UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

"FILIACION EXTRAMATRIMONIAL"

Tesis de grado para optar al título de

ABOGADO

JULIO CESAR MONTENEGRO NARVAEZ

Pasto - Colombia
1.983

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Presidente de Tesis
DOCTOR LUIS ALFREDO FAJARDO ARTURO

"FILIACION EXTRAMATRIMONIAL"

Tesis de Grado para optar el título de
ABOGADO

Director
DOCTOR CARLOS ASTUDILLO GUERRERO

JULIO CESAR MONTENEGRO NARVAEZ

Pasto - Colombia
1.983

Presidente de Tesis

DOCTOR LUIS ALFREDO FAJARDO ARTURO

Presidente Honorario

DOCTOR CARLOS ALBORNOZ GUERRERO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y MEDIOS AUDIOVISUALES
298521
No. .....
Valor $ .....
Fecha .....
Fac .....
Biblioteca ..... Comp. .....

DEDICATORIA:

A mis abuelos
A mis padres
A mi esposa
A mis hijos

"Pueden también los particulares publicar los códigos y colecciones legislativas con notas y comentarios, siendo cada autor dueño de su propio trabajo".
(Ley 86 de 1.946 Artículo 17).

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
298521
No. .....
Valor $Hono =
Fecha 11-20-83
Fac. Derecho
Librería autor
Fl. 1
Comp. .....

"Pueden también los particulares publicar los códigos y colecciones legislativas con notas y comentarios, siendo cada autor dueño de su propio trabajo".

(Ley 86 de 1.946 Artículo 17).

298521

AN
T
D346.2
M778
Ej.1

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCION 1

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA FAMILIA 4

1. LA FAMILIA 4
1.1 Concepto de Familia 5
2. CONCEPCIONES DE LA FAMILIA 6
2.1 Familia Natural 6
2.2 Familia Natural y Moral 6
2.3 La Familia Adoptiva 7
3. LA UNION LIBRE 7
4. CARACTERISTICAS DE LA FAMILIA 9
5. EL DERECHO DE FAMILIA 11
6. CLASES DE FAMILIA 13
6.1 Familia Legítima 13
6.2 Familia Ilegítima 14
7. REQUISITOS DE TODA LEGITIMACION 14
8. DIFERENCIAS ENTRE FAMILIA LEGITIMA E ILEGITIMA 15

CAPITULO II

NORMAS QUE RIGEN EL DERECHO DE FAMILIA 16

1. LA LEY COLOMBIANA FRENTE AL CAMBIO DE LA FAMILIA 16
1.1 Esfuerzo de la Ley Colombiana por adoptarse al cambio familiar 18

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la Tesis, las cuales deben considerarse como propias de su autor".

(Acuerdo No. 108 de 1.965 Artículo 70).

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
ANTECEDENTES DE LA FAMILIA	4
1. LA FAMILIA	4
1.1 Concepto de Familia	5
2. CONCEPCIONES DE LA FAMILIA	6
2.1 Familia Natural	6
2.2 Familia Natural y Moral	6
2.3 La Familia Adoptiva	7
3. LA UNION LIBRE	7
4. CARACTERISTICAS DE LA FAMILIA	9
5. EL DERECHO DE FAMILIA	11
6. CLASES DE FAMILIA	13
6.1 Familia Legítima	13
6.2 Familia Ilegítima	14
7. REQUISITOS DE TODA LEGITIMACION	14
8. DIFERENCIAS ENTRE FAMILIA LEGITIMA E ILEGITIMA	15
CAPITULO II	
NORMAS QUE RIGEN EL DERECHO DE FAMILIA	16
1. LA LEY COLOMBIANA FRENTE AL CAMBIO DE LA FAMILIA	16
1.1 Esfuerzo de la Ley Colombiana por adoptarse al cambio familiar	16

Pág.

2. BREVE ANALISIS DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LAS SIGUIENTES NORMAS 18
2.1 Del Acuerdo Concordatorio 18
2.2 Del Decreto 2820 de 1.974 19
2.3 De la Ley 1a. de 1.976 20
2.4 De la Ley 5a. de 1.975 22
2.5 De la Ley 29 de 1.982 25

CAPITULO III

DE LA FILIACION 29

1. NOCIONES GENERALES 29
1.1 Naturaleza Jurídica 30
2. DEFINICIONES 31
2.1 Derecho comparado 32
3. CLASES 40
3.1 Filiación Legítima 41
3.2 Filiación Ilegítima 41
3.3 Filiación adoptiva 41
4. ELEMENTOS DE LA FILIACION 41
5. TITULARES DE LA ACCION DE IMPUGNACION 42

CAPITULO IV

FILIACION NATURAL 45

1. GENERALIDADES 45
2. RESEÑA HISTORICA DEL ESTATUTO LEGAL DE LOS HIJOS NATURALES 47

Pág.

