

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

PASTO - COLOMBIA

No. 16080 Ej. _____

Valor 600 Vol. _____

Fecha 10-X-74 Don. X

Pact. _____ Canje _____

Librería _____ Comp. _____

MARIO CAVIEDES ARTEAGA
"

REFORMA LEGISLATIVA DE 1936 SOBRE HIJOS NATURALES

TESIS PRESENTADA A LA FACULTAD
NACIONAL DE DERECHO PARA OBTEN-
ER EL TITULO DE DOCTOR EN DERE-
CHO Y CIENCIAS POLITICAS.

1937

EDITORIAL CENTRO S. A.

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
LIBRERIA GENERAL

República de Colombia.—Universidad Nacional
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

DECANO DE LA FACULTAD:

Doctor CARLOS ARANGO VELEZ

PRESIDENTE DE TESIS:

Doctor ESTEBAN JARAMILLO

EXAMINADORES:

Doctor MIGUEL ABADIA MENDEZ

Doctor PEDRO ALEJO RODRIGUEZ

Doctor TIMOLEON MONCADA

SECRETARIO DE LA FACULTAD:

Doctor ABELARDO GOMEZ NARANJO

Bogotá, Diciembre de 1937.

"La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en las tesis; tales opiniones deben considerarse como propias de sus autores".

(Del artículo 97 del reglamento de la Facultad).

*A mis padres
y hermanas cariñosamente*

NOCIONES GENERALES

FILIACION NATURAL.—Este es uno de los temas que han inquietado la atención de sociólogos y juristas de todos los tiempos, y en el cual están interesados el orden y la existencia misma del conglomerado social.

La complejidad del problema que hasta la presente no ha sido resuelto definitivamente, estriba en la concurrencia de dos derechos a cual más respetables. Por una parte se presenta el matrimonio, base de la familia, primer núcleo social en donde reposa el edificio del bienestar colectivo; por otra, los derechos de los hijos ilegítimos, que se fundan también en la misma naturaleza, que teniendo deberes que cumplir en relación con los demás seres, tienen derecho a los medios indispensables para el cumplimiento de su fin y el perfeccionamiento de su personalidad.

Las distintas legislaciones de los Estados no han sido uniformes en reconocer los derechos de estos últimos, y así el estado civil de la filiación ilegítima ha sido muy diferente en las diversas épocas y en los diversos pueblos. La condición jurídica de estos seres en algunas partes y con el objeto de proteger el matrimonio ha sido deprimente, se les ha negado los derechos más sagrados, teniendo como norma que los hijos de uniones ilegales perjudican a la sociedad, y su presencia atenta contra la organización de la familia. Conceptos éstos sintetizados en la frase de Napoleón: "Los hijos así nacidos, no interesan ni sirven al Imperio".

En otros países se ha tratado de equiparar la descendencia ilegítima con la proveniente del matrimonio, fundándose en que la mayoría de estos derechos nacen del vínculo de la sangre y que la ley positiva no puede desconocer este hecho de la generación que origina la relación entre el padre y el hijo.

Estos preceptos absolutos que han informado varias legislaciones, no han podido imponerse definitivamente toda

vez que la experiencia se ha encargado de demostrar lo errado de sus principios. El primer sistema no ha alcanzado la realización de su objetivo como lo demuestra la natalidad ilegítima creciente en estos Estados, lo cual ha sido imposible evitar por la tendencia natural del hombre a quien no se le puede imponer el estado matrimonial y mucho menos si es to no le acarrea ninguna responsabilidad y su culpa queda impune.

El segundo sistema ha sido descartado también, porque si es verdad que se cumple el primer precepto de la ley natural, que es el de la procreación, no se puede cumplir otros deberes no menos imperiosos fundados en este mismo derecho, como el de la educación y mutua cooperación. Por otra parte la experiencia nos demuestra que este estado de cosas ha influido grandemente en el fenómeno de la anormalidad social.

Las legislaciones actuales tratan de armonizar en un nuevo sistema estos intereses encontrados, y buscan una fórmula que mirando los verdaderos intereses sociales, proteja el matrimonio sin ser violatoria de los derechos que les corresponde a los hijos ilegítimos.

Este es el segundo punto de discrepancia, consistente en no saber en qué condiciones debe colocarse la descendencia ilegítima con relación a la legítima. Su estudio está también sembrado de dificultades, ya consideradas desde el punto de vista abstracto de la discusión filosófica, ya se le considere a través de las disposiciones positivas de los códigos. Dificultades éstas que nacen de la misma naturaleza del asunto y que obligan al legislador a tomar como criterio de observación ciertos hechos, conjeturas y presunciones de mayor o menor verosimilitud. La calidad de unión de donde provenga, circunstancia ésta por la cual no pocas legislaciones han clasificado varios grupos de filiación ilegítima como los naturales, adulterinos, incestuosos, etc., correspondiéndoles diversos derechos a cada agrupación. En otros Estados se ha prescindido de estas distinciones y los códigos austriaco, alemán e inglés, no establecen diferenciación al respecto; todos son tratados como ilegítimos, con todos los derechos anexos a esta calidad. En relación al reconocimiento existe diferencia en cuanto se refiere al padre o a la

madre ya que, comunmente, con respecto a la última tiene el carácter de hijo con el sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, dos criterios han informado las legislaciones sobre el particular: uno, que partiendo de la dificultad para la comprobación de la paternidad, ha restringido los medios de prueba, admitiendo muchas veces tan sólo el reconocimiento voluntario. El segundo, teniendo como base el principio de que debe darse mayor cantidad de medios tanto mayor sea la dificultad de su comprobación, admite además del reconocimiento voluntario, la investigación judicial de este hecho, bien sea determinando las pruebas o dejando de manera amplia la puerta de la investigación.

Tratándose de los derechos de los hijos ilegítimos, no todos los países les conceden unos mismos, y así se puede observar que en algunos, además del cuidado personal, de la crianza, gastos de alimentación, etc., se les otorga el de la patria potestad.

En cuanto al derecho herencial, existe por lo general una marcada tendencia a mejorar su porción hereditaria; mas, en el primer orden de sucesión y en concurrencia con los legítimos, las opiniones se dividen bien sea llamándolos con éstos o excluyéndolos. Los primeros se fundan en que el hijo es una criatura inocente que no tiene culpa de su existencia, que además la presunción del cariño se funda en el jus sanguinis, el cual debe existir una vez comprobada su filiación. Los segundos argumentan en el sentido de que el hecho de asignarles derechos en concurrencia con los legítimos perjudicaría la institución del matrimonio una vez que trata, en cierto modo, de nivelarlo con las relaciones ilegítimas, lo cual podría traer serios quebrantos a la sociedad.

Sin detenernos a analizar la conveniencia o inconveniencia de estos sistemas, entraremos a estudiar nuestra legislación positiva en el desenvolvimiento de su estatuto jurídico en relación con los hijos naturales, objeto primordial de este trabajo.

Como las legislaciones romana y española están íntimamente ligadas a este estudio, puesto que la mayor parte de las instituciones de los romanos fueron trasplantadas al derecho español, el cual a su vez rigió por muchos años entre nosotros en el tiempo de la colonia y aún después hasta

adoptarse el Código de Chile, el cual, como es bien sabido, fue informado por el Código de Napoleón, que a su vez sufrió la influencia romana, se hace preciso hacer un estudio de manera sintética del desarrollo histórico de estas legislaciones.

