencias integradoras encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la Constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales”.

Más aún, Sentencias como las C-641 y C-800, ambas de 2000, tienen especial relevancia en torno al tema. La primera, en tanto hizo claridad sobre el calificativo de ilegítimo para un hijo al señalar su carencia de valor jurídico puesto que de tal condición no se generan efectos jurídicos puesto que constitucional y jurisprudencialmente se da por reconocida la igualdad entre los hijos omitiendo su origen. Y el segundo de estos fallos toda vez que en virtud del mismo se declaró inconstitucional la expresión “ilegítimo” por considerarla como término peyorativo al momento de calificar la condición del hijo nacido fuera del matrimonio. Este fallo, en abierta coincidencia con la Sentencia C-125 de 1996, señala además que en el transcurso de los años la Corte se ha preocupado por afianzar la igualdad entre los hijos omitiendo su origen, igualdad que se vería menoscabada en virtud de la discriminación resultante. Los planteamientos del alto organismo se apoyan aquí básicamente en la imposibilidad constitucional de diferenciar entre los hijos por razón de su procedencia legítima o ilegítima, ya que en las relaciones de los padres con sus hijos está de hecho implícita una unidad de familia; unidad ésta que no opera necesariamente entre hermanos, puesto que estos pueden pertenecer a familias distintas.

En las Sentencias T-912 de 2000, Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero, y T-609 de 2004, Magistrada Ponente doctora Clara Inés Vargas Hernández, la Corte se ocupó también del tema de la filiación para reiterar jurisprudencia precedente; en ambas oportunidades no sólo ratificó el criterio formulado desde 1995, sino que además al efecto planteó consideraciones del siguiente contenido:

a) La filiación es un derecho fundamental, derivado del estado civil y atributo de la personalidad jurídica. En este sentido el alto organismo remite al artículo 14 superior, según el cual *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*, entendiéndose entonces que el objeto de tal reconocimiento no es otro que la protección jurídica de toda persona, incluyendo los derechos y obligaciones inherentes al hecho.

b) El derecho a la filiación es asumido como el derecho a tener certeza y reconocimiento legal sobre la línea de parentesco que une a los padres con sus hijos, como consecuencia de vínculo que une a los padres con sus hijos, como consecuencia de vínculo matrimonial, extramatrimonial o por adopción, del cual se derivan derechos y obligaciones entre las partes ⁷⁵.

c) Destaca la filiación como parte del estado civil de las personas, directamente relacionada con los derechos al nombre, al domicilio, la nacionalidad, el patrimonio, el estado civil y la capacidad.; todos ellos a su vez reconocidos como atributos propios de la personalidad jurídica.

Adicionalmente, en abierta consonancia con la citada Sentencia C-109 de 1995, en esta oportunidad también señala el alto organismo que aunque en principio el derecho a la filiación se considera como de orden legal, aún así

⁷⁵ Cfr. COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-997 de 2003*. Magistrada Ponente doctora Clara Inés Vargas Hernández

jurisprudencialmente, teniendo en cuenta que es también un atributo del derecho a la personalidad jurídica consagrado por el mandato superior, por tal razón se le considera como derecho fundamental.

También hace hincapié la Sentencia T-609 en comentario sobre el carácter prevalente del derecho a la filiación, reconocido precisamente de modo expreso por el artículo 44 superior. Así, desde su doble connotación constitucionalmente reconocida, es decir, como fundamental y prevalente, el derecho a la filiación impone al Estado la obligación de garantizar a los menores el goce de tal derecho como atributo fundamental de la personalidad jurídica; obligación ésta que materializarse en despliegue del principio de efectividad consagrado por la Carta Política en su artículo 2, como parte de los fines estatales esenciales.

Asimismo, desde la perspectiva de interpretación, puede afirmarse que existen diversos medios para hacer efectiva la filiación, entre los cuales el reconocimiento voluntario del padre, que puede darse en eventos de conciliación o ante jueces de paz, con la consecuencia de que la constancia del mismo opera como prueba para agilizar el respectivo trámite en todas sus formalidades.

2.5.2.2. Jurisprudencia sobre igualdad entre todos los hijos. En este aspecto concreto resultan oportunos los pronunciamientos que enseguida se indican:

a) Sentencia C-310 del 31 de marzo de 2004, Magistrado Ponente doctor Marco Gerardo Monroy Cabra. En cuanto a clasificación de los hijos según su origen, el fallo es claro al señalar que la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos es contraria al espíritu del mandato superior y al principio de igualdad en él contenido; asimismo, desde esta última perspectiva establece como injustificado el plazo legal previsto para la consolidación del estado civil de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, puesto que con ello se materializa una

evidente discriminación ajena a los postulados constitucionales. Más aún, dice el alto organismo que aunque como causa de la diferenciación otorgada en términos de plazo pudiera argumentarse la presunción de paternidad en favor de los hijos nacidos dentro del matrimonio, aún así no se acepta dicha posición puesto que

“... a juicio de la Corte el anterior criterio de distinción no es constitucionalmente válido. En efecto, ante la perentoria afirmación del constituyente, según la cual los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él ... tienen iguales derechos y deberes, no parece justificado el que se otorguen plazos diferentes para la consolidación del estado civil de las personas con base en el origen familiar”.

b) Sentencia C-1026 del 21 de octubre de 2004, Magistrado Ponente doctor Humberto Sierra Porto. Atendiendo a demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 253 del Código Civil, a través de este pronunciamiento la Corte Constitucional formula sus consideraciones haciendo hincapié sobre la igualdad entre todos los hijos consagrada expresamente en el artículo 42 de la Carta Política, con base en lo cual debe entenderse que cualquier regulación capaz de generar discriminación entre las personas por causa de su origen, de hecho resulta ser inconstitucional. En este sentido, acerca de la última expresión que aparece en el citado artículo 253, referida al “... *cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos*” conjuntamente por los padres o por el padre o madre sobreviviente (lo subrayado es la norma acusada), la Corte afirma que la expresión es inexecutable, toda vez que no hay justificación alguna de ningún tipo para que el deber y la facultad de los padres de ocuparse personalmente de la crianza y educación de sus hijos, se restrinjan sólo a los hijos matrimoniales; lo dicho, por cuanto a través de tal restricción se está discriminando directamente a los hijos extramatrimoniales, impidiéndoles gozar de los beneficios de ese cuidado personal previsto por la codificación civil vigente, de los padres hacia los hijos legítimos. En consecuencia, es evidente que la expresión demandada contraría el mandato

constitucional antes citado (art. 42), razón por la cual dicha expresión debe retirarse del ordenamiento civil.

2.5.2.3. Jurisprudencia sobre derechos de hijos extramatrimoniales. En acatamiento de la ley sobre igualdad entre los hijos independiente de su origen, y del mandato superior sobre prevalencia de derechos de los menores, en fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil en enero de 2006, Magistrado Ponente doctor Manuel Isidro Ardila, reconoció el alto organismo la posibilidad de que un cónyuge deje todos sus bienes al otro, sólo en ausencia de hijos fuera del matrimonio. Esta decisión constituye un duro revés para la vieja estrategia de algunos padres que en vida transferían todos sus bienes a sus cónyuges, de modo que a su muerte quedaba cerrada para sus hijos extramatrimoniales la posibilidad de reclamar herencia alguna. El alto tribunal advirtió que los cónyuges pueden y tienen derecho, si es su voluntad, de pasar todos sus bienes al esposo/a, pero limitando esa facultad cuando hay hijos extramatrimoniales que reclamen sus derechos sucesorales habiendo fallecido quien cedió en vida los bienes.

La decisión de la Corte Suprema es importante toda vez que –según datos ofrecidos por el diario El Tiempo ⁷⁶– un alto porcentaje de los procesos que ingresaron a los juzgados de familia en el país durante 2005 corresponde a peticiones de hijos extramatrimoniales para ser incluidos en el reparto de bienes de un padre fallecido. De este modo, la tesis del alto organismo pretende proteger de modo efectivo a los hijos habidos por fuera del matrimonio a quienes por una u otra razón se intenta desconocer en el proceso legal de reparto de bienes de su padre o madre fallecidos. En la perspectiva de interpretación, señalaba el ponente, para establecer el fallo se preguntó en su momento la Corte “... *hasta qué punto un padre está en la obligación de dejar herencia a sus hijos o, en caso contrario, si legalmente le es posible desconocer*

⁷⁶ El Tiempo (edición nacional), 12 de abril de 2006, Justicia, p. 1-11.

sus derechos”; y la respuesta surgió bajo el criterio de que los hijos –en virtud de la igualdad entre todos ellos independiente de su filiación– deben y tienen que gozar de los mismos derechos, cualquiera que sea su posición a la muerte del padre o madre dueño de los bienes objeto de sucesión, aunque con una única salvedad: un hijo no entra en el reparto de bienes cuando el progenitor fallecido lo ha desheredado mediante un proceso legal que realizó en vida, por las exclusivas razones que establecen los artículos 1265 al 1269 del Código Civil. En todo caso, el derecho de los hijos extramatrimoniales fue refrendado por la Corte Suprema, al reiterar que ellos deben ser incluidos en el reparto de bienes cuando su progenitor fallece ⁷⁷.

