

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO**  
**PRINCIPIA IURIS**  
**N° 10**

**Tunja, 2008-2**

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, seccional  
Tunja

**Director**

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

MG. Diego Mauricio Higuera  
Jiménez

**Número de la revista**

DIEZ (10)  
SEGUNDO SEMESTRE DE 2008

**Periodicidad**

SEMESTRAL

**ISSN**

0124-2067

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co  
dhiguera@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez

**Corrección de Estilo:** César A. López Vega  
clopezv@ustatunja.edu.co

**Revisión inglés:** Carlos Manuel Araque López

**Anotación:** El contenido de los Artículos es  
responsabilidad exclusiva de sus autores.

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Carlos Mario Alzate Montes, O.P.**  
Rector Seccional

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fray Érico Juárez Macchi Céspedes, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Vargas Alfonso, O.P.**  
Decano de División

**Ph.D.. Ciro Nolberto Güechá Medina**  
Decano de Facultad

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta**  
Director Centro de Investigaciones

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**Esp. Yenny Carolina Ochoa Suárez**  
Secretaria de División

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**Ph.D. Pierre Subra de Bieusses**  
Universidad Paris X, Francia

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta**  
Director Centro de Investigaciones

**Ph.D. Pablo Guadarrama**  
Universidad Central de las Villas, Cuba

**Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur**  
Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph.D. Ricardo Rivero**  
Universidad de Salamanca, España

## **COMITÉ EDITORIAL FACULTAD**

**Ph.D. Nidia Catherine González**  
Universidad Johannes Gutenberg, Alemania.

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**  
Universidad Carlos III, España.

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**  
Universidad de Antioquia, Colombia

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**  
Universidad Carlos III, España.

### **COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL**

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P**  
Vicerrector Académico.

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta**  
Director Centro de Investigaciones.

**Mg. Andrea Sotelo Carreño**  
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

### **PARES ACADÉMICOS INTERNOS:**

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**  
Docente Investigadora Facultad de Derecho

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Investigaciones Socio-Jurídicas

**Mg. Hugo Fernando Guerrero Sierra**  
Docente investigador Facultad de Derecho

**Mg.(e) Edna Constanza Lizarazo Chaves**  
Docente Facultad de Derecho

**Esp. Claudia Marcela Bolívar López**  
Docente Facultad de Derecho

### **PARES ACADÉMICOS EXTERNOS:**

**Esp. Laura Johana Cabarcas Castillo**  
Tribunal Superior Administrativo de Boyacá

**Mg. María Teresa Pinto**  
IEPRI, Universidad Nacional

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**  
Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia

## CONTENIDO

Editorial.....#  
Diego Mauricio Higuera Jiménez

Presentación. El interés en abordar el derecho público contemporáneo.....#  
Fernando Arias García

### **Sección I. Artículos de producción institucional**

Los Movimientos Sociales, actores contemporáneos del cambio político..... #  
Nidia Catherine González Piñeros

El concepto de “empresa racional” como modelo de desarrollo científico, en Stephen Toulmin..... #  
Carlos Alberto Pérez Gil

Debate sobre la responsabilidad jurídica en la filiación sin consentimiento.....#  
Álvaro Bertel Oviedo

### **Sección II. Tema Central - La actualidad del Derecho público en Colombia.**

La consideración de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica bajo el clausulado del Estado Social de Derecho.....#  
Fernando Arias García

Nuevo Régimen Disciplinario de los Abogados: Un desarrollo pedagógico .....#  
Martín Hernández Sánchez

La acción contractual: un mecanismo inadecuado para el control de legalidad de los actos contractuales.....#  
Ciro Nolberto Güechá Medina

### **Sección III. Colaboradores Extranjeros**

Tendencias actuales en el derecho del trabajo. Relación de dependencia, descentralización productiva y nuevas formas de contratación.....#  
Gloria Pasten de Ishihara

## CONTENTS

Editorial.....  
Diego Mauricio Higuera Jiménez

Presentation. The interest to approach the contemporary public law.....  
Fernando Arias García

**Part I. Articles of institutional production**

The social movements, contemporary actors of political change.....  
Nidia Catherine González Piñeros

The concept of "rational company" as a model of scientific development in  
Stephen Toulmin.....  
Carlos Alberto Pérez Gil

legal responsibility in the parentage without consent  
.....  
Álvaro Bertel Oviedo

**Sección II. Central topic – The current importance of the Public law in  
Colombia**

The consideration of the public domiciliary services like economic activity under the  
clausulado of the welfare State.....  
Fernando Arias García

The disciplinary regime of lawyers.....  
Martín Hernández Sánchez

The contractual action: an inadequate mechanism for the control of legality of  
contractual acts.....  
Ciro Norberto Güechá Medina

**Sección III. *International guest articles***

Current trends of labour law. Relation of dependence, productive decentralization  
and new forms of contracting.....  
Gloria Pasten de Ishihara