Por estas ligeras consideraciones parécenos conveniente, para mayor claridad y mejor orientación de este estudio, dividir en dos partes la materia de la presente monografía: la primera, que trata de las legislaciones Romana y Española, de las disposiciones diversas en la legislación Colombiana hasta 1936, y de la Ley 45 de 1936. Y la segunda, que versa sobre algunas críticas a la Ley 45 de 1936.

PARTE PRIMERA

CAPITULO I

LEGISLACION ROMANA

Los Romanos reconocían varias clases de uniones entre los dos sexos. En los primeros tiempos de esta legislación sólo se reconocía las *Justae Nuptial* y la ley reputaba como hijos únicamente los nacidos de esta unión, no pudiéndose introducir a la familia otros descendientes que no tuvieran la calidad de tales.

Para contraer estas nupcias se necesitaba ser libres, calidad que sólo la tenían los ciudadanos romanos en los primeros tiempos. Más tarde se reconoció otra unión regular que llevó el nombre de *Injusta* y *Nuptial* y era aquélla que se contraía por una persona que tenía la calidad de ciudadano, con otra que carecía de ésta, por razón de su nacionalidad. Se llamaba *Injusta* porque no era de derecho civil, sino de derecho de gentes, y no producían los mismos efectos que las *Justae Nuptial*. El padre no adquiría la patria potestad y la mujer conservaba su domicilio.

Con el transcurso de los tiempos y el ensanche en sus conquistas cambiaron las costumbres de los pobladores de Roma y las uniones anteriores se convirtieron en uniones efímeras, sujetas al capricho de los contrayentes, una vez que al lado de la mujer legítima existía la concubina. El concubinato era la unión de dos personas libres que hacían vida de casados sin serlo; aparentemente era el mismo de ahora en el hecho, más no así en el derecho, ya que una de las leyes cauducarias reglamentó esta unión y optó por admitir el concubinato como una unión regular inferior, consistente en la unión informal de dos personas libres. Era verdad que la concubina no era lo mismo que la esposa, pero estaba obligada a guardar fidelidad, no podía

romper esa unión por su propia voluntad ni darse en concubinato a otro. Todo hombre libre podía tener una concubina; esto estaba reglamentado y no podía tener más que una; otras personas no podían ser concubinas, como las vírgenes y las viudas de vivir honesto. Existían, además, personas que únicamente podían tener concubina, tales como los empleados de provincia, etc.,

Como queda visto, entre los romanos el concubinato era una institución jurídica lícita; esto explica la razón del concepto que de los hijos naturales se tenía, a diferencia de los llamados bastardos que procedían de uniones ilícitas castigadas por la ley. Los hijos nacidos de concubinas se denominaban *liberi naturales*, siempre que ésta fuese única, habitase en la misma casa del padre, y fuesen hábiles para contraer matrimonio. La condición de que la mujer habitase en casa del hombre daba base a la presunción de paternidad, en el cual se aplicaba el principio "Pater in est-
quen nuptial demonstrant" el hijo concebido en matrimonio tiene por padre al marido.

LEGITIMACION

En épocas posteriores, en que las justas nupcias estuvieron al alcance de todos, y con el establecimiento del cristianismo en el Bajo Imperio, no se vio la razón de las demás uniones existentes, las que fueron suprimidas, y para que los hijos habidos de aquellas uniones no justas entraran a la familia, se estableció la legitimación, hoy reconocimiento.

La legislación romana estableció, para otorgar la legitimación, el subsiguiente matrimonio, el rescripto del príncipe, la oblación a la curia y el testamento.

Legitimación por subsiguiente matrimonio.—Esta medida fue admitida por Constantino, pero tan sólo para los hijos habidos y no para los que podía haber en lo sucesivo. Justiniano modificó esta disposición y estableció la legitimación para todos los casos. Sin embargo, para que esta forma tuviera efecto se necesita-

ba que el hijo hubiera nacido de concubina y que en el instante de ser engendrado no existiera prohibición para el matrimonio. En este sentido tanto los hijos incestuosos como adulterinos no podían legitimarse.

Rescripto del Príncipe.—Era una manera de legitimación utilizada cuando el padre no tenía hijos legítimos, y cuando tampoco le era posible casarse con la madre de los que pretendía legitimar, bien por la muerte de ésta o por cualquier otra causa justificable. En estas circunstancias podía legitimarse por el rescripto del príncipe, que consistía en un decreto del soberano expedido con el consentimiento del hijo.

Oblación a la Curia.—En tiempo del bajo imperio tenían las ciudades, provincias y aldeas, un senado municipal o curia, encargado de la administración central o municipal. Los curiales tenían cargas fuertes en el desempeño del cargo, que no compensaban con las prerrogativas que se les daban, de donde aunque honorífico el puesto, nadie quería aceptarlo, conduciendo esto a la extinción total de las curias. Los emperadores que necesitaban de estos senados para la percepción de los impuestos, resolvieron, para subsanar esta dificultad y aumentar su número, que los padres que no tenían hijos legítimos podían adquirir la patria potestad sobre los "Liberis Naturales" ofreciéndolos a las curias, y dándoles, además, veinticinco medidas de tierra.

Por testamento.—Esta manera de legitimación entre los romanos consistía en que el padre manifestaba su voluntad de reconocer al hijo, y éste a su vez concurría ante el Emperador para que confirmase la legitimación.

DERECHO HERENCIAL

Respecto del derecho de herencia, en la legislación romana hay que observar que en un principio daba absoluta libertad de testar; posteriormente se restringió

esta amplitud, exigiendo que el pater familia manifestase formalmente a quién desheredaba. Esta formalidad la hacía respetar la ley por medio de la querella inoficiosi testamenti, que producía la nulidad del testamento, ya que se consideraba que quien así procedía desheredando a sus parientes no estaba en su juicio.

Las leyes de las Doce Tablas que vinieron a reglamentar esta materia establecieron los siguientes órdenes de sucesiones: 1º.—Los herederos suyos; 2º.—Los agnados; 3º.—Los gentiles, no quedando comprendida en este sistema la descendida ilegítima que carecía de todo derecho. En la poca de Justiniano se cambió el orden de sucesión, comprendiendo los descendientes, ascendientes, colaterales y, además, reconoció otras categorías de sucesores extraordinarios que algunos autores denominan irregulares, entre los cuales figuraban en primer término el cónyuge, los *liberi naturales*, la concubina, alguna corporación y el fisco.

En relación con los *liberi naturalis* que tenían una filiación cierta, eran llamados a la sucesión paterna abintestato, junto con la madre, en una sexta parte de la herencia, repartible entre todos per cápita; pero si había cónyuge o hijos legítimos, quedaban excluidos de la herencia, quedándoles sólo a los hijos el derecho de reclamar alimentos de la mortuoria. Las precedentes disposiciones no tocaban en manera alguna con la descendencia adulterina o incestuosa, la cual carecía de todo derecho ya que estaba afectada de una incapacidad absoluta.

LEGISLACION ESPAÑOLA

ORIGEN DE LA FILIACION NATURAL

Sabido es que el derecho español se inspiró en los principios del derecho romano. Respecto de la institución de los hijos ilegítimos, en un principio las leyes españolas se mostraron hostiles en cuanto a la legitimación y derechos de estos hijos, debido a la manera

como el legislador apreciaba el concubinato, de manera tal que en el "Fuero Guzgo" se habla de las "Bodas Prohibidas" y se establecieron fuertes sanciones contra el adulterio, incesto y demás uniones ilegítimas. En la época de las Partidas ya se reconoció el "Barraganato", manera ésta como se denominó el concubinato, que tenía origen en el convenio que celebraba un hombre con una barragana, la cual debía ser sola y en condiciones de poderse casar con ella. Los hijos habidos de estas uniones se estableció que se llamarían *Naturales* y en esta forma quedó establecida la filiación natural.