2.5.2.4. Jurisprudencia sobre posibilidad de reconocimiento de hijos extramatrimoniales ante instancias diferentes del juez. La Sentencia C-178 del 1º de marzo de 2005, Magistrado Ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa, da cuenta del criterio de la Corte Constitucional sobre demanda de inconstitucionalidad del artículo 1º, numeral 4, Ley 75 de 1968. En esta oportunidad el demandante reclamaba la inconstitucionalidad de la citada norma argumentando que al aceptar únicamente al reconocimiento de hijos extramatrimoniales ante el juez, excluyendo instancias como por ejemplo la conciliación, sería desconocer la supremacía constitucional (art. 4, CP), el principio de igualdad (art. 13, CP), los derechos fundamentales de los niños (art. 44, CP) y la función judicial ejercida por los particulares (art. 116, CP). Destaca también la conveniencia de aceptar la conciliación como mecanismo idóneo en este sentido, con base en dos razones: primera, porque los centros conciliación están legalmente facultados para administrar justicia; segunda, porque el acta conciliatoria es cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Pese a las pretensiones del actor y luego de haber intervenido conceptualmente sobre el tema el Ministro de Justicia y del Derecho, el ICBF, el Instituto de

⁷⁷ *Íbid.*

Derecho Procesal y hasta el Procurador General de la Nación –todas estas instancias manifestando su posición favorable frente al reconocimiento de hijos extramatrimoniales ante conciliadores y árbitros–, la Corte se declaró incompetente para pronunciarse, puesto que la demanda omitió cargos específicos contra la norma objeto de trámite y al tiempo pidió que se supliera una omisión legislativa absoluta; esto último dio lugar a la inhibición del alto organismo, por carecer de referente normativo para su comparación con la Carta.

3. EL TEMA EN DERECHO COMPARADO

3.1. FUNDAMENTOS

A la luz de las connotaciones que el tema de la filiación involucra en los diversos países, se estima oportuno en primer término aludir –en forma breve– al tratamiento que algunas codificaciones otorgan al principio de la existencia humana. Parece importante esta precisión toda vez que desde el momento en que surge la condición de persona se establece la filiación del individuo respecto de sus progenitores. El principio de existencia se manifiesta a través de dos modalidades, a saber: viabilidad y vitalidad. El primero sostiene que la existencia de la persona deviene de su nacimiento con vida y de la aptitud para vivir adecuadamente una vez separada de la madre; la segunda modalidad, por su parte, dice que existe la persona por el solo hecho de nacer una criatura y sobrevivir cuando menos por un instante separada de la madre.

Los Códigos Civiles chileno, argentino, peruano, venezolano y colombiano adoptan sobre el tema el criterio de vitalidad, sin omitir que en cada caso dicho principio se ha regulado con algunas diferencias. Para ilustrar adecuadamente lo expuesto, enseguida se reseñan las normas legales que los citados países aplican en relación con el citado principio de existencia de las personas naturales:

a) En Chile: artículos 74, 75 y 77 del Código Civil. El primero consagra la existencia legal de la persona al nacer y separarse por completo de la madre, señalando que quien muere en el vientre materno o antes de la separación sin existir siquiera un momento, se tendrá como no nacida. El artículo 75 destaca la

protección judicial de la criatura por nacer, adoptando medidas especiales frente a cualquier eventual peligro; y el artículo 77 indica que los derechos deferibles del no nacido permanecen suspensos hasta que nazca y empiece a gozar de los mismos.

b) En Argentina: los artículos 70, 72 y 74 del Código Civil se ocupan del tema. El primero consagra la existencia de la persona desde la concepción y hasta le otorga algunos derechos antes de nacer, de los cuales gozará irrevocablemente si nace con vida así éste dure sólo unos instantes; el artículo 72 señala que dicha existencia se tiene como tal aunque los nacidos no puedan prolongar la vida o si mueren por causa orgánica interna o por haber sido prematuros; y en consonancia con la codificación chilena, el artículo 74 expone que a quien muera antes de separarse completamente de la madre se tendrá como si no hubiera existido

c) En Venezuela: la normatividad sobre el tema sólo está contemplada en el artículo 17 del Código Civil, que dice así: *“El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo”*.

d) En Perú: las normas están contempladas en el artículo 1º del Código Civil, lo mismo que en la Constitución Política (art. 1º, n. 2) y en la Ley 27337 de 2000 o Código de Niños y Adolescentes (art. 1º del Título Preliminar y art. 1º del Libro I). La norma civil señala que la persona es sujeto de derecho desde su nacimiento y que vida humana comienza con la concepción, otorgando al concebido derechos patrimoniales siempre y cuando nazca vivo. La Constitución Política, por su parte, en el artículo 1º-2 enuncia los derechos fundamentales de la persona y precisa que *“El concebido es sujeto de derechos en todo cuanto lo favorece”*. La Ley 27337 de 2000, en su Título Preliminar, artículo 1, define la condición de niño desde su concepción hasta los 12 años y

señala que el Estado protege al concebido para todo lo que lo favorece; y en cuanto a derechos civiles señala en el Capítulo I del Libro I que el niño tiene derecho a la vida e integridad desde el momento de la concepción.

e) En Colombia: la normatividad correspondiente está consagrada en los artículos 90, 91 y 93 del C.C. y en el Capítulo II, Título I del Código de la Infancia y Adolescencia, artículos 19-36 ⁷⁸. Los tres citados artículos de nuestra normatividad civil coinciden exactamente con lo previsto por la codificación chilena en sus artículos 74, 75 y 77.

Vistas las normatividades precedentes, se advierte la especial coincidencia entre ellas, máxime al observar que nuestro articulado civil pertinente retoma exactamente la normatividad chilena Sin embargo, en cuanto a distinción entre los principios de existencia natural y existencia legal de la persona humana debe destacarse que no siempre se hace efectiva ésta, a pesar de lo cual el análisis conceptual permite inferir que dicho criterio ha sido adoptado por las diferentes legislaciones en procura de explicar el principio de existencia del individuo, tal como va a exponerse enseguida. Para empezar, se tiene que los Códigos colombiano y chileno, por ejemplo, en sus artículos 90 y 74 respectivamente, aluden a la existencia legal de las personas pero no a su existencia natural; no obstante, si en el caso colombiano se miran normas como el artículo 1019 de la codificación civil (cuyo inciso primero establece que la capacidad de suceder supone existir naturalmente al momento de apertura de la sucesión), podría pensarse que tal distinción está presente.

Algo distinto ocurre con las normatividades civiles argentina y peruana. La primera establece que la existencia –sin especificar cuál– empieza con la concepción, pudiendo inferirse que se trata de la existencia natural, mientras

⁷⁸ Para ilustración eficaz sobre el tema deben consultarse los citados artículos de la Ley 1098 de 2006.

que la legal tendría su origen en la separación de la madre adquiriendo el nacido todos los derechos, lo cual no está prescrito en la norma. El Código peruano, por su parte, sí presenta de modo específico la distinción en comento, toda vez que al tenor de su artículo 1º antes transcrito, la existencia natural comienza con la concepción mientras que la existencia legal tiene su origen desde el nacimiento.

De otra parte, las legislaciones argentina, chilena y colombiana en sus artículos 74, 77 y 93 respectivamente, hacen claridad en el sentido de asumir como no nacida la criatura que no sobrevive ni un momento luego de su separación de la madre; las legislaciones peruana y venezolana no se pronuncian al respecto.

La legislación venezolana, a su vez, no ofrece precisiones sobre la existencia de la persona; por el contrario, el texto del artículo 17 no sólo es de escaso contenido conceptual, sino que además plantea dudas no despejadas acerca de cuáles derechos adquiere el feto que nace vivo y si los tiene o nó desde antes.

Y se tiene claro que la precisión relativa a derechos es importante, tanto así que está contemplada en las legislaciones chilena, argentina, peruana y colombiana, que distinguen entre derechos del no nacido a fin de protegerlos, y derechos patrimoniales que irrevocablemente se adquieren con el nacimiento. Derechos respecto de los cuales en Colombia, por ejemplo, se tienen normas específicas contempladas en el Código del Menor –que incluye los derechos alcanzados desde el momento mismo de la concepción–, en Argentina no hay claridad sobre el tema y se alude a “algunos derechos”, en Perú al no nacido se le atribuye sin discusión el derecho a la vida y goza derechos patrimoniales siempre y cuando nazca vivo.

Los anteriores planteamientos permiten concluir: las legislaciones civiles de los países mencionados se ocupan de modo similar sobre el tema de la existencia

de las personas, básicamente otorgando protección al no nacido desde el momento mismo de su concepción; además, países como Chile, Perú y Colombia, donde se ha dado una mayor desarrollo normativo, el tema está contemplado en la propia Constitución y la legislación de menores. Lo cierto es que en estos cinco casos, de modo tácito o expreso se halla establecida la distinción entre existencia natural y existencia legal, reflejándose además un marcado interés hacia la protección de derechos del no nacido.

Por lo demás, no sobra destacar que lo expuesto en este ítem tiene especial relevancia puesto que el principio de existencia de las personas es un fundamento básico al momento de determinar legalmente aspectos relativos a la filiación, tema esencial de este trabajo, particularmente en lo que a derechos patrimoniales se refiere.

3.2. LA FILIACIÓN EN LAS DIFERENTES LEGISLACIONES

La normatividad civil de los países antes mencionados: Chile, Argentina, Venezuela, Perú y Colombia, lo mismo que la española, no definen concretamente el término “filiación”, aunque por analogía de criterios conceptuales, en todos estos casos se asume ésta como el vínculo jurídico entre el hijo y sus padres, bien sea de origen natural (por procreación), o bien de origen legal (por adopción).

3.2.1. Precisiones sobre filiación matrimonial. Sobre ésta se ocupan todas las legislaciones arriba enunciadas. La normatividad española dedica dos secciones a establecer las disposiciones aplicables a filiación matrimonial y extramatrimonial (arts. 115-119 y 120-126 respectivamente). Lo propio hace el Código Civil chileno al normatizar concretamente sobre las clases de filiación, matrimonial y extramatrimonial, a través del artículo 180 que dice así:

“La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo.

Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan sido previamente determinadas por los medios que este Código establece, o bien se determinen por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187^{}. Esta filiación matrimonial aprovechará en su caso, a la posteridad del hijo fallecido”.*

Por su parte el artículo 240 de la legislación civil argentina dice así:

“La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.