**PRESENTACIÓN**

## EL INTERÉS DE ABORDAR EL DERECHO PÚBLICO CONTEMPORÁNEO

La panorámica investigativa del Derecho Público parecerá siempre inacabada, así los estudios especializados de las últimas décadas muestran una permanente vitalización de retos frente a la construcción de un renovado sistema de Derecho administrativo y la formulación de los principios propios de una teoría constitucional que desborde el ámbito de los Estados nacionales

La propensión actual muestra como el Derecho en general y cada una de sus vertientes en particular tienden a “publicarse”: El influjo de las nuevas tecnologías en las actividades de Gobierno (**e-government**); la contratación estatal donde se recurre, fuera de la visión administrativista, al Derecho Civil y Mercantil; la “constitucionalización” de casi todas las ramas del Derecho; la teorización penal de la contratación estatal; la conceptualización de la función pública en clara evidencia a una configuración normativa laboral-administrativa; la delimitación societaria de las Empresas de Servicios Públicos; el Derecho Urbanístico, cuyo origen se advierte claramente en los límites del Derecho Público frente a los atributos de la propiedad privada, son algunos ejemplos de dicha tendencia.

La participación estatal en actividades que le generaran lucro no entrañaba trascendencia para la doctrina intervencionista con la que creció el Estado moderno. No obstante la permanente evolución de las doctrinas *iuspublicistas* empezaron a considerar como benéfica la participación del Estado en sectores económicos antes vedados. De repente se pasa de percibir al Estado como un mal gestor, a valorarlo como un competidor más (Garrido Falla, 1991). Por ello en modo alguno puede entenderse lo que algún sector doctrinal ha denominado la existencia de la “*huida del Derecho administrativo*” (Ariño Ortiz, 2003).

No creemos que bajo la instrumentalización de mecanismos jurídicos propios de los particulares determine en forma alguna la posibilidad de un proceso de fuga de toda ordenación de carácter general del Derecho Administrativo (menos aún del Derecho Público), en atención a que el interés público no se devela en forma tradicional, ello es mediante la prestación de un servicio para la satisfacción de necesidades de la población, sino mediante el aumento de bienes económicos que en últimas redundara en provecho de todos.

Nada más lógico que una actividad de interés público sea regulada mediante normas de Derecho Administrativo y nada más natural que el refortalecimiento de este subsegmento normativo mediante la instrumentalización de formas no habituales que insistan en esta rama del derecho como una forma de garantía y control frente a los factibles abusos del ejercicio del poder (García de Enterría, 1983).

# LA IRRESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL HOMBRE ENGAÑADO

## THE JURIDICAL IRRESPONSIBILITY OF A CHEATED MAN

**Álvaro Bertel Oviedo\*\***

Fecha de recepción: 15-09-08  
Fecha de aprobación: 11-05-09

### RESUMEN\*

El acto sexual debe ser libre, consciente y voluntario. Las consecuencias del mismo deben tener las mismas características. Si la consecuencia del acto sexual forzado es el embarazo y a la mujer se le exime penalmente por abortar, es decir, no asumir la responsabilidad de la maternidad no querida, al hombre que se le engaña para hacerlo engendrar contra su voluntad expresa, tampoco debe exigírsele que asuma la responsabilidad de la paternidad que no ha consentido. Los derechos del niño, en este orden de ideas, deberían ser protegidos por la madre engañadora y, de ser necesario, por el Estado.

### PALABRAS CLAVES

Igualdad, conocimiento, voluntad, vicios del consentimiento, engaño, responsabilidad.

### ABSTRACT

\* Artículo de reflexión crítica acerca del tratamiento de la ley en materia de paternidad responsable.

---

\*\* Esp. en Ciencias Penales y Criminológicas.  
Profesor de la Universidad Santo Tomás de Tunja,  
miembro Correspondiente de la Academia  
Colombiana de Jurisprudencia;  
abertel@ustatunja.edu.co

The sexual act must be freely and voluntarily. The consequences of it must have the same characteristics. If the result of forced sexual intercourse is pregnancy and the woman is allowed to have abortions legally, it means not take responsibility for maternity not wanted, the man who deceives him to do it against their express will engender not be required to assume the responsibility of parenthood that he has not consented. Children's rights should be protected by the tricker mother, and, if it is necessary, by the State.

### **KEY WORDS**

Equality, knowledge, determination, consent, defects of consent, deception, responsibility.

## **1. INTRODUCCIÓN**

Porque la tesis que se va a plantear en este escrito no me origina placer, es que no resulta posible pensar que se haga dentro de un ataque de masoquismo, aunque puede preverse que la crítica emotiva y emocional contra el autor, supere los lineamientos jurídicos a los cuales se contrae.

Desde siempre se ha sido un feminista convencido. Se ha dicho reiteradamente en la cátedra que el punto central de la humanidad es la mujer, porque sin ella no podría existir ni la especie humana, ni las instituciones económicas, sociales, políticas, ni jurídicas.