El contrato de barraganía debía hacerse públicamente y ante testigos, haciendo constar los favores y derechos de la concubina. Para que el hijo tuviera la calidad de natural se necesitaba, además, que al tiempo de la concepción el hombre no tuviera mujer legítima ni la barragana otro marido, y que el hombre la hubiera tenido retenida, estableciéndose con ello la presunción de la paternidad. El legislador español sentó también los preceptos de criar y educar a los hijos así habidos, haciendo extensivo esto, por imposibilidad de los padres, a los ascendientes en ambas líneas.

El barraganato, tal como estaba constituido, fue combatido duramente por los eclesiásticos, quienes consiguieron desterrarlo de la legislación por algún tiempo, lo que naturalmente trajo el grave problema de la prole incierta. Para subsanar esta anomalía, la ley civil tuvo que venir nuevamente en protección de los hijos naturales por medio de las *Leyes de Toro*.

De las 83 Leyes de Toro que vinieron a unificar la legislación española, y cuyo nombre se debió al lugar en donde fueron expedidas, la marcada con el número 11 estatuyó la siguiente disposición "E porque no se pueda dudar cuáles son fijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se diga ser fijos naturales cuando al tiempo que nacieren o fuesen concebidos, sus padres podían casarse con sus madres justamente sin dispendación, con tanto que el padre lo re-

conesca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo tuvo en su casa ni sea una sola, ca concurriendo en el hijo las salidades susudichas mandamos que sea hijo natural". Como se ve, este estatuto vino a variar ciertas disposiciones contempladas en las Partidas, estableciendo por primera vez dos épocas para determinar la calidad del hijo natural: la de la concepción y la del parto, comprendiendo así muchos hijos en la calidad de naturales que anteriormente no la tenían. Además no se exigía que el hijo naciera de concubina, ni que ésta viviera en la casa del padre. Respecto de la capacidad de los padres, podían tenerla en la concepción o en el parto; circunstancias éstas por las cuales se podía reconocer al hijo adulterino, con la condición de que en el momento del parto ya se hubiera disuelto el vínculo que ligaba al adúltero.

El derecho romano y el español de las Partidas se fundaban en la presunción de que el hijo que naciera de concubina o barragana tenía una filiación cierta respecto del padre, una vez que necesitaba que viviesen juntos. La Ley de Toro extendió el beneficio de la naturalidad a todos los hijos nacidos de personas que pudiesen contraer matrimonio sin dispensa, a pesar de que no viviesen en la misma casa, de donde surgió lógicamente el reconocimiento del padre, considerando el legislador de Toro que la confesión que implicaba este acto era la mejor prueba en la paternidad. Fue esta medida la que no existió en la legislación romana, dada la organización especial que se dio a las uniones que hoy se llaman ilegítimas y en las cuales el reconocimiento no tenía razón de ser.

RECONOCIMIENTO

Respecto de la manera de reconocer en los primeros tiempos, la ley no dice nada, por lo cual sostienen algunos autores que se les daba el mismo valor tanto al expreso como al tácito, teniendo como razones que el fin era dar facilidad para el reconocimiento, y que ade-

más, no le es permitido al intérprete distinguir donde el legislador no lo hace.

La ley española habla únicamente del reconocimiento del padre y no dice nada con respecto de la madre, una vez que había en dicha legislación la presunción indudable de que la madre siempre es cierta.

El hijo también podía obtener su reconocimiento judicialmente ocurriendo a los tribunales, los cuales apreciaban la prueba y cuya sentencia favorable le daba el reconocimiento expreso.

Aunque la mayor parte de las normas de las leyes de Toro permanecieron inmodificables, fue imposible que perdurara la disposición que determinaba dos épocas en las cuales se podía adquirir la calidad de hijo natural (concepción y parto), siendo modificada por la comisión especial de las cortes en 1820, que excluyó el tiempo del nacimiento para la calificación de los hijos naturales y restableció en el fondo las disposiciones de las partidas y del derecho romano. Determinó, además, que el padre podía hacer el reconocimiento del hijo natural por instrumento auténtico o fehaciente: 1º.—En la partida de bautismo en que el padre hubiera concurrido personalmente o por escrito, o por persona fidedigna a declarar su paternidad; 2º.—Toda carta o escritura confirmada por tres testigos, en la cual manifestase ser suyo el hijo; 3º.—En el testamento en que el padre estatúa como heredero al hijo, y 4º.—En el acta autorizada por el magistrado o concejo del pueblo en que constare la declaración hecha por el padre. Estos medios que sirvieron en un principio, en el tiempo que existían matrimonios clandestinos, para la legitimación, fueron admitidos para el reconocimiento estatuyéndose nuevos medios de legitimación que fueron el subsiguiente matrimonio y la concesión real.

DERECHO HERENCIAL

La legislación española en relación a los derechos herenciales de la filiación ilegítima fue tan rígida como la romana, concepto éste que modificó posteriormente, tanto respecto de los hijos naturales como de los demás ilegítimos.

El hijo natural tenía diversos derechos, bien se trataba de la herencia del padre o de la de la madre. En cuanto al primero, nunca era heredero forzoso por testamento, siéndolo algunas veces abintestato. Respecto de la madre, era heredero forzoso así abintestato como por testamento, siempre que faltaran hijos legítimos.

Cuando había hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, no concurrían los naturales a la herencia. Pero el padre o la madre podían dejarles por vía de alimentos el quinto de sus bienes. (Leyes nueve y quince de Toro).

Si el padre carecía de descendientes y ascendientes legítimos, podía estatuir herederos a sus hijos naturales en todos sus bienes o en una parte, aunque tuviera ascendientes. (Ley 10 de Toro).

Careciendo la madre de descendientes legítimos, eran herederos sus hijos naturales, aunque tuviera ascendientes legítimos. (Ley 9 de Toro).

Si el padre moría intestado, a falta de hijos legítimos, le sucedían los hijos naturales en una sexta parte de la herencia, que se repartía con su madre, y a falta de descendientes y ascendientes legítimos y de colaterales hasta el cuarto grado, les sucedían los hijos naturales. (Leyes 8 y 9, Tít. 15, part. 6).

Sin embargo de estas disposiciones podían presentarse dos clases de hijos: unos provenientes de personas aptas pero no reconocidas; a éstos se les consideraba como extraños al patrimonio paterno. Pero a los que además de la aptitud de sus padres obtenían el reconocimiento, se les consideraba como naturales propiamente dichos, con derecho a suceder a sus progenitores en la forma que dejamos expuesta.

CAPITULO II

LEGISLACION COLOMBIANA

Después del estudio que de manera sintética acabamos de hacer tanto de la legislación romana como de la española, en relación con la filiación natural, pasaremos a examinar el proceso que ha seguido la nuestra hasta su culminación en la Ley 45 de 1936.

Nuestro C. C. dispuso en su art. 52 que los hijos ilegítimos se dividían en naturales, adulterinos, incestuosos y simplemente ilegítimos. Para determinarlos expresó que eran naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción y cuyos hijos habían obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o de ambos. Incestuosos, los hijos procreados por dos personas entre las cuales existía vínculo de consanguinidad o de afinidad, en determinado grado, que impedía la celebración del matrimonio. Los hijos adulterinos eran los concebidos por personas de las cuales a lo menos una de ellas estaba casada al tiempo de la concepción con otra, salvo que dichas personas hubieran contraído matrimonio putativo, que respecto de ellas produzca efectos civiles. Hijos simplemente ilegítimos eran aquéllos que por cualquiera causa no habían recibido el reconocimiento de sus padres.