La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

Las legislaciones civiles peruana y venezolana, a su turno, no ofrecen planteamientos específicos sobre el tema, salvo lo referente a que se tendrá por padre al marido de un hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la disolución (o anulación) de éste.

Por último, el Código Civil colombiano sólo contempla colateralmente algunos aspectos relativos al tema en los siguientes artículos: 213 (modif. Ley 1060 de 2006, art. 1º), sobre legitimidad del hijo concebido dentro del matrimonio; 236, sobre hijos legitimados por matrimonio de los padres posterior a su nacimiento; 237 (modif. Ley 1ª de 1976, art. 22), cuando alude a legitimación *ipso jure* de

* Artículo 187 del C.C. chileno: “El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos: 1. ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el matrimonio de los padres; 2. En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier Oficial del Registro Civil; 3. En escritura pública, o 4. En acto testamentario. Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado a expresar la persona en quien o de quien tuvo el hijo. El reconocimiento que no conste en la inscripción de nacimiento del hijo, será subinscrito a su margen.

los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos en él; y 238, según el cual también *ipso jure* por matrimonio de los padres se legitiman los hijos “... *que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales*”.

Ahora bien, con base en las precisiones antes expuestas se infieren las consideraciones siguientes:

- La filiación matrimonial es determinante de la relación filial entre el hijo y sus progenitores que se hallan casados entre sí al momento de la concepción. Las legislaciones estudiadas regulan sobre esta figura, aunque no de modo expreso en Argentina y Venezuela; no obstante, en ambos países se ha desarrollado doctrinalmente el tema y existen otras normas legales que permiten deducir qué se entiende en estos países por filiación matrimonial.
- Las legislaciones chilena y colombiana no sólo se ocupan del hijo legítimo o matrimonial, sino también del hijo extramatrimonial legitimado por matrimonio de sus padres posterior a la concepción o al nacimiento; la norma española no ofrece precisiones al respecto. Sobre el particular es más expedita la norma chilena, ya que permite la legitimación por reconocimiento en el acto matrimonial, sin otras formalidades, mientras que en Colombia puede hacerse lo propio sólo si previamente hubo reconocimiento paterno o materno conforme a la ley.
- Las legislaciones venezolana, argentina y peruana no clasifican de modo expreso la filiación, como sí lo hacen la chilena y la española; la norma colombiana sobre el tema se entiende tácitamente, sin que aparezca prevista por la codificación. Si embargo, las tres primeras legislaciones citadas incluyen normas adicionales en trono al tema. Así, por ejemplo, no puede omitirse que el artículo 240 de la codificación civil argentina involucra

las tres clases de filiación, y el 246 expone cómo determinar la filiación matrimonial y determina que para el hijo surge ésta por haber nacido dentro del matrimonio de sus padres; si bien aquí la norma es clara, queda el vacío conceptual acerca de la filiación del mismo hijo al momento de ser concebido, vacío frente al cual no hay respuesta por ausencia de tratamiento del tema, menos aún teniendo en cuenta que no está contemplado lo relativo a legitimación, aspecto sí incluido por las codificaciones chilena y colombiana.

- El Código Civil venezolano, por su parte, sólo expone lo relativo a legitimidad del hijo nacido en el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución o anulación. Lo dicho da cuenta, aunque no de modo explícito, de la filiación matrimonial de este hijo, incluso del nacido dentro de ese término de 300 días, y da lugar a inferir que dicha filiación se originó en el momento mismo de la concepción. Dicho en pocas palabras, tanto el nacimiento dentro de un término legal previsto, como la concepción dentro de un matrimonio que luego se disuelve o anula, son criterios válidos para establecer en ambos casos el carácter matrimonial de la filiación del hijo. Por otra parte, se destaca que al igual que en el caso argentino, tampoco la codificación venezolana prevé la legitimación del hijo.

- La legislación civil peruana, lo mismo que las de Argentina y Venezuela, tampoco consagra de modo expreso la filiación matrimonial; pero el análisis de ciertas normas pertinentes permite deducir que en el Perú tal condición se acoge a lo previsto por otras codificaciones en el sentido de que su origen deviene del nacimiento durante el matrimonio de los padres, o dentro de un determinado plazo si éste se hubiere disuelto o anulado. Como aspecto significativo, se destaca que la normatividad peruana es la única que contempla una presunción: *“El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”*.

Tratándose de la codificación colombiana, según el artículo 215 se tiene que el adulterio de la mujer no autoriza de hecho al marido para desconocer como suyo al hijo, aunque habiéndose probado que hubo adulterio para la época de la concepción, al marido se le admitirá cualquier prueba adicional para justificar su no paternidad.

Atendiendo a los planteamientos anteriores, se concluye fácilmente que las cinco codificaciones vistas muestran un mismo criterio conceptual frente al tema de la filiación matrimonial, pese a observarse en ciertos aspectos mayor desarrollo por parte de algunos países, y que en otros las normas se manifiestan sólo de manera tácita; además, debe tenerse presente que el eje conceptual es coincidente, pero no así el desarrollo normativo, dando lugar a vacíos no satisfechos como en lo referente a legitimación, por ejemplo, puesto que ésta sólo aparece contemplada en las codificaciones chilena y colombiana.

3.2.2. Filiación extramatrimonial. En consonancia con lo expuesto sobre el tema en el numeral 1.4.4.2. de este documento, se entiende como tal el vínculo jurídico surgido entre un hijo y sus padres que al momento de la concepción o del nacimiento no estaban casados entre sí, por lo cual dicho vínculo debe ser objeto de reconocimiento expreso por los padres o de sentencia judicial en este sentido.

En sus artículos 120-126, la codificación civil española expone de modo expreso las condiciones para determinar la filiación no matrimonial, indicando en el primero de tales artículos que se hará efectiva ésta y quedará en firme bajo los siguientes criterios:

- 1º. Por reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
- 2º. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

3º. Por sentencia firme.

4º. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

El Código Civil chileno se ocupa expresamente del tema en sus artículos 179, 180 y 186, el segundo de los cuales se transcribió antes; el texto de los artículos 179 y 186 es como sigue:

Artículo 179: “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva”.

Artículo 186: “La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación”.

La codificación civil argentina se ocupa del tema en los artículos 240, antes transcrito, y 247, cuyo texto dice así:

Artículo 247: “La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal”.

En Venezuela el Código Civil otorga un tratamiento más amplio a esta modalidad de filiación, ocupándose de la misma en sus artículos 209 y 210:

*Artículo 209: “La filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio se establece legalmente por declaración voluntaria del padre, o después de su muerte por sus ascendientes, en los términos previstos en el artículo 230 *”.*

* Artículo 230 del C.C. venezolano: “Cuando no exista conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado, se puede reclamar una filiación distinta de la que atribuye la partida de nacimiento. Y aún cuando exista conformidad entre las actas de Registro Civil y la posesión de estado, se puede también reclamar una filiación distinta de la que atribuyen las actas del Registro Civil si se reclama y prueba judicialmente por cualquier medio, la suposición o sustitución de parto, o si el hijo fue inscrito bajo falsos apellidos o como hijo de padres inciertos”.

Artículo 210: “A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredobiológicas que hayan sido consentidas por el demandado”.

El Código Civil peruano, por su parte, se pronuncia brevemente sobre el tema en sus artículos 386 y el 387, cuyos textos respectivos son:

Artículo 386: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.

Artículo 387: “El reconocimiento y la sentencia de declaratoria de paternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial”.

En el caso colombiano, los artículos 318 a 332 de la codificación civil normatizaban sobre hijos naturales (hoy extramatrimoniales); como se expuso en el numeral 1.4.4.2. de este documento, dichos artículos fueron inicialmente sustituidos por los artículos 54-59 y 66-79 de la Ley 153 de 1887, y más adelante derogados por la Ley 145 de 1936; el artículo 2º de esta última, a su vez modificado por el artículo 1º de la Ley 75 de 1968. Las normas pertinentes se transcriben a continuación:

Artículo 1º, Ley 45 de 1936: “El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento”.

Artículo 1º, Ley 75 de 1968: “El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:

1º) En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce.

El funcionario del estado civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial destinado a tal efecto y de ella sólo se

expedirán copias a las personas indicadas en el ordinal 4º, inciso 2º de este artículo y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren.

Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el funcionario que la haya autorizado la notificará personalmente al presunto padre, si éste no hubiere firmado el acta de nacimiento. El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pie del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores para que este inicie la investigación de la paternidad.

Igual procedimiento se seguirá en el caso de que la notificación no pueda llevarse a cabo en el término indicado o de que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre.

Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado, o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a fallo de la autoridad competente, no se expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse.

2º) Por escritura pública.

3º) Por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento.

4º) Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene.

El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el ministerio público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación. La declaración judicial será revisable en los términos del artículo 18 de la presente ley”.

A juicio nuestro el Código Civil español no presenta las deseables precisiones en materia de filiación extramatrimonial, pese a que como antes se dijo, la determinación de la misma está contemplada en siete artículos. Por el contrario, la codificación civil chilena sí es explícita cuando consagra que la filiación

extramatrimonial abarca todos los eventos no contemplados en el inciso primero del artículo 180. Por el contrario, los Códigos de los demás países estudiados no definen del modo expreso esta modalidad de filiación, aunque sí se ocupan de la misma en varios de sus respectivos artículos; más aún, es innegable que las correspondientes legislaciones tienen en cuenta las clases de filiación, aunque en todos los casos desde una perspectiva general que no incluye precisiones; sin embargo, el análisis ponderado de contenidos permite inferir qué se entiende en cada país acerca de la filiación en sus distintas formas, para con base en ello deducir que sobre la filiación extramatrimonial hay normas en todos estos países y que en términos generales éstas presentan una misma línea conceptual.