Se cree firmemente que fue la mujer, en meses de abandono e incertidumbre, mientras su varón iba a guerrear para conquistar tierras y traer alimento, la que observó la naturaleza y descubrió la agricultura. En ese momento, ella crea la civilización y hace al varón sedentario, monógamo, monoteísta, racional.

Bastaría dejar en el banco de esperma la sustancia engendradora de un macho o de pocos machos escogidos que podrían luego desaparecer, pero se necesitaría mantener la vida de un mayor número de mujeres para poder preservar la especie humana.

Sin embargo, dentro de la teoría griega de los contrarios, la mujer puede ser al tiempo fuente innegable del odio y de la guerra. Alrededor de un cabello de mujer se hicieron guerras y se

destruyeron imperios; alrededor de un cabello de mujer, se hizo la paz y se construyeron naciones. Ella es la razón de ser de la existencia de la Humanidad, núcleo verdadero del amor y de la paz. Y de sus contrarios.

La mujer se prolonga, ella sí, a través de los hijos. Nada más espiritual que una mujer cuando al poco tiempo de sufrir los dolores del parto, ve que la pequeña criatura voltea su cara hacia ella, a quien conoce y reconoce, ella atrae a su pequeño hijo contra su seno, le estampa el primer beso y, de sí misma, le da alimento.

En ese momento el mundo renace. Y se supera. Cuando a ello se llega por razón del amor sincero, consciente y voluntario, el infinito abre sus puertas para dar cabida al nuevo ser. Pero cuando ese nacimiento es producto de la violencia, de la fuerza física o moral, del engaño, el infinito se mantiene cerrado y solo aparece la inmediatez como una tragedia que crece por fuera de márgenes sociales, éticos y jurídicos.

En la época guerrera la sociedad era matriarcal y los derechos de los niños

se transmitían por la vía de la madre. La maternidad era, y es, un hecho cierto; la inseguridad de la paternidad es, desde entonces, algo que ha tocado aceptar. La sociedad machista y patriarcal posterior no ha podido, ni podrá, superar tal circunstancia. Tradicionalmente se ha dicho que la maternidad es un hecho cierto, mientras que la paternidad es una mera presunción.

Desde siempre se ha enseñado, y así se acepta por este autor, que la mujer y el niño deben ser protegidos.

## **2. APROXIMACIONES JURÍDICO-FÁCTICAS**

Los Códigos escritos más antiguos que se conocen hasta el momento son el del rey sumerio Ur-Nammu, del 2350 a. C. (Sitchin, 1976); el de Lipit – Ishtar que es entre 1934 y 1924 a.C.; el de Tell-Harmal, escrito entre 1813 y 1781 a. C.; o el, menos antiguo de ellos, el de Hammurabí, de 1750 años antes de Jesús de Nazareth. Todos ellos más antiguos que el Decálogo de Moisés que es de aproximadamente 1400 a. C. La Recopilación de Leyes de Urukagina del rey de Lagash, en el 2350 a.C

(Crescentino, E. 2001), tenía normas que protegían a la mujer embarazada y exigían el cumplimiento de los contratos matrimoniales.

En el Código de Lipit – Ishtar, se encuentran leyes de protección a la mujer y a los hijos como la siguiente:

*“4. Si la esposa de un hombre no ha parido los niños pero una ramera de la plaza pública ha parido sus niños, él mantendrá con grano, aceite y ropa a esa ramera. Los niños que la ramera ha parido serán sus herederos, y con tal de que su esposa viva que la ramera no vivirá en la casa con la esposa”.*

Esto significa que casi dos milenios antes del Nazareno ya se protegían los hijos extramatrimoniales aunque fuesen de una unión de las que luego se llamaron impúdicas, siempre y cuando no hubiese hijos de la unión legal, lo cual conlleva el deseo de proteger a los niños como forma de mantener la estirpe y la especie humana.

Más tarde las Leyes de Hammurabí ordenaron:

*“14.- Si uno robó el hijito de un hombre libre, será muerto...”*

*28.- Si un oficial o soldado convocado a las fortalezas reales (o prisionero en la derrota del rey) tiene un hijo capaz de ejercer su gestión, se le dará a éste campo y huerta y ejercerá la gestión por su padre.*

*29.- Si el hijo es menor y no puede cuidar la gestión de los negocios de su padre, un tercio del campo y de la huerta se dará a la madre, y la madre lo educará...*

*129.- Si una casada es sorprendida yaciendo con otro hombre, se los atará y se los arrojará al agua. Si el marido deja vivir la esposa, el rey dejará vivir a su servidor.*

*130.- Si uno violó la esposa de otro, que no había conocido al hombre y habitaba en la casa de su padre, y se ha acostado sobre ella, si es sorprendido este hombre sufrirá la muerte, y la mujer quedará libre.*

*134.- Si uno ha sido tomado prisionero y en su casa no hay de qué comer, si su esposa entró en la casa de otro, esta mujer no es culpable.*

*135.- Si uno ha sido tomado prisionero y en su casa no hay de qué comer y si cuando él vuelve su esposa entró en la casa de otro y tuvo hijos, la mujer*

*volverá con su primer marido; los hijos, seguirán sus padres respectivos.*

*209. Si un hombre golpea a una mujer libre por nacimiento causándole un aborto, pagará diez siclos de plata por el feto.*

*210. Si la mujer muere, morirá también la hija del agresor”* (tomado de Internet).