Para tener la calidad de natural se necesitaba el reconocimiento de sus padres por escritura pública o por testamento, siendo los hijos naturales los únicos que podían obtener este beneficio, para lo cual se necesitaba que tanto el padre como la madre hicieran el reconocimiento expreso. Tratándose de la madre, sucedía con la mayor frecuencia que por descuido o negligencia no se llenaba esta formalidad, de donde resultaba

que eran excluidos de la herencia por parientes lejanos, motivo por el cual el legislador de 1887 para reparar esta injusticia y teniendo en cuenta que la maternidad es un hecho notorio en el cual existen señales materiales visible, inequívocas, y que no dejan lugar a duda, estatuyó en el inciso 2º. del art. 7º. de la Ley 57 que "se reputarán hijos naturales, respecto de la madre, y para todos los efectos civiles, los habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción", entendiéndose la palabra "libremente" que no existiera ningún impedimento que hubiera obstaculizado el matrimonio en el campo legal.

Sin embargo de ser la disposición de la Ley 57 justa, y que consultaba mejor la realidad de los hechos, fue derogada por el mismo legislador en la Ley 153 del mismo año, que dispuso en su art. 54 que los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado y punible ayuntamiento, podían ser reconocidos por sus padres, o por uno de ellos, teniendo la calidad de hijos naturales respecto del padre o la madre que los hubiera reconocido; y el inciso 1º. del art. 56 dispuso que "el reconocimiento debería hacerse por instrumento o por acto testamentario", llegando con esto al sistema anterior del Código.

El legislador del año 90 reaccionó contra esta reforma optando nuevamente el sistema que se había abolido, y dispuso en la Ley 95 en el art. 7º. que "no obstante lo dispuesto en el inciso 1º. del art. 56 de la Ley 153 de 1887, se presupone el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella, siendo soltera o viuda; en consecuencia, tales hijos tendrán el carácter de naturales con relación a su madre, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público". De manera que a los hijos naturales con relación a la madre soltera o viuda, la ley los declara de hecho como tales, teniendo una categoría superior a los demás ilegítimos, aunque inferior a los legítimos. Este principio, como dejamos expuesto en el

capítulo anterior, fue el que informó la legislación de Toro en el derecho Español.

Reconocimiento.—Nuestro Código disponía que podían ser reconocidos los hijos naturales sea voluntariamente en instrumentos público, por acto testamentario, o entablado el hijo demanda contra sus padres para que se le reconozca. Los hijos de concubina, entendiéndose por ésta la mujer que vive públicamente como si fuese casada, si se probare raptó o seducción y este tiempo coincide con la concepción, eran los casos en que el hijo tenía también filiación natural.

La Ley 153 de 1887 en su art. 55 fue la que vino a determinar que el reconocimiento es un caso voluntario y libre del padre que reconoce, aboliendo en esta forma la investigación con el objeto de indagar la paternidad natural, dejando establecido, además, que éste debía hacerse por instrumento público entre vivos o por acto testamentario. El art. 7 de la Ley 57 de 1887 en su parte final estatuyó, expresamente también, que podía efectuarse el reconocimiento firmando por el padre el acta respectiva de nacimiento (en prueba de reconocimiento).

Respecto de los demás hijos ilegítimos, no podían ser reconocidos y la Ley 153 en su art. 66 únicamente admitía el reconocimiento en ciertos casos con el solo objeto de pedir alimentos.

DERECHO HERENCIAL

El art. 1.045 disponía que a los hijos naturales les correspondía una quinta parte de la sucesión de sus padres en concurrencia con la descendencia legítima. Esta disposición quedó reemplazada por el art. 28 de la Ley 57 de 1887 que dispuso que la herencia en este orden de sucesión se divida en dos partes: una exclusivamente para la descendencia legítima y la otra para ser repartida en iguales partes entre éstos y los hijos naturales, modificación ésta que tuvo como causa el que, de acuerdo con el art. 1.045 del Código, un hijo

CAPITULO III

LEY 45 DE 1936

SOBRE REFORMAS CIVILES

(filiación natural)

Con el anterior resumen sobre el desenvolvimiento de nuestra legislación en materia de filiación natural, entramos al estudio de la Ley 45 de 1936 y trataremos de examinar las sustanciales modificaciones que en esta materia introdujo, así como tendremos oportunidad de observar ciertas disposiciones que habiendo sido anteriormente derogadas, en la actualidad han quedado vigentes.

Esta ley en su primera parte dispone: "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. También tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento".

El art. 54 de la Ley 153 de 1887 disponía que para tener la calidad de natural se necesitaba no ser de damnado y punible ayuntamiento, denominación ésta tomada del derecho Español, y de donde surgía, necesariamente, que tanto los hijos adulterinos como los incestuosos no podían tener esta calidad. Es verdad que este principio absoluto vino a ser atenuado con el inciso 2º. del art. 56 de la misma Ley 153, que dispuso que el padre que reconoce no será obligado a expresar la persona en quién o de quién hubo el hijo natural. En esta forma el padre soltero podía reconocer al hijo como natural, y el hijo de madre soltera o viuda por el

natural en determinados casos podía recibir una porción superior a la de un hijo legítimo, y esto sucedía cuando los naturales eran pocos, siendo a su turno muchos los legítimos. Posteriormente el art. 86 de la Ley 153 de 1887 estatuyó el sistema por el cual la descendencia legítima excluye a todo otro heredero, el mismo que rigió entre nosotros hasta el año pasado.

En los demás órdenes de sucesiones concurrían con los ascendientes y cónyuge, correspondiéndoles una quinta parte de la masa partible. Cuando concurrían con hermanos legítimos del causante y con el cónyuge les tocaba una tercera parte.

CAPITULO III

LEY 45 DE 1936

SOBRE REFORMAS CIVILES

(filiación natural)

Con el anterior resumen sobre el desenvolvimiento de nuestra legislación en materia de filiación natural, entramos al estudio de la Ley 45 de 1936 y trataremos de examinar las sustanciales modificaciones que en esta materia introdujo, así como tendremos oportunidad de observar ciertas disposiciones que habiendo sido anteriormente derogadas, en la actualidad han quedado vigentes.

Esta ley en su primera parte dispone: "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. También tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento".

El art. 54 de la Ley 153 de 1887 disponía que para tener la calidad de natural se necesitaba no ser de dañado y punible ayuntamiento, denominación ésta tomada del derecho Español, y de donde surgía, necesariamente, que tanto los hijos adulterinos como los incestuosos no podían tener esta calidad. Es verdad que este principio absoluto vino a ser atenuado con el inciso 2º. del art. 56 de la misma Ley 153, que dispuso que el padre que reconoce no será obligado a expresar la persona en quién o de quién hubo el hijo natural. En esta forma el padre soltero podía reconocer al hijo como natural, y el hijo de madre soltera o viuda por el

solo hecho del nacimiento adquiría esta calidad, siempre que no hubiere impugnación; el principio que se refiere a la madre es el mismo en la actualidad.

Con el hijo concebido por mujer casada no sucedía lo mismo cuando éste era habido con persona distinta de su esposo, ni el padre podía reconocer a un hijo habido fuera del matrimonio estando éste casado.