En Chile y Colombia es quizá donde el legislador se ha ocupado más profusamente del tema. Más simple es el tratamiento otorgado al mismo en Argentina, Venezuela y Perú, cuyas codificaciones civiles lo abordan de manera similar en lo referido al reconocimiento por parte del padre mediante declaración voluntaria; además, se destacan algunos aspectos aparentemente negativos en cada una de estas codificaciones, a saber: la argentina distingue las clases de filiación y señala que producen los mismos efectos, pero no las explica ni establece sus eventos de ocurrencia; la venezolana tampoco explica las clases de filiación y, adicionalmente, sólo tiene en cuenta la filiación paterna de los hijos extramatrimoniales; y en Perú la norma se limita a establecer quiénes se consideran hijos extramatrimoniales.

En lo referido a prueba de filiación extramatrimonial, las legislaciones de los seis países estudiados presentan un tratamiento similar: en todos los casos, aunque sin omitir las naturales precisiones, se tiene que sólo el reconocimiento o la sentencia judicial pueden ser prueba de la misma. Igualmente debe decirse que todas estas legislaciones aceptan la igualdad entre los hijos, sin discriminación alguna por su origen; de este modo, la relación personal entre

hijos y padres extramatrimoniales no difiere de lo propio para los hijos matrimoniales y adoptivos, es decir, aplican los mismos derechos y deberes en cualquier caso.

A manera de síntesis, debe señalarse que la legislación aplicable en los países estudiados permite detectar amplia similitud normativa, prioritariamente orientada a la protección del hijo nacido fuera del matrimonio, para quien no sólo se admite la posibilidad de reconocimiento voluntario o mediante sentencia judicial, sino que además se otorgan beneficios de igualdad frente a los hijos matrimoniales y adoptivos, con sus mismos derechos y obligaciones.

3.2.3. Reconocimiento de hijos extramatrimoniales. A través de éste, voluntariamente o mediante trámite judicial, se establece la filiación de un hijo concebido y nacido fuera del matrimonio de sus padres. En relación con el tema, en lo relativo a reconocimiento voluntario extrajudicial, las codificaciones civiles de los países estudiados ofrecen las siguientes formulaciones:

En el caso español, la normatividad civil en materia de filiación no contempla expresamente el reconocimiento de hijos extramatrimoniales; pese a incluir un capítulo titulado “De las acciones de filiación”, allí sólo se tiene en cuenta lo relativo a disposiciones generales (donde se alude en concreto a las pruebas necesarias, entre ellas las de tipo biológico), reclamación e impugnación; no obstante, del contenido de los respectivos artículos (127 a 141) podrían inferirse por analogía ciertas disposiciones no explícitas sino tácitas.

No obstante lo dicho, en Mensaje al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil (año 2000), el tema del reconocimiento logró cierta prestancia, y es así como el legislativo se pronunciaba señalando que el tema del reconocimiento voluntario de los hijos habidos fuera del matrimonio, que toman en este caso la denominación legal de hijos naturales, y adquieren importantes

derechos, quedaba sujeto a formalidades análogas a las aplicables para el caso de hijos legítimos; y en cuanto a los ilegítimos, que no obtienen este reconocimiento espontáneo de su padre o madre, el proyecto no les otorga otro derecho que el de pedir alimentos, sin que para obtenerlo se admitiera otra prueba que la confesión del padre; condición dura a primera vista, pero justificada en virtud de experiencias observables en distintos países.

En Perú el reconocimiento de hijos extramatrimoniales está consagrado en el Título II, Capítulos Primero y Segundo de la codificación civil, básicamente en los artículos 387-392, 395 y 402. Los primeros incluyen específicamente los siguientes aspectos: medios probatorios, reconocimiento como tal, formas del mismo, reconocimiento en el registro de nacimiento, reconocimiento por uno de los progenitores e irrevocabilidad del hecho; el artículo 402 expone en sus seis numerales cuándo y por qué se declara judicialmente procedente la filiación extramatrimonial. Por su pertinencia, continuación se transcriben los citados artículos 387-392 y 395, cuyos textos dicen:

“CAPÍTULO PRIMERO. Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales.

Artículo 387. Medios probatorios en filiación extramatrimonial. El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

Artículo 388. Reconocimiento del hijo extramatrimonial. El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

Artículo 390. Formas de reconocimiento. El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

Artículo 391- Reconocimiento en el registro de nacimiento. El reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta

firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente.

Artículo 392. Reconocimiento por uno de los progenitores. Cuando el padre o la madre hicieran el reconocimiento separadamente, no pueden revelar el nombre de la persona con quien hubieran tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta. Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido.

Artículo 395. Irrevocabilidad del reconocimiento. El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable”.

En Chile la codificación civil contempla el reconocimiento de filiación extramatrimonial en el numeral 4, Libro Primero – Título VII: De la filiación, bajo el epígrafe “De la determinación de la filiación no matrimonial”, desarrollada en los artículos 186 a 194, de los cuales se transcriben a continuación los cinco primeros por considerarlos pertinentes en el caso presente:

“Art. 186. La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación.

Art. 187. El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos:

- 1. Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres;*
- 2. En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil;*
- 3. En escritura pública, o*
- 4. En acto testamentario.*

Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado a expresar la persona en quien o de quien tuvo al hijo.

El reconocimiento que no conste en la inscripción de nacimiento del hijo, será subinscrito a su margen.

Art. 188. El hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación.

También lo es la confesión de paternidad o maternidad, prestada bajo juramento por el supuesto padre o madre que sea citado a la presencia judicial con tal objeto por el hijo o, si éste es incapaz, por su representante legal o quien lo tenga bajo su cuidado. En la citación, que no podrá ejercerse más de una vez con relación a la misma persona en caso de que concurra, se expresará el objeto de la misma y se requerirá la presencia personal del supuesto padre o madre. El acta en que conste la confesión de paternidad o maternidad se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, para lo cual el tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica.

Si el citado no compareciere personalmente a la audiencia fijada por el tribunal, se podrá solicitar una segunda citación dentro de los tres meses siguientes.

Toda citación pedida de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona citada, obligará al solicitante a indemnizar los perjuicios causados al afectado.

Art. 189. No surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta, sin perjuicio del derecho a ejercer las acciones a que se refiere el Art. 208.

El reconocimiento es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior, y no susceptible de modalidades.

El reconocimiento no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción de éste al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Art. 190. El reconocimiento por acto entre vivos señalado en el Art. 187, podrá realizarse por medio de mandatario constituido por escritura pública y especialmente facultado con este objeto.

En Venezuela la norma civil sobre reconocimiento voluntario está consagrada en el TÍTULO V, Capítulo III, Sección II, artículos 217 a 223 del respectivo Código, así:

“Artículo 217. El reconocimiento del hijo por sus padres, para que tenga efectos legales, debe constar:

1º En la partida de nacimiento o en acta especial inscrita posteriormente en los libros del Registro Civil de Nacimientos.

2º En la partida de matrimonio de los padres.

3º En testamento o cualquier otro acto público o auténtico otorgado al efecto, en cualquier tiempo.

Artículo 218. El reconocimiento puede también resultar de una declaración o afirmación incidental en un acto realizado con otro objeto, siempre que conste por documento público o auténtico y la declaración haya sido hecha de un modo claro e inequívoco.

Artículo 219. El reconocimiento que se haga de un hijo muerto no favorece como heredero al que lo reconoce, sino en el caso de que éste pruebe que aquél gozaba en vida de la posesión de estado.

Artículo 220. Para reconocer a un hijo mayor de edad, se requiere su consentimiento, y si hubiese muerto, el de su cónyuge y sus descendientes si los hubiere, salvo prueba, en este último caso, de que el hijo ha gozado en vida de la posesión de estado.

Artículo 221. El reconocimiento es declarativo de filiación y no puede revocarse, pero podrá impugnarse por el hijo y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello.

Artículo 222. El menor que haya cumplido dieciséis años de edad puede reconocer válidamente a su hijo; también podrá hacerlo antes de cumplir dicha edad, con autorización de su representante legal y, en su defecto con la del Juez competente, quien tomará las providencias que considere oportunas en cada caso.

Artículo 223. El reconocimiento hecho separadamente por el padre o la madre sólo produce efectos para quien lo hizo y para los parientes consanguíneos de éste. El reconocimiento del concebido sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre.

Artículo 224. En caso de muerte del padre o de la madre, el reconocimiento de la filiación puede ser hecho por el ascendiente o ascendientes sobrevivientes de una u otra línea del grado más próximo que concurran en la herencia, de mutuo acuerdo si pertenecen a la misma línea, y en las condiciones que establecen las disposiciones contempladas en los artículos de esta sección y con iguales efectos.

Artículo 225. Se puede reconocer voluntariamente al hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185A de este Código, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio”.

La legislación civil argentina también contempla el reconocimiento, a través de sus artículos 247 a 250 que dicen textualmente:

“Artículo 247. La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

*Artículo 248. El reconocimiento del hijo resultará: 1ro. De la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse o posteriormente. 2do. De una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido. 3ro. De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental. Lo prescrito en el presente capítulo es aplicable a la madre cuando no hubiera tenido lugar la inscripción prevista en el artículo 242 *.*

Artículo 249. El reconocimiento efectuado es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo. El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama.

Artículo 250. En el acto de reconocimiento es prohibido declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en el mismo acto. No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida”.

En el caso colombiano el reconocimiento de hijo extramatrimonial se halla expresamente consagrado en los artículos 1-3 y 5 de la Ley 75 de 1968. Del primero de estos artículos se transcriben sus apartes pertinentes, de los otros tres el texto completo, así:

“Artículo 1º, Ley 75 de 1968: “El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:

* Artículo 242, del C.C. argentino. “La maternidad quedará establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstetra que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.

