

Capítulo 2

El parentesco

Concepto

En general, el término parentesco hace alusión a la unión, vínculo o conexión que existe entre dos personas, sea por consanguinidad, afinidad o por disposición de la ley, en el caso de la adopción. Estos vínculos jurídicos surgen entonces entre las personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco de consanguinidad); o entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido (parentesco de afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (parentesco civil).

Clases de parentesco

De acuerdo a la clasificación que expone el Código Civil, las distintas clases de parentesco se definen en la ley de la siguiente manera.

- a. El artículo 35 CC, entiende por parentesco de consanguinidad: “la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por vínculos de sangre”.
- b. El artículo 47 CC, define el parentesco por afinidad como el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer, llamando éste

“afinidad legítima”. Es también parentesco por afinidad, pero llamado “ilegítimo”, hoy “extramatrimonial”, el que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas, y los consanguíneos ilegítimos de la otra (Art. 48 CC). Más adelante, trataremos más detalles al hablar del parentesco extramatrimonial.

- c. Es parentesco civil el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo, se encuentran entre sí respectivamente, en las relaciones de padre, madre, o de hijo (Art. 50 CC). Aunque el artículo 50 agrega que este parentesco no pasa de las respectivas personas, se entiende hoy derogado tácitamente por disposiciones especiales, como fue el artículo 100 del Decreto Extraordinario 2737 de 1989 o Código del Menor, y el artículo 64 del Código de la Infancia y Adolescencia, que a su vez, derogó el Código del Menor. Este artículo 64 reafirmó lo expresado por la anterior codificación, al ratificar que la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante o los adoptantes, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos. A su vez, en su numeral 4 consagra que por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue con ésta, todo parentesco de consanguinidad. Se tiene, entonces, que el hijo adoptivo goza del grado de parentesco como si efectivamente hubiere nacido como consanguíneo de los padres adoptantes.

El parentesco legítimo y el parentesco extramatrimonial

Parentesco de consanguinidad legítimo es aquel en que todas las generaciones de que resulta han sido autorizadas por la ley; por ejemplo, el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que han sido también hijos legítimos del abuelo común (Art. 38 CC). Es ilegítimo aquél en que una o más de las generaciones de

que resulta no han sido autorizadas por la ley, como entre dos primos hermanos hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común (Art. 39 CC). Sin embargo, en los términos del artículo 1º de la Ley 29 de 1982, debe entenderse que el parentesco ilegítimo desapareció, denominándose para todos los efectos parentesco extramatrimonial.

La afinidad legítima se establece por razón del matrimonio, pero subsiste aún desaparecido éste. Se deduce entonces que el cónyuge divorciado y el cónyuge viudo continúan vinculados por parentesco de afinidad porque “estaban casadas” las personas de donde surgió el parentesco. Este efecto también se produce cuando el matrimonio es declarado nulo, pues el matrimonio nulo produce el efecto de la afinidad legítima.

Debe tenerse en cuenta que el parentesco va del respectivo marido o mujer hacia los consanguíneos de su respectivo cónyuge, pero no se hace extensivo hasta extender el parentesco a los miembros de ambas familias. Es decir, que los parientes consanguíneos de la mujer no son parientes de los consanguíneos del marido. Debemos además recordar que entre los cónyuges no hay parentesco ni de consanguinidad ni de afinidad.

El parentesco de afinidad extramatrimonial surge entre dos personas que no han contraído matrimonio y los consanguíneos legítimos o extramatrimoniales de la otra; o entre dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra (Art. 48 CC). La afinidad extramatrimonial se computa en sus líneas y sus grados de la misma manera que el parentesco por afinidad legítima. De esta manera, por expresa disposición de la Corte Constitucional en Sentencia C-595 del 6 de noviembre de 1996, donde se declara la inexequibilidad de los artículos 39 y 48 del Código Civil, que se refieren al parentesco de consanguinidad ilegítimo y a la afinidad ilegítima, no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, entendiendo por tal la que nace de la Unión Marital de Hecho.

Sin embargo, la evolución que ha tenido la familia a partir de la Constitución de 1991 y los efectos similares a los del matrimonio que la Corte Constitucional le ha venido otorgando a la Unión Marital de Hecho; así como la expedición de la L. 1060/2006 que trataremos más

adelante en detalle, donde han quedado cobijado los hijos procreados dentro de la Unión Marital de Hecho bajo la presunción de ser hijos del compañero permanente, tal y como acontece con el hijo de mujer casada, lleva a que sea posible asemejar los efectos del parentesco que surge de la Unión Marital de Hecho a un parentesco legítimo, es decir, que hoy la Unión Marital de Hecho, siempre que reúna los requisitos de la L. 54/1990 modificada por la L. 979/2005, genera un parentesco legítimo, como el que surge del matrimonio.