La Ley 45 en el art. que hemos transcrito amplía el concepto sin hacer ninguna restricción, derogando las disposiciones que establecían diferenciación en grupos de filiación ilegítima, partiendo de la unión de donde procedían y determinando, a su vez, que es hijo natural el hijo nacido de padres "que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí", siempre que hayan sido reconocidos de conformidad con esta ley.

Los derechos que adquieren son unos mismos, quedando abolida también la denominación de hijos alimentarios, que determinaba el art. 66 de la Ley 153, que disponía que podían ser reconocidos todos los hijos ilegítimos con el objeto de pedir únicamente alimentos, sin reconocerles ningún otro derecho, una vez que el art. 71 disponía que si el demandado confesaba ser padre, sería obligado a suministrar alimentos, pero sólo en cuanto fuesen necesarios para su precisa subsistencia.

Respecto de los hijos adulterinos, la Ley 45 dispone en su art. 3º. que pueden ser reconocidos como naturales, siempre que el marido los desconozca, y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo; porque de lo contrario es muy lógico que el tal sería considerado como hijo legítimo por la presunción que sobre el particular existe.

Reconocimiento.—En relación con el reconocimiento, nuestra legislación anterior, puede decirse, que sólo admitía el reconocimiento voluntario, pues el art. 55 de la Ley 153 de 1887, estatuyó que: "el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconozcan".

Como una excepción a este principio general la ley establecía el derecho en favor de los hijos ilegítimos para pedir tan sólo que se le suministre alimento.

Esta clase de reconocimientos voluntarios debían ser solemnes, de tal modo que no podían verificarse sino por escritura pública o acto testamentario. La nueva ley, además de admitir estas formas, establece que el reconocimiento puede hacerse en el acta de nacimiento o mediante manifestación hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el acto principal del acto.

Investigación de la paternidad.—La ley que analizamos admite la investigación de la paternidad, no de una manera general, sino en determinados casos señalados expresamente, y que son: 1º.—"En el caso de raptó o violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción; 2º.—En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción; 3º.—Si existen cartas u otro escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción; 4º.—En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación, y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que se empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron; 5º.—Cuando se acredite la posesión notoria del estado del hijo.

El sistema de la investigación judicial existió en nuestra legislación, como lo hemos visto en el capítulo anterior, y establecía para ello presunciones similares de las que dispone la Ley 45, como las referentes al raptó, seducción y concubinato. Sin embargo, estos preceptos fueron derogados posteriormente por medio de la Ley 153 de 1887 que únicamente aceptó el reconoci-

miento voluntario, pero con la excepción establecida por los arts. 66 y 71 de la misma ley, que permitían la indagación de paternidad con el objeto de pedir alimentos.

La Ley 45, además de señalar expresamente los casos en los cuales se puede investigar la paternidad, indica en sus disposiciones la forma en que debe realizarse.

PATRIA POTESTAD

Una de las innovaciones principales que trae esta ley es el beneficio de la patria potestad para los hijos naturales, cosa ésta que no existía en ninguna de nuestras legislaciones anteriores. Entendiéndose por ésta "el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone". La patria potestad, según el nuevo estatuto, y refiriéndose a la filiación natural, le corresponde a la madre, más el juez con conocimiento de causa y a petición de parte puede conferirla al padre en interés del hijo.

El hijo natural tiene ahora, además de los derechos de cuidado personal, crianza, educación (derechos que les reconocía nuestra anterior legislación) el de la patria potestad. Antiguamente quedaba sin representación el hijo ilegítimo incapaz, sometido a las reglas generales de la guarda de menores.

DERECHO HERENCIAL

En cuanto a los derechos sucesoriales, modifica notablemente esta ley a nuestra anterior legislación, y es así como admite, en primer término, la concurrencia de los hijos naturales con los legítimos, en una porción igual a la mitad de éstos, y en ausencia de descendencia legítima, son llamados los hijos naturales preferencialmente, así: en concurrencia de ascendientes legítimos y de cónyuge, no se divide como antes la he-

rencia en cinco partes, correspondiendo: tres para los ascendientes, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales, sino en cuatro partes: Una para el cónyuge y las tres partes restantes entre los hijos naturales y los ascendientes, por cabeza.

Si el de cujus no ha dejado descendientes, ni ascendientes legítimos, la herencia en el tercer orden de sucesiones se dividirá en dos partes: una para los hijos naturales y la otra para el cónyuge. El sistema anterior ordenaba en este caso hacer la división en tres partes: una para los hermanos legítimos y las otras dos para el cónyuge y los hijos naturales.

En beneficio de los hijos naturales la Ley 45 de 1936 dispone en su art. 23, que la cuarta de mejoras corresponderá a la descendencia legítima o a la descendencia NATURAL.

Por el análisis y las breves explicaciones que preceden, es fácil deducir que el objeto de la reforma alcanzado por la Ley 45 de 1936, que hemos comentado, se concreta en CINCO puntos principales:

Primero.—Aplicación del concepto de hijos naturales a los demás grupos de filiación ilegítima, tales como los adulterinos e incestuosos.

Segundo.—Creación de nuevas formas de reconocimiento, entre las cuales podemos señalar la del reconocimiento, mediante manifestación expresa ante el juez respectivo.

Tercero.—Investigación de la paternidad, declaración judicial de ésta en determinados casos.

Cuarto.—Representación legal del hijo natural para mejorar la condición civil de estos hijos.

Quinto.—Mayor participación económica en la sucesión de sus padres.

Para terminar el estudio de este capítulo, no estará por demás anotar en seguida los principios de algunas legislaciones contemporáneas, en las cuales se inspiró el legislador patrio para implantar la reforma y concederles a los hijos naturales los derechos que hoy se les otorga.

Respecto de la abolición de los distintos grupos de filiación ilegítima, las legislaciones Inglesa, Alemana, Austriaca, de los Estados Unidos, y varias otras que las han seguido, no establecen distinción ninguna, dándoles, por consiguiente, el mismo tratamiento tanto a los hijos incestuosos como a los adulterinos y demás ilegítimos.

La Ley 12 de 1912 de la legislación francesa, establece casos similares a los de nuestra Ley 45, en los cuales puede el hijo probar, por otros medios distintos a la confesión, quién es su padre, y exigirle el cumplimiento de sus obligaciones: 1º.—En el rapto o violación que coincide con la época de la concepción; 2º.—En el de seducción realizada por medios dolosos, como abuso de autoridad y promesa de matrimonio, siempre que exista un principio de prueba por escrito, en términos del art. 1347 del C. C.; 3º.—En el caso que existan cartas u otros documentos privados que provengan del presunto padre y de los cuales resulte una conjetura no equívoca de la paternidad; 4º.—En el caso de que los pretendidos padres hayan vivido en concubinato notorio en el período legal de la concepción; 5º.—En el caso de que el pretendido padre haya acudido y tomado parte en la manutención y educación del hijo en calidad de padre”.

Las legislaciones de Suiza, Bélgica, España, Brasil, Alemania y otras similares también han establecido casos parecidos en los cuales se puede investigar la paternidad.

En referencia a la representación legal del hijo, la ley francesa de 2 de julio de 1907 estableció dicha representación para los hijos naturales, estatuyendo que adquiere la patria potestad el padre que primero lo haya reconocido, y la cual está regulada como la relativa a los hijos legítimos.

En la Argentina se reconoce también la patria potestad para los hijos naturales y el art. 264 de su Código dispone que ésta le corresponde a la madre, o al

que reconozca al hijo, o aquél que haya sido declarado su padre o su madre.