3. EL HIJO NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL 51
3.1 Concepto de la Corte Suprema de Justicia 54
4. RECONOCIMIENTO DEL QUE ESTA POR NACER 61
5. PERSONERIA PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO 61
6. FORMAS DE HACER EL RECONOCIMIENTO 62
7. RECONOCIMIENTO POR CONFESION FICTA O PRESUNTA 66
8. IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO 71
9. CASOS EN LOS CUALES PUEDE SER RECONOCIDO EL HIJO DE MUJER CASADA 72

CAPITULO V

DECLARACION JUDICIAL A LA PATERNIDAD 76
1. RECLAMACION DE ESTADO DE HIJO NATURAL 76
1.1 Competencia 76
2. REVISION DE LA SENTENCIA 78
3. PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ DEL CIRCUITO 79
4. CASOS EN QUE SE PRESUME LA PATERNIDAD Y HAY LUGAR A DECLARARLA JUDICIALMENTE 80
5. EXCEPCIONES QUE PUEDEN PROPONERSE 95
6. EFECTOS DE LA SENTENCIA 100
7. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA FILIACION 101

CAPITULO VI

DE LA LEY 29 DE 1.982 104
1. EXPOSICION 104
2. JURIDICIDAD DE LA IGUALDAD 110
2.1 La Igualdad 110

Pág.

3. FUNDAMENTOS DE LA IGUALDAD 111
3.1 De los Hijos Legítimos y Extramatrimoniales 111
4. TRATAMIENTO PERSONAL 113
5. IGUALDAD DE ORIGEN 114
6. PROTECCION FAMILIAR[117
7. NATURALEZA JURIDICA 122
7.1 Relaciones Familiares 122
7.2 Relaciones Sucesorias 124
8. OTRAS LEGISLACIONES 125

CAPITULO VII

CONCLUSIONES 130
1. AL OLVIDAR EL ENORME VALOR INSTITUCIONAL DE LA FAMILIA 130
2. POR QUE NO EXISTE UN CODIGO DE FAMILIA 132
3. PERSPECTIVAS DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DADO SUS ANTECEDENTES 137
4. EFECTOS PATRIMONIALES DE LA LEY 29 DE 1.982 149
5. IMPORTANCIA LEGISLATIVA 156
6. POR QUE EL CALIFICATIVO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL 158

INTRODUCCION

He abordado el Derecho de Familia, y queriendo hacer una modesta contribución, para que la institución Familiar sea protegida jurídicamente en base a un Código, y no mediante una recopilación de leyes, que casuísticamente se han ido expidiendo en el país, debe así mismo existir una legislación de menores, bien sea un Código o Estatuto del menor, para terminar con tantas leyes dispersas en los cinco libros del Código Civil, Código Penal, Laboral, Comercial y Leyes expedidas por el Congreso Nacional.

El desenvolvimiento cultural del pueblo colombiano, sus condiciones históricas, nos permiten concluir que la familia tiene un valor fundamental en la conciencia colectiva. Esta valoración exige realmente una ordenada, clara y accesible legislación de familia que satisfaga las exigencias del grupo familiar colombiano, por cuanto que la actual y como ya lo manifesté, no responde a las aspiraciones de la institución familiar y como tal está muy lejos de garantizar la protección que en los tiempos modernos ella demanda, y no se adapta a las realidades históricas de nuestra cambiante sociedad, quedará reducido a un simple conjunto de normas, que nunca expresará el sentimiento del grupo socio-familiar.

Teniendo en cuenta que los menores en nuestro país, constituyen más de la mitad de la población colombiana y este sector afronta graves problemas como el abandono del menor, limitaciones de los derechos de los hijos nacidos en uniones extramatrimoniales, negaciones del reconocimiento de los hijos por parte de sus padres, la forma de reconocimiento, sus derechos herenciales, etc., son puntos que desarrollaré a través del presente trabajo, bajo el título "Filiación

Extramatrimonial", sin lugar a dudas que representa una gran preocupación la situación del menor y debemos luchar por la defensa de los derechos de los niños, con el objeto de garantizar una vida digna y decorosa y evitar de esta manera que los padres se escuden en la ignorancia que pesa sobre las obligaciones familiares.