No se pretende aducir la permanencia aplicativa de aquellos ancestrales códigos que sólo se citan como un referente histórico de que siempre se ha protegido a la mujer, de tal manera que si ella era perdonada en su infidelidad, también lo era el varón con quien hubiese sido infiel. Como también para recalcar que se ha protegido al hijo en todas las civilizaciones e indistintamente de las circunstancias en que se haya engendrado, aún el que voluntariamente se engendra en la prostituta repudiada de entonces. Un salto de milenios nos coloca en el mundo actual.

En 1920, se crea la Unión Internacional de Socorro a los Niños; en 1923 esa Unión establece la llamada Declaración Ginebra Uno, que

en 1924 fue aprobada por la 5ª Asamblea General de la entonces Sociedad de Naciones como la primera Declaración de Derechos del Niño conteniendo cinco principios fundamentales entre los cuales se encontraba aquel de que si un niño es huérfano o abandonado, ha de ser atendido, con lo cual el deber se coloca en cabeza del Estado.

El 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, expidió la Resolución 1386 (XIV) conocida como la Declaración de Derechos del Niño.

Allí se señaló:

*“Principio 3. El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”.*

En el Principio 6, entre otras cosas, se dijo:

*“La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia”.*

Obvio que este Principio 6 debe mantenerse relacionado con este otro:

*“Principio 7... El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.*

Una lectura desapasionada de esta Declaración Universal permite saber que la responsabilidad es de ambos padres y no meramente del varón. La sociedad machista ha pretendido que el varón asuma la posición de protector y, por lo malo que siempre ha tendido a ser, asuma solo la responsabilidad total. Y eso es lo que no parece legal, ni jurídico, ni justo.

En noviembre de 1989, se refrenda la Resolución 44/25 sobre la Convención de los Derechos del Niño, estableciendo, entre otros, el derecho de crecer en el seno de una familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

También es protegido desde el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en los artículos 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 10 del Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en estatutos e instrumentos de la UNICEF y la FAO, entre muchos otros.

En especial el artículo 19 de la Convención Americana sobre derechos humanos establece:

*“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del estado”*

Al desarrollar el derecho a la identidad y al nombre, en el entendido de que este está constituido por el nombre de pila y los apellidos (Artículo 3 del D. L. 1260 de 1970), la ley colombiana ha señalado que debe llevar el apellido del padre biológico o adoptivo seguido del apellido de la madre biológica o adoptiva. Pero si no es reconocido por el padre sólo llevará el apellido de la madre, o los apellidos de la madre (Artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, modificado por el artículo 1° de la Ley 54 de 1989). Y si se desconocen al padre y la madre, entonces el Estado le asignará unos que sean comunes en la región donde el niño haya sido abandonado.

Como se ve, aún en el evento de que se desconozca al padre, o al padre y la madre, hay maneras de hacer efectivo el derecho a tener un nombre.

En tales condiciones, y dentro de muchas decisiones judiciales colombianas al respecto, se debe mencionar la sentencia T-277 de 2002, que resolvió el siguiente caso:

La señora ROHV tenía matrimonio vigente con MVT y sostiene unas relaciones extramatrimoniales con otro varón naciendo el niño DA. El padre biológico se niega a registrar al menor; el esposo también se niega. La madre pide el registro del niño con sus propios apellidos y el Registrador del Estado Civil se niega porque debe dársele aplicación al artículo 213 del C. C. en cuanto establece que

*“El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo”.*

Al no poder surtir el registro, la madre no puede obtener que el menor reciba la atención del SISBEN.

Similar caso es el de la acción promovida contra el Registrador, en la cual se solicitaba la inscripción del

menor con los apellidos maternos siendo fruto de una relación extramatrimonial, el Juzgado la niega y la Corte Constitucional en la Sentencia T-979 de 2001 la confirma con el argumento de que:

*“el hecho que el menor tenga certeza de quien es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica”.*

Así, pues, dice la sentencia de tutela que el deber de registrar el menor con el apellido del esposo era de la madre aunque lo hubiese procreado en una relación extramatrimonial. Dijo:

*“...a esta Sala le resulta claro que la obligación de la demandante era proceder a registrar al menor D. A. con el primer apellido de su esposo conforme lo exige el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, a su vez modificado por el artículo 1° de la Ley 54 de 1989, correspondiendo sólo a las personas legitimadas por la ley, y siendo de su entera y exclusiva responsabilidad, iniciar el respectivo proceso judicial dirigido a desvirtuar o cuestionar la presunción legal de paternidad que pesa sobre el registro”.*

Concluye ordenándole a la madre que inscriba al niño como hijo del matrimonio y que entonces el esposo proceda a la acción de impugnación, *“de conformidad con lo estatuido en los artículos 214 y siguientes del C.C., adicionados por el artículo 3 de la Ley 45 de 1936, a su vez modificado en su redacción por el 3º de la Ley 75 de 1968”* (Corte Constitucional, 2001).