1º) *En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce.*

2º) *Por escritura pública.*

3º) *Por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento.*

4º) *Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene.*

El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el ministerio público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo.

Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación. La declaración judicial será revisable en los términos del artículo 18 de la presente ley”.

Artículo 2º. El reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento, por los medios que contemplan los ordinales 2º, 3º y 4º del Art. 1º.

Artículo 3º. El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:

1. Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante este tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

*2. Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el Título X del Libro I del CC *, la mujer acepta el desconocimiento y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal, si fuere incapaz, y además del Defensor de Menores si fuere menor.*

* Título X Libro Primero, Código Civil colombiano: “De los hijos legítimos concebidos en matrimonio”

3. Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido.

*Artículo 5. El reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículo 248 y 335 * del Código Civil”.*

En cada uno de los países aquí estudiados –salvo quizá en España– la figura legal del reconocimiento es instrumento idóneo para establecer la filiación extramatrimonial. Como fundamento básico de comparación se tiene la similitud doctrinal observable entre las legislaciones peruana, argentina y colombiana, así: en la primera aparece como acto jurídico unilateral e irrevocable, por el padre o la madre para reconocer respectivamente su paternidad o maternidad; en el caso argentino se aborda la figura como acto jurídico familiar mediante el cual una persona se declara respectivamente padre o madre de otra, calificando dicho acto como unilateral, individual e irrevocable; en Colombia se admite dicho reconocimiento mediante confesión y se califica como declarativo e irrevocable ⁷⁹.

* Artículo 248 C.C. colombiano: -“En los demás casos podrá impugnarse la legitimación, probando alguna de las causas siguientes:

1) Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante;

2) Que el legitimado no ha tenido por madre a la legitimante; sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título XVIII: “De la maternidad disputada”.

No serán oídos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; estos en sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho”

Artículo 335 C.C. colombiano: Art. 335.-La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen el derecho de impugnarla:

1º) El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo;

2º) Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya;

3º) La verdadera madre para exigir alimentos al hijo”.

NOTA: El artículo 248 del Código Civil colombiano fue modificado en virtud de la Ley 1060 de 2006, artículo 11.

⁷⁹ Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil. Derecho de Familia. Bogotá. TEMIS. 1995, p. 513.

Ahora bien, desde la perspectiva legal es claro que las disposiciones previstas en los distintos países para el reconocimiento ofrecen prácticamente igual contenido en todos los casos, así: escritura pública, voluntad testamentaria, acta al momento de inscribir o registrar el nacimiento; en Chile y Venezuela están contemplado adicionalmente el matrimonio de los padres como modalidad idónea en este sentido; una modalidad exclusivamente contemplada en el caso colombiano es la manifestación espontánea ante juez, equiparable a la confesión ante juez competente por previa citación a solicitud del hijo capaz o de su representante, que contempla la normatividad chilena. La irrevocabilidad del acto, por su parte, está prevista en las cinco codificaciones estudiadas, condición que a su vez constituye característica del mismo; sin embargo, conviene señalar que no por ello se omite la eventual impugnación.

Las precisiones mencionadas son comunes a las legislaciones en comento. Pero también algunas se ocupan de aspectos específicos no abocados en otras: por ejemplo sólo en los casos peruano y colombiano se tiene en cuenta el reconocimiento del hijo de mujer casada; la norma peruana admite tal posibilidad sólo ante negación por el marido y sentencia favorable, mientras que la norma colombiana señala que además de lo anterior, tal reconocimiento supone concepción del hijo durante separación legal o divorcio de los cónyuges. En general, de lo expuesto se deduce que la filiación extramatrimonial mediante reconocimiento se halla regulada bajo los mismos parámetros en las cinco legislaciones objeto de estudio, aunque algunas de éstas presentan especificidades propias; por tanto, ciertamente hay diferencias de forma pero el fondo de la normatividad es uno mismo, orientado a la protección del menor en sus derechos y legítimas aspiraciones.

Para terminar lo relativo a filiación extramatrimonial mediante la figura del reconocimiento desde el punto de vista comparativo, sólo resta por decir que las cinco legislaciones abordadas ofrecen más semejanzas que divergencias en los

diferentes aspectos, conformándose de este modo un acervo conceptual que eventualmente permitiría la aplicación de una misma normatividad en todos los casos; eso sí, tomando en cuenta las disposiciones no comunes con el fin de adaptarlas y adoptarlas en la mayor medida posible.

4. PROPUESTA

La propuesta que desde los planteamientos iniciales de la investigación se estableció como intencionalidad y meta de la misma, se formula a partir de criterios puntuales como los que enseguida se indican:

- Conciliación y justicia de paz son dos mecanismos idóneos para solucionar conflictos sin recurrir a la justicia formal, y el despliegue de cada uno está debidamente reglamentado en lo legal. Es decir, ambos tienen validez para los efectos pertinentes y respecto de los asuntos sometidos a su trámite.

- A través de este tipo de eventos y en el transcurso de su proceso, con base en la mediación del conciliador o del juez de paz, lo mismo que en la transacción a la cual se someten las partes, fácilmente se da el caso de una confesión extrajudicial de paternidad, favorecida incluso por las propias circunstancias espaciotemporales y situacionales que enmarcan el hecho. Así las cosas, teniendo en cuenta que tanto el acta conciliatoria como la decisión del juez hacen tránsito a cosa juzgada y hasta en ciertos casos prestan mérito ejecutivo por incumplimiento de las obligaciones pactadas, bien puede considerarse dicha confesión como prueba de una paternidad que quizá de otro modo no habría sido reconocida nunca, o cuando menos sí con exceso de dificultades. De tal confesión queda constancia en los respectivos instrumentos que dan por terminado el evento, y en tal caso se constituye en prueba documental, proveniente directamente del responsable de la misma; además, atendiendo a las circunstancias en que se da tal confesión, es evidente su validez probatoria, puesto que es libre, espontánea y tiene lugar ante una

instancia competente (tanto el conciliador como el juez de paz están investidos de funciones constitucionalmente previstas al tenor del artículo 116 superior).

- No se trata en modo alguno de pretender que la sola confesión o el simple reconocimiento en estos casos de por sentada la filiación. Pero sí de que la prueba lograda adquiera el valor y alcances requeridos dentro del procedimiento legal a seguir para el reconocimiento definitivo. En este sentido, entonces, dicha confesión debería entenderse como manifestación espontánea de voluntad, y dársele cabida dentro de las previsiones que para reconocimiento de hijo extramatrimonial consagra la Ley 75 de 1968 en el numeral 4 del artículo 1º, según el cual el reconocimiento puede hacerse *“Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene”*. De este modo, nada obsta para que aunque las audiencias de conciliación o ante el juez de paz se hubieren adelantado con un propósito diferente al de obtener la confesión, de todos modos ésta sea válida para efectos del trámite legal que de la misma puede derivarse; trámite éste que apoyado en dicha confesión como prueba, naturalmente podrá adelantarse bajo la modalidad de reconocimiento extrajudicial.

- De otra parte, se estima conveniente lograr que desde lo jurídico se desarrollen normas que cada vez involucren más lo social, se adecúen a sus requerimientos concretos y apunten a su fortalecimiento, sobre todo como manifestación del espíritu subyacente al mandato constitucional y dentro del modelo de Estado Social de Derecho representativo de la nación colombiana. Esto último significa, por ejemplo, materializar la efectividad de las normas vigentes –en este caso tanto de las Leyes 640 de 2001 y 497 de 1999, como de la codificación civil en lo pertinente y de otras Leyes que se ocupan directa o circunstancialmente del tema de la filiación extramatrimonial–, con el fin de establecer una legislación específica que permita no sólo tener en cuenta como

prueba la confesión de paternidad en audiencias ante conciliador y juez de paz, sino inclusive que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales pueda legítimamente hacerse efectivo a través de estos mecanismos, facilitadores del acceso a la justicia y de descongestión de despachos; lo anterior, sobre todo bajo el criterio de que una confesión como la que puede darse en este tipo de eventos conlleva las características que permiten considerarla como tal, y en consecuencia, como prueba contra quien la expone y en favor del menor directamente interesado (por sí o través de su madre, parientes, Defensor de Menores, Ministerio Público, ...). Más aún, haciéndolo se estaría materializando en estos casos el sentido de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, y de paso se daría solución a conflictos por la filiación de menores, donde están involucrados intereses y derechos individuales, patrimoniales y sucesorales en cabeza de sus destinatarios.

- Además, no pueden ni deben omitirse derechos fundamentales de la persona y constitucionalmente consagrados, tales como el de igualdad, el de personalidad jurídica, el de tener un nombre y una familia, entre otros, todos los cuales se ven violentados con la falta de reconocimiento de la filiación extamrimonial; y que muchas veces esta última no se hace efectiva por desidia, pereza y hasta negligencia del padre. Frente a esta situación real fácilmente observable, el valor probatorio de la confesión obtenida en audiencia conciliatoria o ante juez de paz, resulta de especial interés y alcances, puesto que en tanto logre hacerse valer dicha prueba también se agiliza el trámite del reconocimiento, con considerables ventajas tanto para el reconocido –por acceder de este modo a todos sus derechos– como para quien reconoce –por las facilidades para el trámite inmediato, e igualmente porque con ello está cerrando la posibilidad de un no deseable evento judicial futuro, de por sí largo, oneroso, con muchas trabas y sometido a múltiples requisitos legales. Se trata de una posibilidad que ofrece ventajas tanto legales como sociales, que admite el mismo tratamiento otorgado a

otras situaciones normativamente ya previstas como conciliables o susceptibles de tramitarse ante jueces de paz, y que además reportaría especiales consecuencias prácticas para el desenvolvimiento individual y social de quien con justicia reclama su filiación.