La legislación Española establece que están bajo la potestad del padre o de la madre los hijos naturales en el art. 154 del Código Civil. Sobre los derechos herenciales de los hijos ilegítimos, la ley francesa de 25 de marzo de 1896 estableció que los hijos ilegítimos tienen la mitad de la porción que les corresponde a un legítimo; con ascendientes o hermanos, las tres cuartas partes, y con otros colaterales la totalidad de la herencia.

En Italia, de acuerdo con el art. 744 del Código, tienen los hijos naturales, en el primer orden de sucesión, derecho a la mitad de lo que le correspondería si fuera legítimo, y en los demás órdenes de sucesión son llamados preferentemente.

Las legislaciones Uruguay y Española reconocen también derechos preferenciales a los hijos naturales en la herencia de sus padres.

PARTE SEGUNDA

CAPITULO I

CRITICA DE LA LEY 45 DE 1936

CONTRADICCION DE ALGUNAS DE SUS DISPOSICIONES

Una de las observaciones fundamentales que puede formularse a la Ley 45, es la de haber incidido en los mismos errores de técnica jurídica que tradicionalmente se venía observando, tanto por los autores como por la doctrina, acerca de las disposiciones pertinentes y derogadas por esta misma ley. Es inexplicable en los legisladores de 1936 esta deficiencia, porque uno de los puntos que movía su ánimo de reforma era el de evitar las contradicciones o antinomias referentes a la sucesión de los hijos naturales que por mucho tiempo venían siendo fuente de dificultades que entorpecieron el reclamo de su justa porción hereditaria.

Nos toca, pues, analizar con criterio jurídico los arts. correspondientes de la ley que comentamos, para que se vea de manera clara que nuestra crítica a los autores de esta ley se basa en el principio de que es necesario conservar, ante todo, la armonía en las disposiciones del Código que salva el criterio de técnica jurídica que debe presidir la orientación general en las instituciones civiles. Y esta crítica es tanto más justificable cuanto que los legisladores en su afán de subsanar las anteriores dificultades, incidieron en las mismas y, además, agravaron y crearon nuevos problemas con agregaciones y alteraciones, que impuestas sin un estudio detenido, contribuirán en lo futuro a litigios innumerables.

DESARROLLO Y CONTENIDO DE LA CUESTION

Tratamos de reducir nuestro pensamiento respecto de la crítica que formulamos a la Ley 45 de 1936, a los siguientes puntos:

1º.—Existe contradicción entre lo dispuesto en el art. 20 sobre los derechos de sucesión intestada atribuidos a los hijos naturales, y lo que dispone el art. 23 sobre derechos de los legitimarios y cuarta de mejoras con relación de estos mismos hijos? o, por el contrario, hay lugar a establecer una perfecta correspondencia y armonía entre estas disposiciones, y en caso de que la contradicción o antinomia resulte evidente, ¿cuál de ellas hemos de preferir? y ¿qué criterio se ha de aplicar al respecto?

2º.—Existiendo contradicción entre las disposiciones anteriormente citadas, será posible llevar a efecto el reparto prescrito por el art. 19 de la misma ley que comentamos, sin perjuicio de los derechos del hijo natural que le corresponde en su calidad de legitimario y de asignatario forzoso de la cuarta de mejoras de conformidad con lo establecido por el art. 23?

ANALISIS

Primer punto.—Por el art. 20 se dispone lo siguiente: *"Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes legítimos, le suceden sus hijos naturales y su cónyuge. La herencia se divide en dos partes: una para el cónyuge y la otra para los hijos naturales."*

No habiendo cónyuge sobreviviente, la herencia corresponde íntegramente a los hijos naturales.

El art. 23, a su vez, dispone lo siguiente: *"la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el art. 1016, y las agregaciones indicadas en los arts. 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su legítima rigurosa."*

No habiendo descendientes legítimos ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

Habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la MITAD del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las MEJORAS con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, o HIJOS NATURALES, o descendientes legítimos de éstos, sean o no legitimarios; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio."

Al estudiar los arts. que se dejan transcritos, la primera cuestión que se presenta es la de establecer de una vez el conflicto que resulta de su contenido, y cualquiera que sea el concepto que se tenga para resolverlo, es necesario, para proceder con claridad y mejor conocimiento del problema, hacer un breve recuento de los antecedentes que informaron el ánimo de los legisladores que implantaron la reforma.

El primer art. que hemos transcrito, o sea el art. 20, vino a modificar el art. 1047 del C. C. que reglamentaba el tercer orden de sucesión, determinando en su primer inciso la división de la herencia en tres partes que correspondían a los hermanos legítimos, al cónyuge y a los hijos naturales. Según la nueva disposición, los hermanos legítimos fueron excluidos de este orden de sucesión dividiendo la herencia en dos partes: la una para el cónyuge y la otra para los hijos naturales.

Con esta sustancial modificación el legislador pretendió, por una parte, mejorar tanto los derechos del cónyuge como el de los hijos naturales, porque la acrece con la porción que a los hermanos legítimos correspondía; y por otra parte, se propuso evitar el conflicto que se presentaba entre el art. 1047 y el 1242, arts. que entrañaban una evidente contradicción consistente en que de acuerdo con el inciso 1º. del art. 1047 del C. C. sólo se les reconocía a los hijos naturales la tercera

parte del monto de la herencia, al paso que el 1242 les asignaba como legitimarios la mitad de la herencia.

Con esta modificación estimó el legislador resuelta de manera definitiva el conflicto existente entre las disposiciones contradictorias, una vez que en ambos arts. se le asignaba la misma porción hereditaria. Pero el legislador que tan celoso se mostraba en la tarea de evitar cuantos conflictos se presentasen en el reparto de la herencia, incurrió en otro no menos grave ya que olvidó que, en el inciso 3º. del art. 23 dispuso, expresamente, que la asignación forzosa de la cuarta de mejoras correspondía también a la descendencia natural, incurriendo así en una contradicción no menos evidente que la anterior, como se deduce del caso que para mayor ilustración nos permitimos proponer en seguida.

Muere una persona dejando su cónyuge y un hijo natural entre los cuales se ha de repartir un patrimonio de \$ 100.00. Según lo establecido por el art. 20, le correspondería al hijo natural la mitad de la herencia, o sea \$ 50.00, y la otra mitad al cónyuge. Conforme al art. 23, le tocaría la mitad al hijo natural por concepto de su legítima: \$ 50.00; y la cuarta parte, o sea \$ 25.00 por la cuarta de mejoras.

De donde se deduce que es notoria la contradicción porque mientras que ateniéndose a lo ordenado por el art. 20 apenas recibe el hijo natural \$ 50.00, por el art. 23 recibiría \$ 75.00.

Planteado el problema en esta forma, la anomalía que hemos anotado resulta, necesariamente, si las reglas de interpretación aplicadas con un criterio amplio y jurídico no corrigen este error.

A nuestro modo de ver, ésta es, en verdad, una de las cuestiones de más difícil solución en el campo del derecho Civil. Pues con frecuencia sucede que disposiciones aparentemente contradictorias se logran armonizar con el examen detenido que de ellas se haga. Pero en el caso propuesto no es posible descifrar esa armonía, ni hay posibilidad de armonizar las reglas

que en casos similares nos servirían de base para una posible solución.

De tal manera que es forzoso limitarnos de nuestra parte a examinar algunos sistemas en esta materia, no sin dejar de observar que en la aplicación de estos métodos hay apenas una especie de traslado al problema, porque en el fondo adquiere únicamente una nueva faz la tradicional discusión que en nuestro Código existía.