No parece lógico que el presunto reconocimiento al derecho a la certeza de conocer su progenitor se proteja ordenando que se le inscriba como hijo de la presunción legal cuando ya se sabe que eso no corresponde a la realidad de la existencia del menor.

Dicho de otra manera: la protección constitucional del presunto derecho del menor se hizo no sobre el derecho fundamental a la certeza de identidad, paternidad y nombre, sino sobre la aplicación pragmática y facilista de la presunción contenida en una norma legal, es decir, sobre la base de surtir un registro civil contrario a la verdad real. Como quien dice: ordenando la comisión de una falsedad en documento público.

Mucho menos parece lógico que se le imponga al esposo engañado un deber legal de darle el apellido, con lo cual también le impusieron de manera indirecta la obligación económica de promover y demostrar la acción de impugnación, con exámenes de ADN incluidos, so pena de asumir las obligaciones económicas a favor de un menor que no engendró. Y si no paga las obligaciones económicas, entonces no faltará el/la fiscal o juez que lo recluya en la cárcel porque habría cometido el delito de inasistencia alimentaria. ¡Horror!

No se trata de negar la protección económica del menor, sino que la asuma quien originó su existencia y si la madre sabe que voluntariamente tuvo relaciones con otro varón es ella la que, en principio, debe asumir esos deberes de protección del menor. No podría ella, ni el juez, trasladar la responsabilidad a un tercero que ha sido víctima del engaño por parte de la mujer.

En el caso comentado, la mujer no quiso cometer la indelicadeza de atribuirle a su esposo en el papel, la

paternidad que no tenía en la realidad. Esa la cometieron las sentencias T-277 de 2002 y T-979 de 2001 cuando puso al menor a que tuviese una identidad que no le correspondía, para que al paso del tiempo por otra orden judicial se la cambiaran dejándolo con todos los problemas documentales, emocionales y legales que resultan obvios como menor y en toda su vida futura.

Lo que había en la realidad es que ese niño se había quedado sin padre. Y si el Principio 6 de la Declaración Universal de Derechos del Niño fija en la sociedad y el Estado el deber de proteger a esos niños sin familia, la sentencia se quedó corta porque debía haber dicho que, mientras se promovía, demostraba y resolvía la acción civil de impugnación, eran las autoridades públicas las que debían proteger al menor. La sentencia pecó por falta de análisis y de integración normativa.

La ley peca por defecto. La facultad de impugnación de la paternidad se la han dejado al marido engañado y al propio menor. Y a la madre, que es la que puede estar en mejores

condiciones de saber quién puede ser el padre real de su hijo, la deja a un lado. Esto es lo que, en realidad, constituye una violación no solo a los derechos constitucionales del hombre engañado, sino a los del propio menor. Como una consideración marginal al derecho de los menores de tener una identidad y un nombre es bueno traer a colación el caso del matrimonio alemán que procrea un hijo en Dinamarca donde la ley obliga a darle los dos apellidos, el matrimonio se divorcia y el registro del menor en Alemania se niega porque la ley alemana solo admite uno conforme lo estipula el artículo 1617 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Dijo al respecto el Tribunal:

*23. En efecto, hay que recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en el caso de niños que poseen la nacionalidad de dos Estados miembros, que la disparidad de apellidos puede causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado, derivados, en particular, de las dificultades para disfrutar en un Estado miembro cuya nacionalidad poseen de los efectos jurídicos de actos o documentos expedidos con un apellido reconocido en otro Estado miembro*

*cuya nacionalidad también poseen (sentencia García Avello, antes citada, apartado 36).*

*24. Pueden presentarse de igual forma inconvenientes graves de esa clase en una situación como la del litigio principal. En efecto, poco importa en este aspecto si la diversidad de los apellidos es consecuencia de la doble nacionalidad de los interesados, o de la circunstancia de que en el Estado miembro de nacimiento y de residencia la determinación del apellido se vincula a la residencia, en tanto que en el Estado del que esos interesados son nacionales dicha determinación se vincula a la nacionalidad.*

*25. Como señala la Comisión, numerosos actos de la vida cotidiana, tanto en el ámbito público como privado, exigen la prueba de la identidad, que normalmente proporciona el pasaporte. Como Leonhard Matthias sólo posee la nacionalidad alemana, la expedición de ese documento es de la exclusiva competencia de las autoridades alemanas. Ahora bien, en el supuesto de la denegación por éstas del reconocimiento del apellido tal como fue determinado e inscrito en Dinamarca, dichas autoridades expedirán a ese niño un pasaporte en el que figurará un*