- Desde la perspectiva del Derecho Comparado, tal como pudo observarse a través del estudio sobre el tema de la filiación extramatrimonial –partiendo de su fundamento conceptual básico, cual es el principio de la existencia humana– y de las implicaciones legales y sociales involucradas en el reconocimiento del hijo concebido por fuera del matrimonio, con facilidad se infiere la consideración en el sentido de que son más las similitudes que las divergencias, entre los ordenamientos civiles aquí abordados en relación con la temática. No obstante, ninguno de ellos consagra directamente la prueba confesional obtenida a través de eventos conciliatorios o ante la justicia de paz. Lo dicho puede obedecer a razones de diverso origen: quizá por escaso desarrollo de estas modalidades de solución de conflictos en los respectivos contextos, quizá porque se les haya otorgado connotación exclusivamente extraprocesal. Frente a lo dicho, sin embargo, es claro que en Colombia la realidad sobre los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos es ampliamente positiva, tanto en su desarrollo legal como en lo relativo a eficacia y aceptación de los mismos; además, las Leyes que regulan sobre conciliación y justicia de paz no sólo se expidieron en desarrollo de un mandato constitucional consagrado en los artículos 116 y 247, sino que además permiten que desde la propia normatividad se materialicen principios y valores previstos en el mandato superior, se de posibilidad real a la democracia participativa, se canalicen factores de sana convivencia entre las personas, etc. ...; en pocas palabras, que se vislumbre una sociedad más justa, libre, humana y esperanzadora para todos. Pues bien, dentro de este modelo, un especial factor positivo vendría a ser el expedito reconocimiento de hijos extramatrimoniales, otorgando así desde temprana edad a los menores los derechos y garantías que la propia

Carta consagra en su favor, con especial énfasis en el derecho a la personalidad jurídica.

- Precisamente ahí se detecta en buena medida la importancia significativa de la propuesta que aquí se plantea, toda vez que haciéndola efectiva muchos menores que hasta ahora se han visto privados de derechos como la igualdad real, su nombre, tener una familia y no ser separados de ella, entre otros, van a gozar para sí de una alternativa más en procura de obtener su filiación; alternativa que permitirá a sus padres solucionar su propio conflicto interpartes, y cuyas consecuencias se verán reflejadas directamente en los beneficios directos para el menor objeto del reconocimiento.

Vistos los planteamientos precedentes, en definitiva la propuesta se plantea del siguiente modo:

a) Que el acta de conciliación y la sentencia del juez de paz donde conste la confesión mediante la cual se confiesa o reconoce paternidad sobre un hijo extramatrimonial, se acepte como prueba plena e idónea de la filiación, sin necesidad de proceso judicial o trámite administrativo posterior, de modo que el reconocido pueda disfrutar de todos los derechos, deberes y prestaciones que le asisten en calidad de tal;

b) Si bien se tiene que por ser de orden público, el estado civil de las personas no es materia susceptible de transacción, desistimiento o conciliación, frente a ello se sugiere la posibilidad de una excepción que se haría efectiva sólo para su aplicación en eventos conciliatorios no judiciales y ante jueces de paz, para que de este modo a través de ambos eventos sea posible en el futuro materializar la filiación de un menor en virtud de confesión extrajudicial de paternidad surtida en tales eventos, en orden al reconocimiento del hijo extramatrimonial; lo anterior, no sólo teniendo en cuenta que actualmente son

varios los hechos que en materia de familia son legalmente susceptibles de conciliarse y/o tramitarse ante jueces de paz y la filiación vendría a ser uno más de ellos, sino además bajo el criterio de que a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos debe otorgárseles creciente campo de acción por el positivo impacto que representan al interior de la sociedad; y en definitiva, considerando que a pesar de no ser realmente fácil una reforma legal de esta envergadura, de todas formas una vez realizada vendría a garantizar la filiación a muchos menores en vista de la facilidad y ventajas para su trámite, con el natural y deseable beneficio para el interesado en particular, para sus respectivos padres y para la sociedad en general, que de hecho vería fortalecidas sus bases originadas en y desde el seno de la familia misma.

c) Cuando se aprobó la Ley 75 de 1968 no existía la Fiscalía como ente investigador de los hechos punibles. Dicha Ley está vigente y la Fiscalía existe hoy. Se da entonces actualmente el hecho de que ante esta última instancia muchos sindicados o investigados confiesan su paternidad frente al fiscal de turno que investiga su conducta o el hecho punible del cual se les sindicó, pero tal confesión no se acepta como reconocimiento de la filiación extramatrimonial puesto que no está prevista legalmente. Dicho en otras palabras: el ordinal 4º, artículo 1º de la citada Ley 75 de 1968, modificadorio del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, numeral a su vez modificado por el artículo 10 del Decreto 2272 de 1989, dice que el reconocimiento será válido “... *por manifestación expresa ante un juez*”. Visto el planteamiento precedente y ante la realidad del actual ordenamiento jurídico-penal, consideramos que debería modificarse dicho ordinal 4º en los términos que más adelante se indicarán.

Así las cosas, atendiendo a lo expuesto, de modo específico se estima viable precisar que la modificación propuesta para el artículo 1º de la Ley 75 de 1968 —donde además no debiera aludirse ya a hijos naturales sino extramatrimoniales—, daría lugar tanto a la indicada modificación de su ordinal

4º como también a adicionar un ordinal respecto de las formas como puede hacerse el reconocimiento; el texto del artículo quedaría intacto en sus tres primeros ordinales, y la modificación y adición serían las siguientes:

“Artículo 1º, Ley 75 de 1968: El reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y puede hacerse:

...

*4º) Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez **o fiscal**, aunque el reconocimiento no sea hecho único y principal del acto que lo contiene.*

5º) Por confesión extrajudicial de parte en audiencia conciliatoria en Derecho o en Equidad o en audiencia ante juez de paz. Cuando este hecho se produzca, el conciliador o el juez de paz expedirá copia auténtica del acta que contiene el reconocimiento, para que el funcionario del Estado Civil corrija el folio del registro de nacimiento del reconocido.

5. CONCLUSIONES

Desde la perspectiva concreta de satisfacción de los objetivos de investigación, se dio respuesta a los mismos a través del contenido general de la exposición; una vez finalizado el proceso, sus resultados se materializan en planteamientos como los siguientes:

- Pese a que en nuestro medio no deja de privilegiarse muchas veces la llamada cultura del litigio con sus peculiares características: interrelación juez-abogado-partes, predominio de la ley escrita y resolución del conflicto en términos de ganadores y perdedores, de un tiempo a esta parte y en forma progresiva se vienen abriendo paso los llamados Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, de los cuales dos de amplia significación son la conciliación y la justicia de paz; en la perspectiva jurídica ambos mecanismos tienen en Colombia origen relativamente reciente, con base en las previsiones consagradas en la Carta Política de 1991. Respecto de la conciliación, un primer desarrollo legislativo lo fue la Ley 23 de 1991 que además de definir la figura estableció su aplicación en materias civil, de familia y laboral, campo este último en el que no tuvo incidencia; en el transcurso de los diez años siguientes fue dándose un buen desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre el tema, fundamento básico para la expedición de la Ley 640 de 2001, que se ocupó del tema *in extenso*. En cuanto a la justicia de paz, por su parte, a la luz del mandato superior se advierte ésta como auténtica posibilidad de construir y fortalecer la participación y la convivencia ciudadanas, lo cual se materializó en el desarrollo legal contenido en la Ley 497 de 1999, que establece finalidades, requisitos, competencias y demás aspectos relativos a este instrumento.

- Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos son necesarios y primordiales, en la medida en que permiten y facilitan ventajas para las personas y comunidades; dichas ventajas se materializan en aspectos tales como oportunidades de justicia si acudir a los despachos, menores costos, reducción de trámites, y por sobre todo, la solución ágil y oportuna de situaciones conflictivas que se dan por terminadas en virtud del acuerdo conciliatorio y/o de la sentencia emitida por el juez de paz. Su obligatoriedad previa a un proceso civil es un factor de especial significado, no sólo desde el punto de vista exclusivamente legal o de la administración de justicia, sino también como manifestación clara de valores y principios constitucionalmente consagrados, materializándose de este modo el modelo de Estado Social propio de la nación colombiana. Conviene, entonces, publicitar lo mejor posible las bondades de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, dando a conocer sus beneficios, finalidad, celeridad y demás características, motivando a las partes en conflicto a acercarse a ellos para obtener soluciones rápida y provistas de trascendencia jurídica, puesto que el acta conciliatoria y la decisión del juez de reconsideración son cosa juzgada y prestan mérito ejecutivo en caso de incumplimiento de lo pactado o decidido.

- Para lograr una cada vez mayor generalización del uso de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, se requiere además la adecuada formación de quienes actúan como mediadores, conciliadores y/o jueces de paz, de tal modo que a estas personas se les perciba desde la óptica apropiada, y que la conciliación y la justicia de paz ocupen el sitio que les corresponde como instrumentos idóneos para solucionar conflictos, aunque sin generar desde sí mismas expectativas superiores a sus propios alcances legalmente previstos.

- Habiendo incursionado a fondo respecto de las figuras legales de conciliación y justicia de paz, la exposición da cuenta de los principales

aspectos, factores y beneficios en ellas involucrados. Dichas figuras revisten particular interés dentro del propósito de dar solución pacífica a los conflictos, y teniendo en cuenta sus alcances legales, escaso costo, facilidades para su trámite, voluntad y compromiso de las partes, bien pueden adoptarse como alternativas viables para el reconocimiento voluntario de hijos extramatrimoniales. Lo dicho, sobre todo porque se trata de mecanismos idóneos para lograr acuerdos favorables a los interesados con la ventaja de no tener que someterse a un trámite judicial que –en casos de reconocimiento voluntario de filiación y confesión voluntaria de paternidad– resulta innecesario puesto que de por medio está una intención orientada a hacerlo efectivo, máxime teniendo en cuenta que difícilmente un individuo se autoproclamaría por su propia voluntad padre de otro sin serlo.