De esta manera, el parentesco extramatrimonial o extramarital es el que surge de una familia que se constituye por relaciones ocasionales o que no son exclusivas, por no reunir los requisitos de singularidad y permanencia; y en caso de que alguno de los compañeros permanentes estuviera casado, que aún conviva con su esposa; o aunque no mantenga la convivencia, que no haya disuelto la sociedad conyugal nacida del anterior matrimonio.

Los grados, las líneas y sus clases

Concepto de grado y de línea

Por grado de parentesco se entiende la distancia que existe entre dos parientes y los grados se cuentan por el número de generaciones que existen entre las dos personas, teniendo siempre en cuenta la raíz común.

Por línea se entiende la serie y el orden de las personas que desciende de una raíz o tronco común (Art. 41 CC). Dentro de la línea se distingue la recta o directa (paterna o materna), y la colateral o transversal.

Línea recta o directa (paterna o materna)

Línea recta o directa es la que forman las personas que descienden unas de otras, o que sólo comprenden personas generantes y personas engendradas (Art. 42, inc. 2º, CC). En la línea recta o directa puede establecerse con exclusividad la paterna o la materna. Por línea paterna, se entiende la que abarca a los parientes por parte de padre; y por línea materna, la que comprende los parientes por parte de madre. Pueden entonces aparecer parientes vinculados exclusivamente por línea paterna o exclusivamente por línea materna o por ambos. El ejemplo podría

ser: A se casa con B y de esa unión se procrea C. A y B se divorcian y B contrae nuevo matrimonio con D, de cuya unión nace F. Entonces C y F son hermanos por línea materna, exclusivamente.

El parentesco también puede ser de “simple conjunción” o de “doble conjunción”. Hay parentesco de doble conjunción cuando el parentesco proviene tanto por la línea paterna como por la materna. Si es sólo una de ellas, el parentesco es de simple conjunción, como sería en el caso antes mencionado, el parentesco por línea materna de C y F. Si ambos provienen de un matrimonio o de una unión marital de hecho que reúna los requisitos de la L. 54/1990, serán hermanos legítimos de simple conjunción, calificación que incide en la posibilidad de reclamar alimentos entre sí, según el ordinal 9º del artículo 411 del CC.

Colateral o transversal

Línea colateral o transversal es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las otras, sí descienden de un tronco común; por ejemplo, hermano o hermana, hijos del mismo padre o madre, sobrino y tío, que proceden del mismo tronco común, esto es, el abuelo (Art. 44 CC). A esta línea colateral o transversal se le conoce también como oblicua. En esta línea se cuentan los grados por el número de las generaciones que existe entre uno los parientes hasta el tronco común y desde éste hasta el otro pariente; así, dos hermanos estarán en segundo grado de parentesco de consanguinidad en línea colateral.

De acuerdo con lo anterior, tenemos entonces que el nieto está en segundo grado de consanguinidad, en línea recta ascendente, con el abuelo; mientras que dos primos están, entre sí, en cuarto grado de consanguinidad en línea colateral. Debe tenerse en cuenta que los grados de consanguinidad se refieren, en el primer caso, a un parentesco en línea recta, ascendente o descendente; mientras que en el segundo caso, se presenta en línea colateral, transversal y oblicua. De igual manera, para conocer los grados de parentesco existentes entre dos personas se cuentan los grados por el número de generaciones, desde el pariente ascendente directo de aquel cuyo grado se pretende saber, hasta el ancestro común y de éste al pariente con el cual se pretende establecer la relación familiar.

Principales aplicaciones del parentesco

El parentesco es una noción muy importante para determinar, al tenor del Art. 61 del C.C, en donde se establece en qué casos los parientes de una persona deben ser oídos. La Corte Constitucional, con ponencia del M. Jorge Arango Mejía, mediante Sentencia C-105 del 10 de marzo de 1994, declaró inexecutable la expresión de “legítimos” que aparecía en los numerales 1º, 2º y 3º. No obstante, conservó el calificativo de “legítimos” para los colaterales y afines a que se refieren el ordinal 5º y 7º “porque (...) se introduciría el desorden en las familias. Aduciendo, además, el argumento según el cual, la igualdad de derechos y obligaciones se transmite de generación en generación, se hereda, no vale en relación con los colaterales”.