En primer lugar, y en el caso contemplado, se podría argumentar diciendo que no existe tal contradicción, una vez que el art 20 vino a reemplazar al 1047 del Código que se refería a *las sucesiones intestadas*, y que el art. 23 en cambio modifica el 1242 que trata de *las sucesiones testamentarias*.

Con este sistema se llegaría, en primer lugar, al resultado inexplicable de afirmar que el art. 20 únicamente tiene aplicación cuando no exista testamento, y a su vez, el art. 23 en los casos que sí exista. Esta forma de armonizar las disposiciones no es admisible, pues el art. 20 es también aplicable en los casos que existe testamento, ya que muchas veces éste tan sólo se hace con el fin de nombrar un tutor a un legitimario menor, para disponer de un legado, para reconocer a un hijo, etc. y en los bienes no dispuestos por el testador tendrán cabida las reglas de la sucesión intestada.

Con este sistema se llegaría también a la conclusión de que las asignaciones forzosas tienen lugar cuando es aplicable el art. 23, es decir, en las sucesiones testamentarias, lo que tampoco podemos aceptar. Estas asignaciones existen, y así, si una persona muere intestada dejando donaciones a su cónyuge que excedan de la mitad, por ejemplo, de sus bienes, los hijos legítimos tendrán derecho a reclamar su legítima pidiendo la reducción de las donaciones. En el caso de que estas donaciones fueren hechas entre vivos a extraños, que según el art. 1245 ofendan a las legítimas y cuarta de mejoras, tendrán asimismo derecho a la reducción de tales donaciones. Si el difunto muere abintestato dejando hijos naturales y habiendo hecho a uno de ellos

donaciones que según el art. 1243 deben computar a su legítima, es natural que se apliquen estos arts. que se encuentran en el capítulo de la sucesión testamentaria, y que son consecuencia de lo dispuesto por el art. 23.

Por otra parte, el art. 1226 del C. C. señala las asignaciones forzosas que tienen el carácter de una deuda, una carga que la ley suple si no se las hace, haya o no testamento, ya que en otra forma llegaríamos al contrasentido de que la misma ley destruye lo que se propone proteger, y en el caso contemplado esto se efectuaría en el instante que ella misma hace la distribución, violando de esta manera lo que la misma ley prohíbe al individuo.

De lo expuesto se deduce que los dos arts. no se han hecho para casos especiales, una vez que estas disposiciones pueden tener la misma especialidad o la misma generalidad según desde donde se las mire.

Que sería ilógico el sistema que estableciera que cuando el testador dispone de sus bienes se le obligue a dejar una cuota mayor, y que cuando lo hace la misma ley disminuya la porción forzosas, que es el mínimo que le corresponde al heredero.

Que como nuestra legislación admite la sucesión, parte testada y parte intestada, este sistema sería un verdadero emporio de dificultades.

Que con este sistema se llegaría a presentar el caso de pedir la reforma de un testamento por disponer una persona de sus bienes en la misma forma que fueren repartidos si no lo hiciera.

Además, con el sistema que hemos analizado, se prestarían facilidades para aumentar o disminuir las herencias, bien sea haciendo o dejando de hacer testamento.

Para evitar las incongruencias de estos dos artículos, podía argumentarse también que el art. 20 se aplica únicamente a la parte sobrante, cuando en la sucesión hay que deducir legítimas y cuarta de mejoras.

Este sistema también es inadmisble ya que esto no dice el artículo, y su interpretación sería errada a todas luces. En este orden de sucesiones no se divide la herencia ni aun por cabezas, sino que son llamados por clases con perfecta igualdad, de manera que los hijos naturales no tienen más derecho que el cónyuge, sea cual fuere su número. El art. 20 es muy explícito en este particular una vez que dice: "*La herencia se divide en dos partes*" y las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas, a no ser que se quiera en el presente caso darle a una misma palabra varios significados en una misma materia, cosa esta inaceptable.

Por otra parte, esta interpretación pugnaría abiertamente con el espíritu de los legisladores, quienes, se ve, quisieron mejorar en este orden de sucesión la porción del cónyuge excluyendo a los hermanos legítimos, lo que en manera alguna se realizaría en el sistema que analizamos, y antes bien, saldría perjudicado.

No pudiendo conciliar estas disposiciones ya que su vicio fundamental es la antinomia que existe entre ellas, y cuyo resultado estriba en primer lugar en haber determinado el legislador de 1936, en la parte final del art. 23, que la cuarta de mejoras corresponde además de la descendencia legítima, a los hijos naturales o a sus descendientes. Y por otra, al hecho consistente en que nuestro Código cambió la porción legítima que creó don Andrés Bello, que establecía que la legítima de todo legitimario era la porción que le señala la ley como heredero abintestato, y señaló expresamente la legítima en la MITAD de la herencia. Es preciso sacrificar una de las dos disposiciones si se quiere buscar una correcta interpretación para la solución del problema donde él surja, y en el sentir de muchos expositores y en el nuestro, de acuerdo con lo ya expuesto, primará siempre lo ordenado por el art. 23 por las siguientes razones:

a). Los hijos naturales según el art. 1240 son le-

gitimarios, mas no el cónyuge, y por lo tanto éste no puede concurrir en la legítima.

b). La legítima, de acuerdo con el art. 1239, "Es aquella cuota de bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios".

c). La legítima rigurosa no es susceptible de condición, modo o gravamen alguno (art. 1250) y por lo tanto ésta es invariable y no puede ser disminuída, sino por la concurrencia de otros legitimarios de igual o mejor derecho.

d). La cuarta de mejoras es también una asignación forzosa, que la ley suple si el testador no la hace, conforme lo establecido por el art. 1226 del C. C., y además establece una fundamental restricción a la libertad de testar. Esta reserva de la cuarta de mejoras, que antes sólo se concedía a favor de los descendientes legítimos, se hizo extensiva a virtud de la nueva ley a los hijos naturales y a su descendencia legítima. De suerte que no habiendo descendientes legítimos acrece, si así pudiéramos decir, toda la porción de la cuarta de mejoras a los hijos naturales por consecuencia lógica.

e). No vale el argumento de que las asignaciones forzosas se establecen cuando hay testamento, por que es bien sabido que si aplicáramos este criterio, resultaría el absurdo de que en caso de no haber testamento también se privaría de alimentos forzosos y de la porción conyugal a los respectivos herederos. Pues en el mismo caso se encuentran las asignaciones forzosas de las legítimas y de la cuarta de mejoras.

f). Las legítimas y cuarta de mejoras constituyen una verdadera deuda, para el de-cujus, y por consiguiente es natural que en ellas únicamente deben tomar parte los acreedores, que en el caso propuesto sólo les correspondería a los hijos naturales, puesto que se trata de una sucesión a la que únicamente concurren el cónyuge y un hijo natural.

CAPITULO II

ANALISIS DEL SEGUNDO PUNTO

Como ya lo dejamos anotado, el segundo problema se plantea en esta forma: ¿Habiendo demostrado la contradicción existente entre el art. 20 y el 23 de la Ley 45, tantas veces citada, hay lugar a establecer una contradicción semejante entre lo dispuesto por el art. 19 y el mismo art. 23, sin perjuicio de los derechos del hijo natural en su calidad de legitimario y de asignatario forzoso de la cuarta de mejoras, de conformidad con lo establecido por esta última disposición?

Por más que se analice no vemos el modo lógico y racional de armonizar estos textos legales, y por consiguiente, tenemos que concluir, como en el caso anterior, con una respuesta afirmativa: la contradicción es evidente.