- Sobre la pertinencia de otorgar validez probatoria al reconocimiento de hijos extramatrimoniales a través de los mecanismos conciliatorio o de justicia de paz, el desarrollo temático permite inferir que sí debiera hacerse efectiva esta posibilidad, apoyándose en razones como las siguientes:

a) Se trata en ambos casos de mecanismos legales, legítimos y sometidos a disposiciones concretas, condición que sugiere su idoneidad y eficacia;

b) Si bien es cierto que el estado civil de las personas es una circunstancia de orden público no susceptible de transacción, igualmente lo es que en la actualidad es tanto posible como legítimo conciliar con efectos de cosa juzgada (Ley 23/91, Decreto 2651/91, art. 101 C.P.C.) sobre eventos tales como separación de cuerpos y de bienes, adopción, terminación de la patria potestad, entre otros; y que son de competencia del juez de paz asuntos civiles tales como matrimonios, divorcios y conocer de las manifestaciones voluntarias de reconocimiento de hijos extramatrimoniales (art. 9º, Ley 497/99); en este último caso, entonces, no se trata de proponer modificación alguna a la norma

actual, sino más bien de fortalecerla en aras de lograr su creciente efectividad. Cuando de conciliar se trata, siempre desde una perspectiva que como oportunamente se dijo, debe ser ante todo “reconciliatoria”, ya que el propósito básicamente es lograr la avenencia entre las partes antes que su cada vez mayor distanciamiento, máxime teniendo presente que están de por medio asuntos de familia. Y en el caso de los jueces de paz, bajo criterios de estricta ética que motiven el buen sentido del fallador, llamado como está a “... *actuar racionalmente en el conjunto de la vida, con sentido de equidad y con una gran dosis de equidad inteligentemente aplicada*”⁸⁰ Pues bien, precisamente dentro de los asuntos de familia que deben tratarse con especial interés de reconvénir a las partes y con particular equidad y buen juicio, se inscribe la filiación con todas sus connotaciones en favor del hijo reconocido y de su respectiva madre, tales como derechos sucesorales, acceso a beneficios en salud, el derecho al nombre y a la personalidad, la no discriminación por carecer de padre legalmente conocido como tal, entre otras;

c) El artículo 2470 del Código Civil establece los asuntos no transigibles y por tanto no conciliables; en este punto se advierte que el artículo equipara el estado civil de las personas con derechos indiscutibles (la vida, la salud, ...) y con derechos inexistentes (esclavitud, salario conyugal, ...), pero a efectos de establecer la posibilidad de hacer conciliable la filiación, aunque ésta es un derecho indiscutible, es también cierto el carácter discutible de la paternidad por parte de una persona; de este modo, en eventos conciliatorios o ante juez de paz no se discutiría el derecho a la filiación como tal, sino la materialización de la misma que en nada desdibuja la existencia del respectivo derecho con carácter indiscutible; además, tampoco se trata de derecho inexistente (expresamente no conciliable), ya que toda persona tiene derecho a la filiación, a saber quiénes son sus padres, a tener una familia y a no ser separado de ella. Así las cosas, y con la voluntad favorable de las partes, se estima por completo

⁸⁰ ARIZA LANDAZÁBAL, Samuel. *Op. cit.*, p. 31.

válido, aplicable y eficaz para beneficio del menor, que mediante conciliación o ante el juez de paz, un padre confiese o reconozca voluntariamente como suyo un hijo extramatrimonial, y que la constancia en el acta conciliatoria o el fallo del juez de paz tengan validez probatoria que permita hacer efectivo el reconocimiento legal;

d) Toda confesión debe ser tenida como prueba, independiente de factores externos, salvo si estos llegaren a afectar su validez (por ejemplo, si se hace bajo presión); de ahí, entonces, que un padre que voluntariamente reconoce como suyo a un menor en el transcurso de audiencia conciliatoria o ante juez de paz, es casi seguro que tiene la voluntad de hacer efectivo legalmente tal reconocimiento, para lo cual la prueba de confesión representaría en estos casos una auténtica facilidad en el trámite; asimismo, también se trata de otorgar eficacia a uno y otro mecanismo legal extrajudicial, máxime teniendo en cuenta el propósito de contribuir a la descongestión de despachos. Así las cosas, la constancia de confesión o reconocimiento de un menor aparecida en el acta que certifica el acuerdo conciliatorio entre las partes o enunciada en una decisión de juez de paz, mal podría no considerarse como prueba, toda vez que refleja fielmente una voluntad no forzada ni producto de situaciones extremas; además, es un reconocimiento expreso ante el conciliador y/o el juez de paz, ambos legalmente facultados para tramitar los eventos a su cargo y dar fe de su validez; en el caso de la conciliación, el acta hace tránsito a cosa juzgada en la mayoría de eventos y presta mérito ejecutivo, mientras que tratándose de justicia de paz es evidente que por expresa disposición constitucional sus representantes están transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia y proferir fallos en derecho o en equidad; fallos tales que naturalmente tienen validez legal, máxime si se tiene en cuenta que siendo dispensada y voluntaria la competencia del juez de paz, la autonomía de la voluntad de las partes interesadas permite establecer dicha competencia, es decir, las propias partes escogen el juez de paz ante el cual adelantarán un determinado trámite.

Pues bien, si en todos estos eventos es claro que media la voluntad favorable de los interesados, se deduce de ello que dicha voluntad no habría de ser parcial, esto es, sólo respecto de algunos de los aspectos involucrados en el trámite, sino que se trata de una voluntad total.

□ De otra parte, tanto la conciliación como la justicia de paz son figuras legales cuyo despliegue involucra el mutuo acuerdo entre las partes. Acuerdo éste que tratándose de casos de filiación vendría a ser particularmente significativo puesto que, como se dijo antes, el mayor beneficiado es el menor que con base en la prueba obtenida en eventos de este tipo logra su reconocimiento legal, abriéndosele sin restricción a partir de ese momento todas las posibilidades legales en materias tanto de derechos fundamentales puramente personales como de derechos patrimoniales que pudieran corresponderle en su calidad de hijo que es de un determinado padre. Esto último tiene particular vigencia en nuestro medio, sobre todo al tenor del mandato constitucional y del modelo de Estado Social de Derecho que es Colombia, y más aún, teniendo presente que en la realidad todavía hoy –a pesar de normas, disposiciones y demás–, no pocas veces se observa que sigue haciendo curso en la vida social la discriminación por razones de origen y/o filiación; discriminación cuyos efectos negativos son en ocasiones de tal magnitud que logran afectar el adecuado desempeño social de las personas, inclusive en ciertas oportunidades hasta con la complicidad de la Iglesia Católica y su mal entendido puritanismo.

□ En cuanto a las modalidades de filiación, se abordó el tema con el propósito de hacer claridad sobre las mismas y para reseñar exhaustivamente lo relativo al reconocimiento de hijos extramatrimoniales, puesto que de esta figura devienen el interés original y el hilo conductor de la investigación. La premisa conceptual que fundamenta la exposición se apoya directamente en la figura del reconocimiento voluntario de paternidad, señalando las formalidades y

oportunidad de la misma y los requerimientos documentales para su trámite; igualmente se aludió al reconocimiento de hijo por juramento, este último también de carácter voluntario. Por lo demás, la exposición plantea en este ítem las diversas connotaciones propias de la filiación, tanto desde el punto de vista de la representatividad del reconocimiento como tal en el contexto sociocultural –destacando sus ventajas y características–, como igualmente desde la óptica de los derechos que el mandato constitucional consagra expresamente o no en favor de los menores.

Conviene señalar que la oportunidad con que se haga dicho reconocimiento es un factor clave para el beneficiario, puesto que no sólo le reporta desde la más temprana edad garantías estrictamente legales (derechos sucesorales y cuotas alimentarias, por ejemplo), sino que igualmente le permite gozar de derechos fundamentales (derecho a la identidad, a tener una familia, al nombre, etc.). Todo lo cual a su vez redundará en beneficio de la madre, quien oportunamente accede a las naturales ventajas derivadas de su condición de madre de un hijo cuyo progenitor lo reconoce como tal en forma voluntaria, sin tener que acudir a instancias judiciales superiores para lograr la materialización de derechos que asisten a su hijo desde el momento mismo de la concepción; derechos tales que en última instancia también revierten en favor de ella.

□ Sobre la confesión en Derecho y el significado e implicaciones de la misma, se tiene que en el caso presente la modalidad representativa es la confesión extrajudicial que deviene directamente de la voluntad de una de las partes. Atendiendo a las características de dicha modalidad y por tratarse de eventos civiles, la confesión de paternidad en eventos conciliatorios o ante jueces de paz no podría considerarse como prueba plena, sino solamente como parcial. Pero en la práctica sí pudiera y debiera tenerse tal confesión como prueba, puesto que a través de la misma se está afirmando y haciendo claridad sobre un hecho que es materia de controversia; y aunque la confesión no se está

dando en el transcurso de un proceso, aún así es claro que el desempeño tanto del conciliador como del juez de paz está legalmente reglamentado, es decir, gozan de competencia para algunos hechos sometidos a su consideración, y que el acta de conciliación lo mismo que la sentencia surten para las partes los mismos efectos que una sentencia judicial. Además, desde el punto de vista interpretativo estimamos que sí debiera asumirse esta prueba parcial como fuente probatoria de particular interés, si se advierte que quien confiesa una paternidad lo hace a sabiendas ya que resulta prácticamente imposible que un individuo se exponga sin razón alguna y por propia voluntad a ser designado como padre de un hijo que no es suyo; no obstante, también es cierto que para su validez definitiva una prueba de esta naturaleza podría acompañarse de otros elementos vinculantes que le sirvan de soporte y ameriten su representatividad.