*apellido diferente del que se le atribuyó en ese último Estado miembro.*

*26. Por consiguiente, cada vez que el interesado tenga que probar su identidad en Dinamarca, Estado miembro en el que nació y reside desde entonces, soporta el riesgo de tener que disipar las dudas sobre su identidad y desvirtuar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia entre el apellido que utiliza desde siempre en la vida cotidiana y que figura tanto en los registros de las autoridades danesas como en todos los documentos oficiales expedidos a su nombre en Dinamarca, por una parte, y el apellido que figura en su pasaporte alemán, por otra(...)*

*31. Ahora bien, ninguno de los motivos invocados en apoyo de la conexión de la determinación del apellido de una persona con su nacionalidad, por legítimos que puedan ser de por sí, merece que se le atribuya una importancia tal que pueda justificar la negativa de las autoridades competentes de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal, a reconocer el apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces.*

32. En efecto, en la medida en que la conexión con la nacionalidad trata de garantizar que el apellido de una persona pueda ser determinado de forma continuada y estable, es preciso observar, como hizo la Comisión, que en circunstancias como las del litigio principal tal conexión llevará a un resultado contrario al pretendido. En efecto, cada vez que el niño cruce la frontera entre Dinamarca y Alemania, llevará otro apellido (...)

35. El Gobierno alemán alega además que la legislación nacional no permite la atribución de apellidos compuestos por motivos prácticos. Considera necesario poder limitar la extensión de los apellidos. El legislador alemán ha adoptado disposiciones a fin de que la generación siguiente no quede obligada a renunciar a una parte del apellido familiar. Dicho Gobierno sostiene que lo que una generación ganaría en libertad si se permitieran los apellidos dobles lo perdería la siguiente generación, dado que ésta ya no dispondría de las mismas posibilidades de combinación que la generación precedente.

36. Ahora bien, tales consideraciones de facilidad administrativa no bastan para justificar un obstáculo a la libre circulación como el que se ha apreciado

en los apartados 22 a 28 de la presente sentencia (...)

...Parte dispositiva

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 18 CE se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro". (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 14 de octubre de 2008).

La comparación entre la sentencia colombiana de tutela y la sentencia europea de protección procede en cuanto en ésta se establece la prevalencia del derecho sustancial y superior antes que la aplicación de la norma menor.

Pero el antecedente jurisprudencial colombiano da para más. En el caso que motivó la legal pero no

constitucional sentencia T-277 de 2002, la posición de la mujer madre era ética y ajustada a la verdad: no registrar al niño como hijo del esposo porque no lo era. La posición del padre biológico es la criticable, porque se negó a reconocer a su hijo, aunque lo era.

Esa posición de muchos varones colombianos, que son machos para hacer pero cobardes para reconocer, desafortunadamente, es la que cunde. Ello es más que criticable. No puede aceptarse que quienes presumen de ser hombres no se comporten como tales asumiendo sus responsabilidades.

Pero, también desafortunadamente, se presentan los casos contrarios en que la mujer engaña al varón y le adjudica la paternidad que no le corresponde. No se va a tratar el punto desde la existencia del matrimonio porque hay que reconocer que las estadísticas oficiales parecen decir que hay más uniones de hecho o meramente de ocasión, que matrimonios, y ello influye al momento de ver la existencia de los niños en Colombia.

El DANE a partir del censo de 2005 informó que del total de la población del país el 51,2%, son mujeres y el 48,8% son hombres, de estos porcentajes observamos que tratándose de los mayores de 10 años:

El 46,7% de los hombres, se declararon solteros, mientras el 41,3% de las mujeres declararon lo propio.

De otra parte el 44.2% de las mujeres, manifestaron vivir en pareja, el 22,0% como casadas, el 20,2% con más de dos años de convivencia con su pareja y el 1,9% con menos de dos años de convivencia.

Paralelamente vemos que el 46,2% de los hombres manifestaron vivir en pareja, el 23,1% como casados, el 21,1% con más de dos años de convivencia con su pareja y el 1,9% con menos de dos años de convivencia.

El 6,2% de las mujeres, son separadas o divorciadas, y el 6,3% son viudas, mientras que los hombres separados o divorciados son el 3,3% y los viudos el 1,6%” (tomado de la pagina de Internet del DANE).

Lo primero a decir es que resulta muy significativo que el Departamento Administrativo de Estadística de Colombia- DANE haya tenido que tomar como edad límite la de 10 años hacia arriba, lo cual ya implica un cambio muy grande en los conceptos de los colombianos y en la construcción de la vida de pareja, sin que sea el propósito de este escrito, hacer disquisiciones morales, religiosas, ni económicas al respecto porque no es ese nuestro tema central.

Una rápida visión de esas estadísticas oficiales permite ver que hay más mujeres que varones pero que estos tienen mayor permanencia en unión de pareja y que la mayoría de las uniones de pareja de las mujeres no son en matrimonio. La estadística dice, en uno de sus acápites, que el 44.2% de las mujeres, manifestaron vivir en pareja, el 22,0% como casadas, lo que implica que la diferencia es en unión libre.

Por su parte, se estableció, en otro de los acápites, que del 46,2% de los hombres que manifestaron vivir en

pareja, el 23,1% se declaró como casados.