En 1.955 en el X Congreso Panamericano del Niño, que se realizó en Panamá por todos los Estados Americanos, se recomendó establecer un nuevo derecho llamado Código o Estatuto del Niño, del menor o de la familia, que en Colombia no ha sido expedido hasta la presente, pero si existe en muchos países de América.

En Colombia ha evolucionado muy lentamente los derechos de los hijos extramatrimoniales, para lograr la igualdad de derechos herenciales con la Ley 29 de 1.982, esta evolución, toma sus inicios con el Código Civil de 1.873, pasando luego por la Ley 57 de 1.887, posteriormente le obligan al padre a suministrar alimentos pero solo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia con la Ley 153 de 1.887, es así como llegamos al gran avance fundamental en la protección del hijo extramatrimonial con la Ley 45 de 1.936, que acepta que no puede considerarse al hijo responsable de las actuaciones de sus padres.

Tienen que pasar muchos años hasta llegar a la Ley 75 de 1.968 de gran importancia en la investigación de la paternidad natural sin embargo, se quedó corta esta ley en lo referente a los efectos patrimoniales, hasta encontrarnos con la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos con la Ley 29 de 1.982.

Todo este peregrinar ha tenido que transcurrir para lograr obtener

algunas reinvindicaciones los hijos extramatrimoniales, estos derechos, su historia, la filiación, comparación del derecho colombiano frente a otras legislaciones serán entre otros temas que desarrollaré en el presente trabajo, teniendo en cuenta que las personas deben ser iguales tanto en el nacimiento como en su muerte, y superar de esta manera las objeciones implantadas a los hijos extramatrimoniales.

Ha nacido correlativamente el Derecho de Familia con la vida misma, desde el mismo momento en que tuviera origen la vida humana, si bien es cierto que fueron muchos los años que tuvieron que transcurrir para que se empezaran a dar los primeros pasos para la constitución de sus primeras leyes puesto que las sociedades existen y tienen que ser administradas. Esto implica que el hombre conforme una sociedad y que como tal debe regularse sus principios fundamentales.

Vale la pena recordar aquella frase de Aristóteles que dice: "El hombre es por naturaleza un animal social", frase esta que es la interpretación de que el hombre vive en sociedad por ley natural, sin ningún tipo de coacción, contratos o solemnidades que conlleven a justificar su presencia en ella.

Del mismo pensamiento es Hocker, filósofo británico, que considera la sociedad como natural al hombre, la condición natural, le parece ser el estado de guerra de todos contra todos, estado para el cual no tendríamos más solución, que una sociedad que imponga el orden y la justicia. Se puede concluir bajo este pensamiento, que si bien es cierto existe el hombre también deben existir unas medidas que regulen su forma de vivir, bajo estas premisas tiene asidero el "Derecho de Familia", que debe marchar al compás del desarrollo actual de la sociedad.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA FAMILIA

1. LA FAMILIA.

Ha nacido correlativamente el Derecho de Familia con la vida misma, desde el mismo momento en que tuviera origen la vida humana, si bien es cierto que fueron muchos los años que tuvieron que transcurrir para que se empezaran a dar los primeros pasos para la constitución de sus primeras leyes puesto que las sociedades existen y tienen que ser administradas. Esto implica que el hombre conforma una sociedad y que como tal debe regularse sus principios fundamentales.

Vale la pena recordar aquella frase de Aristóteles que dice: "El hombre es por naturaleza un animal social", frase esta que es la interpretación de que el hombre vive en sociedad por ley natural, sin ningún tipo de coacción, contratos o solemnidades que conlleven a justificar su presencia en ella.

Del mismo pensamiento es Hooker, filósofo británico, que considera la sociedad como natural al hombre, la condición natural, le parece ser el estado de guerra de todos contra todos, estado para el cual no tendríamos más solución, que una sociedad que imponga el orden y la justicia. Se puede concluir bajo este pensamiento, que si bien es cierto existe el hombre también deben existir unas medidas que regulen su forma de vivir, bajo estas premisas tiene asidero el "Derecho de Familia", que debe marchar al compás del desarrollo actual de la sociedad.

Antes de abordar el tema central, es conveniente tratar, en líneas generales un punto íntimamente relacionado con ella, es: La Familia. Esta es y sigue siendo la base de nuestra organización social.

1.1 Concepto de Familia.-

La palabra familia en un sentido amplio es la expresión genérica que abarca todos los parientes dentro de los límites que el legislador determina. Pero en el sentido estricto es un grupo de individuos que consta de los padres y de los hijos, esto es, de la sociedad natural que nace del matrimonio y de la filiación. Manuel Somarriva Undurraga nos trae una definición en sentido restringido que dice: "La Familia es el conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción."