Para comprobar nuestro aserto bástenos decir que el problema surgido de los arts. en cuestión, guarda la misma proporción tanto en su planteamiento como en su solución, del que se presenta entre las disposiciones 20 y 23 que anteriormente estudiamos, y que nos releva por lo mismo, de todo análisis y de toda prueba. Pero como en materias de investigación jurídica este criterio sería tachado como de ligero y apriorístico, menester es que nos detengamos en su análisis, para lo cual parécenos más conveniente la ilustración del caso con ejemplos prácticos que nos sacarán evidentes en nuestra afirmación.

Se trata, por ejemplo, de repartir una herencia que vale \$ 100.00 entre el cónyuge, dos hijos naturales y un ascendiente legítimo.

El artículo 19 dispone: "Si el difunto no deja posteridad legítima, le suceden sus hijos naturales, sus

ascendientes legítimos de grado más próximo y su cónyuge. La herencia se dividirá en cuatro partes: una para el cónyuge, y las otras tres para repartirlas por cabeza entre los ascendientes legítimos y los hijos naturales" Y. por otra parte el art. 23 dispone, tratándose de este orden de sucesiones, es decir, cuando no concurren hijos legítimos, que les corresponde a los hijos naturales además de su legítima rigurosa, toda la cuarta de mejoras.

De tal manera que en el ejemplo propuesto tenemos estos distintos repartos:

SEGUN EL ARTICULO 19:

Cónyuge.....	\$ 25-00	(Por razón de su cuarta herencial) (Cuota que le corresponde hecho el reparto por cabezas),		
Hijo natural.....	25-00			
Hijo natural.....	25-00	id.	id.	id.
Ascendiente legítimo.....	25-00	id.	id.	id.
Suman.....	\$ 100-00			

SEGUN EL ARTICULO 23:

Cónyuge.....	\$ 25-00	(Cuarta herencial). (Que se descomponen así: \$ 16-66 por concepto de su legítima, en concurrencia con el ascendiente legítimo en el otro hijo natural; y \$ 12-50 por razón de la mitad de la cuarta de mejoras, deducida la mitad del otro hijo natural).		
Hijo natural.....	29-16			
Hijo natural.....	\$ 29-16	id.	id.	id.
Ascendiente legítimo.....	16-66	(Por concepto de su tercera legítima en concurrencia con los dos hijos naturales).		
Suman.....	\$ 99-98			

Otro ejemplo.—La misma herencia se va a repartir entre el cónyuge, un hijo natural y dos ascendientes legítimos. Entonces tenemos que la herencia se ha de repartir así: según el art. 19 a \$ 25.00 cada uno; y según lo dispuesto por el art. 23 el reparto se haría en esta forma: \$ 25.00 al cónyuge; \$ 16.66 a cada uno de los dos ascendientes por razón de su tercera legítima en la mitad de la herencia; y \$ 41.66 al hijo natu-

ral, descompuestos así: \$ 16.66 por concepto de su tercera parte de la mitad legítima, más \$ 25.00 de su cuarta de mejoras.

Como se ve por los ejemplos que acabamos de proponer, la incongruencia de los arts. que comentamos resulta manifiesta. Pero hay más todavía. El segundo inciso del art. 19 dice textualmente: "No habiendo cónyuge sobreviviente la herencia se divide entre los ascendientes legítimos y los hijos naturales, por cabezas". Lo que vale decir que si suponemos, como en el caso anterior, que la herencia vale \$ 100.00 y se trata de dividirlos entre dos ascendientes y un hijo natural a cada uno de ellos les corresponderían \$ 33.33. Pues bien, también en este caso el reparto no puede llevarse a efecto, o mejor dicho, surge de nuevo el conflicto con lo establecido por el art. 23 porque de acuerdo con esta disposición al hijo natural le corresponderían \$ 49-99 y a cada uno de los ascendientes \$ 25.00.

De todo lo cual, por los ejemplos transcritos y por el análisis consiguiente, bien podemos concluir observando que el legislador en esta materia se apartó, en las sucesiones testadas, del criterio seguido cuando reguló las sucesiones intestadas. Cabe también anotar como consecuencia de este estudio que la anomalía resultante de la incongruencia de los arts. 19 y 23 no puede ser resuelta sino con el criterio que nos guio para resolver el conflicto del citado art. (23 y el 20, porque entre otras muchas razones que allí apuntamos, debemos rechazar como contrario a la razón todo sistema conforme al cual la suerte de determinados herederos dependa de la contingencia de haber o no testamento.

Casos como el presente, dice un eminente expositor, suceden con frecuencia cuando hay legisladores que creen fácil introducir modificaciones sin el debido conocimiento que ellas entrañan.

CAPITULO III

OTRAS OBSERVACIONES

Habiendo dejado expuestos los errores de que a nuestro concepto adolece la Ley 45, séanos permitido, antes de poner fin a este trabajo, plantear someramente algunas otras observaciones y exponer ciertas dudas surgidas a través del estudio de la mencionada reforma.

En primer lugar, anotamos que en el Art. 21 que trata del cuarto orden de sucesiones, los hermanos legítimos excluyen a los naturales, y en el Art. 22 que reglamenta la sucesión de un causante de filiación natural, si concurren los hermanos legítimos con los naturales. Inconsecuencia marcada en el criterio del legislador que quiso mejorar la condición económica de los hijos naturales, y en el caso que anotamos no se ve además la razón de esta falta de reciprocidad.

El art. 18 dispone: "Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales. Cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos, y *sin perjuicio de la porción conyugal*".

¿La parte final del citado artículo se referirá a que la porción conyugal no puede ser disminuída y que debe ser separada en primer término de conformidad únicamente con el artículo 1236 del C. C.? ¿o al contrario, en el art. 18 la porción conyugal ya es disminuída con la presencia de los descendientes?

A la luz de simples conceptos de razón es más que lógico y natural observar, que en manera alguna,

las ligerísimas anotaciones y los defectos que hemos señalado al contexto mismo de la Ley 45, no entrañan una crítica adversa al fondo mismo de la reforma que responde a una necesidad social y consulta principios de justicia. Redúcese, pues, nuestra crítica a simples observaciones en cuanto a técnica jurídica se refiere, crítica que es resultado más bien del interés que tenemos porque se tomen en cuenta estas observaciones, si es que merecen ser tenidas en tal, mientras la jurisprudencia deja expedito el campo a una mejor solución de parte de los legisladores.

UNIVERSIDAD DE COLOMBIA
BIBLIOTECA GENERAL

INDICE

Nociones generales	7
--------------------------	---

PARTE PRIMERA

CAPITULO I

Legislación Romana	11
Legislación Española	14

CAPITULO II

Legislación Colombiana	19
------------------------------	----

CAPITULO III

Ley 45 de 1936	23
----------------------	----

PARTE SEGUNDA

CAPITULO I

Crítica de la Ley 45 de 1936	31
------------------------------------	----

CAPITULO II

Análisis del segundo punto	39
----------------------------------	----

CAPITULO III

Otras observaciones	42
---------------------------	----

República de Colombia -- Universidad Nacional
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Bogotá.

Aprobada. Puede publicarse.

El Decano,

Carlos Arango Vélez.

AN/
D346.2
C19

Inventario 16080

Autor: Caviedes Arteaga Mario

Título: Reforma legislativa de 1936
sobre hijos naturales

Fecha Devol.	NOMBRE	Carnet

AN
D346.2
C19

16080

e