Una percepción de la realidad social permite corroborar que una parte de las mujeres que dicen vivir en pareja y no casadas lo hacen con hombres casados, aunque también con separados, divorciados, viudos y solteros, como es obvio.

### **3. DESARROLLO DEL TEMA**

Así, pues, llegó el momento de plantear el caso concreto, la decisión de tener o no hijos, debe ser libre, voluntaria y consciente para que pueda considerarse que es responsable. El problema surge en el momento en que esa pareja resuelve iniciarse pero, por circunstancias económicas, de empleo, o de otra índole, aplaza o decide de manera definitiva no tener hijos.

Con la ayuda del médico, o al menos del farmaceuta, la pareja acuerda, en la sociedad machista actual, que sea la mujer la que planifique. El hombre suministra o no, pero confía, en el uso del dispositivo, las pastillas o algún otro medio de prevención conceptual.

El varón mantiene la relación convencido de que no va a tener que asumir responsabilidades por hijos con su novia, amante o compañera.

La mujer enamorada o deseosa de estabilidad sentimental o económica, de manera unilateral decide quitarse el dispositivo o dejar de usar el método de planificación, porque piensa que al tener un hijo de su varón, podrá conseguir que este se case con ella o viva de manera permanente, “quitándoselo” a otra mujer existente o eventual, o a unos hijos ya existentes de relación anterior del varón.

El embarazo se produce sin conocimiento, consentimiento, ni voluntad del varón. La mujer le exige el reconocimiento del hijo y que asuma las obligaciones económicas correspondientes. El hombre al sentirse engañado, se niega. Es más: termina abruptamente la relación. La mujer queda sola, con un hijo que no tiene la culpa de nada y ella llorando su error. ¡Horror! ¡Surge la tragedia!

Ese es el problema que abre la gran controversia que se prevé emotiva y

emocional, aunque se quisiera que sólo fuera jurídica y justa.

La posición emocional lleva a resolver de manera inmediateista el caso aduciendo que el varón debe responder afectiva y económicamente por ese hijo que no deseó, que no supo que estaba engendrando, que se lo hicieron engendrar contra su voluntad.

La posición jurídica se basa en dos puntos concretos:

**a).** El artículo 42, inciso 6, de la Constitución, dispone:

*“La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.*

Obsérvese que el derecho está dado en cabeza de la pareja, no de uno de los dos componentes de la pareja. El derecho no es sólo del hombre, pero tampoco es sólo de la mujer.

**b).** En Derecho Civil, se parte de la libertad y validez del consentimiento. Este se vicia por error, fuerza o dolo. Así se enseña en las primeras clases

del primer semestre en la facultad respectiva. No se trata de hacer aquí un estudio detallado de esas tres modalidades ya bien conocidas por todo estudiante de Derecho. Baste con decir que el engaño de la mujer a su varón para que le engendre un hijo, es similar a lo que puede suceder en cualquiera otra conducta engañosa para beneficiarse del resultado.

Obsérvese que no se hace referencia al caso de que el hombre sostiene la relación sexual sin medidas de protección porque, en este evento, es obvio que al asumir el riesgo, debe asumir la responsabilidad.

El planteamiento del presente artículo se limita al caso del varón que habiendo manifestado expresamente la voluntad de no tener hijos, es engañado por la mujer para quedar embarazada. Esto, sería similar a un acceso carnal violento, porque no hay voluntad, o al menos, a una inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas.

Si la Corte Constitucional en sentencia C-355 de 2006 despenalizó el aborto que la mujer se produce cuando ha

sido víctima de una canallesca conducta de violación, inseminación o transferencia de óvulos sin su consentimiento, es decir, se le ha reconocido a la mujer el derecho de negarse a asumir la maternidad que no consintió en tener ¿por qué razón se le niega al varón la posibilidad jurídica de no asumir la paternidad que tampoco consintió en tener?

Ese es el tema al cual se contrae este escrito. Frente a ese punto concreto es que se invita a formar los grupos de investigación de cada uno de los eventos apenas propuestos. Pero, por sobre todo, se deja abierta la discusión.

El caso que aquí se plantea puede tener variantes o adiciones que se dejan para la discusión académica:

Un hombre deja en un banco de esperma, su propia sustancia para que sea usada en una determinada mujer en precisas circunstancias. La esperma es usada para engendrar en esa mujer en circunstancias distintas a las autorizadas o, peor aún, para engendrar en otra mujer para la cual el varón no conocía, ni consentía tener hijos en ella.

Si para el caso del hijo de la mujer que ha engañado al varón la respuesta fuese que este de todos modos tiene que darle su apellido y responder en forma total, entonces para estas dos variantes habría que ser coherente y decir lo mismo. Eso no parece ni lógico, ni jurídico, ni justo.

Si en el caso del hombre cuya sustancia es usada sin su conocimiento, ni consentimiento, ni voluntad, la respuesta es negativa, la coherencia implica que también lo debe ser para el primer caso planteado.