□ No son pocos quienes se han pronunciado en contra de la jurisdicción de los jueces de paz, pues consideran que en Colombia no existe una sociedad civil estructurada y fuerte, capaz de establecer valores comunes compartidos, condición necesaria para el funcionamiento de una justicia consensual. Señalan que la sociedad civil colombiana se confunde paulatinamente en un marco generalizado de violencia, en donde las fracturas sociales y la constante polarización de sus integrantes niegan de plano cualquier posibilidad de éxito de una justicia ciudadana de paz. Pese a esas no pocas voces de pesimismo, también se han manifestado palabras de respaldo que conciben la justicia de paz como una apertura novedosa del derecho al diálogo y a los valores comunitarios, otorgándole un reconocimiento especial al considerarla la jurisdicción más democrática y avanzada. En este sentido se ha pronunciado el jurista copresidente de la Asamblea Legislativa de 1991 y director ejecutivo de Plural, Armando Novoa García, en la publicación que sobre la ley de los jueces de paz hizo recientemente esa corporación. Para Novoa, *“lo primero que la sociedad colombiana debería tener presente a este propósito es que la justicia*

de paz en la Colombia de hoy tendrá que orientarse ala búsqueda de la paz, es decir, a la reconstrucción del tejido social y al sentido de la vida en comunidad para estimular el fortalecimiento de la sociedad civil y para tomar distancia de aquellas prácticas que se sustentan en la violencia de las armas”. Ahora bien, de acuerdo con el análisis realizado por el profesor Rodrigo Uprimny, que la justicia de paz tome uno u otro rumbo, dependerá en gran medida de la manera como se materialice y haga efectiva esta institución y de la apropiación que de la misma haga la propia comunidad, pues en últimas es a ella a quien le corresponde elegir, dar vida y otorgar validez a la operatividad de los jueces de paz.

- En lo relativo al estudio normativo y jurisprudencial sobre el tema de la filiación son oportunas las siguientes precisiones:

a) El reconocimiento de hijos extramatrimoniales como acto jurídico ha sido conceptualizado como un acto voluntario. Pero también debe tenerse en cuenta que la Convención de los Derechos del Niño establece el derecho de los menores a gozar de su propia identidad; en este orden de ideas el reconocimiento no es una facultad sino un deber.

b) El artículo 1º de la Ley 75 de 1968, modificatorio del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, establece que el reconocimiento puede hacerse por manifestación espontánea, expresa y directa ante juez de cualquier orden, aún si dicho reconocimiento no es el objeto único y principal del acto que lo contiene. Al respecto y en ello radica parcialmente la propuesta aquí contenida, se tiene que tal manifestación bien puede hoy tenerse por válida cuando se hace en eventos de conciliación extrajudicial o en audiencia ante juez de paz, puesto que en ambos casos se trata de funcionarios a quienes constitucional y legalmente se les han otorgado funciones y potestades no exactamente coincidentes con las de jueces formales, pero que sí permiten que tanto el acta de conciliación como

la sentencia del juez de paz (sometida a juez de reconsideración si fuere requerido), hagan tránsito a caso juzgado en la mayoría de casos; y si precisamente en tales documentos consta el reconocimiento expreso y voluntario de paternidad extramatrimonial, deberá tenerse éste por válido y como plena prueba para adelantar el trámite de registro. Adicionalmente, en materia de reconocimiento lo antes expuesto debería aplicarse cuando la confesión de paternidad ocurre ante un fiscal, pese a no estar prevista legalmente esta situación; lo dicho también representa parcialmente la propuesta sugerida, en el sentido de adicionar el ordinal 4º artículo 1º de la Ley 75 de 1968.

c) El artículo 9º de la Ley 497 de 1999 atribuye a los jueces de paz competencia para conocer de las manifestaciones voluntarias de reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

d) El reconocimiento de hijos extramatrimoniales, como en general todos los hechos y actos relacionados con el estado civil y la capacidad de las personas, se inscribe en el registro civil de nacimientos.

e) Cuando un padre se niega a reconocer un hijo extramatrimonial, es claro que surge un conflicto entre el derecho a la intimidad para el primero y los derechos fundamentales del hijo a su identidad, a gozar de una familia y a ser reconocido por ésta. Según las normas, se observa que la legislación ordinaria restringe el derecho a la identidad antes que el derecho a la intimidad. Sin embargo, desde la perspectiva de derechos humanos y derechos fundamentales de los menores, y teniendo en cuenta el mandato superior sobre protección integral del menor y prevalencia de sus derechos sobre cualquier otro, se entiende entonces que los padres están llamados a reconocer voluntariamente a sus hijos y a no frustrarles su derecho a la identidad, al nombre y a gozar de una

familia, toda vez que haciéndolo contravienen flagrantemente las previsiones constitucionales en este sentido.

f) La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 7, n. 1) reconoce el derecho de toda persona a conocer a sus padres; Colombia aprobó y ratificó la Convención, por lo cual ese derecho es parte de nuestro ordenamiento jurídico, está reconocido y garantizado por la Constitución y debe ser interpretado conforme a su texto. No obstante, si bien toda persona tiene derecho a su identidad, a indagar su filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela jurisdiccional efectiva, igualmente es cierto que el ejercicio de tal derecho debe realizarse dentro de un marco de razonabilidad a fin de no violentar los derechos del presunto progenitor. Precisamente consideramos que dentro de este contexto tiene amplia cabida el reconocimiento voluntario de hijos extramatrimoniales ante conciliador o ante juez de paz, ya que se haría efectivo como manifestación libre de presiones, como una confesión ajena a manipulaciones externas de cualquier tipo, lo más razonable posible por parte de quien confiesa el hecho y de quienes en el caso concreto actúan como mediador y/o juez de paz. Así las cosas, la confesión vendría a ser ante todo consecuencia lógica de una decidida disposición interior, y por tanto sin dificultad alguna adoptable como prueba para el trámite legal de registro. Lo anterior, además, teniendo en cuenta lo previsto en el ordinal 1º artículo 1º, Ley 75 de 1978.

g) El reconocimiento de un hijo extramatrimonial y respectivo registro legal permiten corregir en definitiva el trato discriminatorio hacia los hijos habidos fuera del matrimonio, ya que brinda la posibilidad de que éstos lleven los apellidos de ambos progenitores, derecho que les corresponde desde el momento mismo de la concepción. No hay que olvidar en este sentido, que a pesar de lo previsto en la Ley 29 de 1982 sobre igualdad entre todos los hijos independiente de su origen, aún hoy subsisten en nuestro medio posiciones conservadoras que establecen diferencias en este sentido, por ejemplo en

situaciones tales como el ingreso a la vida escolar en algunos planteles, por mencionar sólo un caso.

BIBLIOGRAFÍA

CALLE POSADA, Carlos César. *La nueva conciliación*. En: *Vademécum de familia* (año 2, 8). 1998.

CONTRERAS HERRERA, Publio. *Justicia de paz y conciliación*. Bogotá: Librería del Profesional. 2002. 305 p.

ESCUADERO ALZATE, María Cristina. *Procedimiento de familia y del menor*, 14 ed. Bogotá: LEYER. 2006.

FUENTES HERNÁNDEZ, Alfredo (ed.). *Reforma judicial en América Latina (una tarea inconclusa)*. Lima: Corporación Excelencia en la Justicia (impr.). 1999.

GUTIÉRREZ SANÍN, Francisco et al. *Conflicto y contexto. Resolución alternativa de conflictos y contexto social*. Santa Fe de Bogotá: TERCER MUNDO, 1997.

GUZMÁN BARRÓN, César. *La conciliación: principales antecedentes y características*. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 52 (diciembre/98-abril/99), pp. 67-72.

HOYOS BOTERO, Consuelo. *La conciliación. Un modelo bioético-hermenéutico*. Medellín: Señal Editora. 2001.

Investigación paternidad maternidad-filiación (Atención extrajudicial o Atención en Procesos Civiles). Acciones de protección integral en restablecimiento de vínculos (2004) En: <http://www.icbf.gov.co>

JUNCO VARGAS, José Roberto. *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales. 4 ed.* Bogotá: TEMIS - JURÍDICA RADAR. 2002. 469 p.

La conciliación. Mecanismo alternativo de solución de conflictos. Bogotá: LEGIS (Col. Códigos Básicos). 2003. 308 p.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de familia y de menores, 9 ed.* Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 2004.

NOVOA GARCÍA, Armando. *Sobre la ley de los jueces de paz.* Publicación de la Corporación Plural. Bogotá. S.f.

SIERRA RINCÓN, Néstor Antonio. *La conciliación en familia. Normas, conceptos, jurisprudencia y doctrina.* Bogotá: Doctrina y Ley. 2003. 352 p.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *La negociación en el proceso conciliatorio.* En: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 52 (diciembre/98-abril/99), pp. 131-158.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia, t. I: Del régimen de las personas, 5 ed.* Bogotá: TEMIS: 1996.

UPRIMMY, Rodrigo. *Jueces de paz y justicia informal: una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones*, p. 8. En: <http://www.djs.org.co>

VALENZUELA, Pedro E. *La estructura del conflicto y su resolución* (documento preparado como material de lectura para los talleres sobre Resolución de Conflictos y Democracia [Bogotá, Cali, Medellín], abril-mayo de 1994).

Variaciones sobre la justicia comunitaria. En: <http://www.ilsa.org.co>

VÁSQUEZ POSADA, Carlos. *De la cultura de la violencia a la cultura de la paz* (material fotocopiado). Santafé de Bogotá. 1998.

Cibergrafía:

<http://www.terra.eltiempo.com> – 12 de abril de 2006. Justicia

<http://www.vivalaciudadania.org/herramientas/Herra068.pdf>

Anexo 1. Esquema sobre el procedimiento de la justicia de paz.