De igual forma, la noción de parentesco afecta los órdenes en los cuales se deben alimentos por ley a ciertas personas, consagrada en el artículo 411 del CC. Así las cosas, la lectura que hoy debe hacerse del artículo 411, a la luz de la interpretación de las sentencias de la Corte Constitucional ya analizadas en el capítulo referente al parentesco, en donde se asimilan totalmente el parentesco extramatrimonial al legítimo, salvo en los hermanos, es la siguiente:

- a. A los cónyuges y a los compañeros permanentes, mientras subsiste la relación matrimonial o marital.
- b. Descendientes: hijos y nietos sean legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, hasta su mayoría de edad. Este límite se prolonga cuando no tengan la capacidad física o mental para trabajar, o no hayan logrado establecerse económicamente por la falta de una profesión u oficio. Si los padres le procuraron profesión u oficio, ya es discrecional del Juez hasta dónde le prolonga la manutención.
- c. Ascendientes: padres y abuelos sea legítimos, extramatrimoniales o adoptivos.
- d. Al ex cónyuge divorciado sin su culpa, quedando obligado a suministrarlos el que dio origen al divorcio. No se concede a los compañeros permanentes, pues la ruptura de la relación es potestativa de cualquier miembro de la pareja, sin que haya lugar a discutir la culpabilidad.

- e. Hermanos legítimos, adoptivos y medios o de simple conjunción legítima. No cubre los extramatrimoniales o extramaritales, ni de éstos para aquellos.
- f. Al donante, siempre que lo sea de una donación cuantiosa, cuando le hace falta lo necesario para subsistir, le es posible solicitar al beneficiario de la donación alimentos congruos.

Es importante resaltar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C029 de enero 28 de 2009, con ponencia del M. Rodrigo Escobar Gil, al extender en igualdad de condiciones los efectos de la obligación alimentaria de los cónyuges a los integrantes de las parejas del mismo sexo, expresamente exigió que se hubieren acogido al régimen de la L. 54/1990 y demás normas que lo modifiquen, quedando así exceptuadas las parejas de relaciones ocasionales o las que no son exclusivas, por no reunir los requisitos de singularidad y permanencia. De igual manera, se excluyen aquellos casos en que alguno de los compañeros permanentes estuviera casado, manteniendo la convivencia marital con su esposa; o sin convivencia, es decir, separados de hecho, mientras no haya disuelto la sociedad conyugal nacida del anterior matrimonio.

El parentesco y los hijos de crianza.

Tal y como se ha podido evidenciar en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, donde se da cuenta de la apertura que ha venido teniendo el concepto de familia entendida en concordancia con el principio del pluralismo, esto es, no debiendo ser identificada únicamente como aquella institución surgida del vínculo jurídico o biológico sino a partir de diversos nexos fundados en el amor y la solidaridad. De esta manera, La Corte Constitucional considera que la protección a la familia se extiende a las relaciones de hecho, es decir, a los que surgen por vínculos de afecto, protección, auxilio y respeto, criterios éstos que deben ser verificados al momento de comprobarse la conformación del núcleo familiar.

De esta manera, en diferentes fallos se ha venido reconociendo una realidad social propia de las familias recompuestas donde los hijos de la compañera o de la cónyuge engendrados en una anterior

relación, son asumidos económicamente y afectivamente por el nuevo compañero, al punto que se les ha reconocido el derecho a que éste los afilie a salud, a que se les beneficie con el subsidio familiar, los auxilios educativos, a que se le reconozca el derecho a la pensión, e incluso, a que los hijos de crianza puedan ser beneficiarios de la indemnización por los perjuicios morales recibidos por la muerte de su padre de crianza. (Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 73001233100020090054201 (41054) - 5/17/2016)

Sin embargo, el parentesco de hecho no alcanza a establecer lazos biológicos que conlleven hasta el momento los efectos jurídicos reseñados en este capítulo. Así las cosas, no es titular el padre o madre de crianza de los derechos y deberes que les otorga la patria potestad, es decir, no son los representantes legales ni los administradores, ni tienen el usufructo de los bienes del hijo de crianza. Tampoco se les puede exigir alimentos, ni los deberes propios de la obligación de criar o educar, y les es imposible acceder a la herencia a la muerte de su progenitor de hecho, porque no se encuentran incluidos en ninguno de los órdenes hereditarios legales.

Para gozar plenamente de los derechos propios que otorga la filiación, debe romperse el vínculo biológico que une al hijo o hija de crianza con su progenitor biológico y proceder a través de la adopción, a crear el vínculo jurídico que le permita establecer con su padre o madre de crianza el parentesco civil, mediante el cual se adquieren los mismos derechos y deberes otorgados a la hija o al hijo biológico.