La respuesta negativa no implica desconocer los derechos del menor. Es que los deberes correlativos queden en cabeza de quien dio origen equívoco a la situación. No resulta aceptable la posición jurídica que predique de la mujer una igualdad de derechos, pero se le deje por fuera en una igualdad de deberes por conductas que produce en forma engañosa, vale decir, ilícita. Reconocer la importancia plena de la mujer conlleva también reconocerle su propia capacidad de asumir sus responsabilidades.

Es lógico prever que esta teoría fuese utilizada por aquellos hombres cobardes de los que se habló atrás. La solución es probatoria. Si el hombre alega que el hijo fue concebido sin su voluntad es él quien asume la carga de la prueba. Si no logra demostrar su falta de consentimiento, debe asumir la responsabilidad plena frente al hijo. Si lo prueba, debe ser exonerado de cualquier deber frente al hijo que llevará sólo los apellidos de la madre y que será esta la que deba asumir la plenitud de los deberes económicos y morales frente al hijo que trajo al mundo sobre la base del engaño.

#### **4. CONCLUSIONES**

La relación de pareja debe ser un acto libre, consciente y voluntario; la prolongación consecuencial de esa relación a través de los hijos, también debe ser conocida en forma libre, consciente y voluntaria.

Desde el ángulo jurídico, los actos que se producen sin conocimiento y consentimiento de su autor, no generan responsabilidad alguna.

La posición del hombre y la mujer es de absoluta igualdad ante la sociedad.

La mujer que es obligada a sostener relaciones sexuales es violada en su dignidad y esa conducta se agrava penalmente si tiene como consecuencia un embarazo.

Si la mujer se le permite, en Colombia, abortar sin responsabilidad jurídica alguna, cuando es embarazada contra su voluntad, al varón debe otorgársele un derecho igual en las condiciones naturalísticas propias, permitiéndole exonerarse de responsabilidad civil alguna cuando él pruebe que el hijo fue concebido contra su voluntad expresa.

Como otro evento a investigar y controvertir en forma paralela y complementaria, siempre dentro del marco jurídico, se plantea el siguiente: La pareja acuerda no tener hijos, por un descuido no voluntario se produce el embarazo. El hombre al enterarse decide voluntariamente asumir su responsabilidad y está en condiciones de hacerlo. La mujer, aún a sabiendas de que es un delito porque no hay

causal alguna que justifique su conducta, se practica el aborto.

Algunos abortistas extremos dicen que la mujer es dueña de su cuerpo y entonces puede decidir unilateralmente. La inquietud es doble: por un lado, ¿puede considerarse que la propiedad del propio cuerpo, se extiende al cuerpo de la criatura en gestación, como si fuese similar a la figura civil del aluvión, de la avulsión, o de la accesión? Y, por la otra parte: ¿el aporte del hombre a la gestación es meramente mecánico, sin que para nada importe su voluntad, su afecto, su deseo de ser padre?

Porque se sigue pensando que la mujer, fuente de amor y paz, de odio y guerra, es lo mejor que existe y que los hijos son la prolongación de la existencia, o mejor, de una vida consciente y voluntaria, es que se plantean las anteriores inquietudes. ¡Ábrase el debate!

## **5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Colombia, Congreso Nacional de la República (1970, 05 de Agosto). “Ley 1260 del 05 de

- agosto de 1970, por medio de la cual se Expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas,, en Diario Oficial, núm. 33.118, del 05 de agosto de 1970, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2001, septiembre), “Sentencia T-979”, M. P. Córdoba Treviño, J., Bogotá
  - Colombia, Corte Constitucional (2006, Mayo), “Sentencia C-355”, M. P. Araújo Rentarías, J. & Vargas Hernández, C. I., Bogotá.
  - Crescentino, E. (2001). “La Ley en Súmer y Babilonia”. Recuperado el 28 de Noviembre de 2008 de: <http://www.transoxiana.org/0103/babilonia.html>
  - López, J. (2009). *Código de Lipit-Ishtar (1934-1924 A.C..* Recuperado el 28 de Noviembre de 2008, de: <http://www.enciclonet.com/documento/codigo+de+lipit-ishtar/>
  - Orta, R.(2009). *Código de Hammurabi*. Recuperado el 28 de noviembre de 2008, de: <http://www.tecnoiuris.com/derecho/modules.php?name=News&file=article&sid=749>
  - Poyato Holgado, C. y Vásquez Hoys, A. M. (1989). *Introducción a la Arqueología. II Milenio en el próximo oriente*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arces. Recuperado el 28 de Noviembre de 2008 de: <http://books.google.com/books?id=t84uO28ws1IC&printsec=frontcover&dq=introduccion+a+la+arqueologia+Poyato+Holgado&hl=es>
  - Sitchin, Z. (1976). *Una Civilización Repentina*. Recuperado el 28 de Noviembre de 2008 de: [http://www.bibliotecapleyades.net/sitchin/planeta12/12planet\\_02.htm](http://www.bibliotecapleyades.net/sitchin/planeta12/12planet_02.htm)