Valencia Zea dice que familia: "Son aquellas personas que viven bajo un mismo techo, unidas por los nexos de la sangre". Esta definición no me parece lo suficientemente acertada por cuanto no llena el requisito de la precisión siempre que excluye de ello el cónyuge y a los hijos adoptivos. Somarriva da un mejor concepto de la familia, manifestando que "son aquellas personas unidas por el matrimonio o por el parentesco".

La familia es una agrupación natural por el hecho de nacer del instinto genérico. Cualquiera que sea la forma política de cada sociedad encontramos un grupo primitivo que se siente en todos los grados de cultura aún en los salvajes, es la familia. Antes de constituirse el estado, ya existía, ella es una realidad indiscutible. Si se quiere

una organización jurídica y política de la sociedad, es necesario tomar como punto de partida el primer grupo humano naturalmente organizado, cual es la familia, ya que ella es la base de toda estructura social y de ella se avanza a formas más complejas dentro de la comunidad.

La familia produce consecuencias jurídicas de gran importancia tanto entre los cónyuges como con respecto a los hijos. Bajo la protección de la ley y el control de los poderes públicos, se desenvuelve la personalidad humana de los esposos y de la prole.

2. CONCEPCIONES DE LA FAMILIA.

Hay tres concepciones de la familia a saber:

2.1 Familia Natural.-

Hacer que la familia descanse sobre un fundamento puramente natural. Toda unión entre un hombre y una mujer constituye una familia y todo hijo de esa unión, es miembro de esa familia. La unión libre sería entonces, la suerte de una familia.

2.2 Familia Natural y Moral.-

Exigir un fundamento a la vez natural y moral. La voluntad de un grupo estable y duradero de someterse a un estatuto jurídico que consagre la permanencia y estabilidad, resulta indispensable. Tal unión resulta del matrimonio y esa asociación así, formada, es la familia legítima.

2.3 Familia Adoptiva.-

Hacer que la familia descanse sobre un fundamento puramente artificial fuera de toda base natural, los padres eligen a sus hijos, es la familia adoptiva.

3. LA UNION LIBRE.

Es importante hablar de este tema, ya que se alude frecuentemente a la familia natural y también por cuanto es del caso indagar si en Colombia está consagrada jurídicamente dicha familia y cuáles son los efectos en derecho que ella tiene.

El legislador y el sociólogo deben elegir entre el matrimonio y la unión libre. Claro está que el primero es el único que asegura la estabilidad necesaria para la vida de una familia pero al encontrarnos frente al hecho alarmante de la unión libre, especialmente en las tierras costeñas, es indispensable y necesario aludir a ella.

Hay que distinguir la unión libre de las uniones fortuitas y del concubinato; efectivamente, aquellas implican comunidad de vida y el concubinato, en cambio uniones duraderas y las últimas, son actos discontinuos. De donde se puede definir con Ernesto Pinto Rogers, la unión libre, diciendo, que es "la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común".

El desenvolvimiento de la unión libre ha pasado por diversas etapas. En Roma era una institución jurídica y con características propias. Allí el matrimonio estaba reservado para los ciuda-

danos, los libertos y peregrinos quedaban al margen de la protección legal. Pero luego los romanos reconocieron la existencia de estas uniones y nació entonces la unión libre. La Iglesia hizo que posteriormente desapareciera el concubinato y la unión libre, de las legislaciones y fuera mirado como algo ilícito.

Nuestra Legislación como la casi totalidad de éstas, no contempla la unión libre en sus códigos y, por ende, no le reconocen efectos jurídicos como tal, aunque sí pueden surgir algunos efectos jurídicos legales como quiera que viven en comunidad dos personas las cuales han aportado bienes y han adquirido obligaciones y derechos por estipulaciones que pudieron haber celebrado.

Se afirma que la familia no tiene su fuente única en el matrimonio sino también en las uniones sin vínculo legal, o sea que se puede hablar de una familia legítimamente constituída y otra natural, esto es cierto, yo entiendo que allí sí existe una familia, pero no un estado de familia, o al menos jurídicamente no tiene ninguna relievancia, siempre que entre los concubinos no existe ninguna clase de derecho y obligación por el solo hecho de la unión, puedan hacer valer sus derechos con contratos independientes.

Es de anotar, que si durante esta unión ilegítima nacen hijos, a pesar de que no haya un verdadero estado de familia, sí existe un estado de filiación como más adelante lo explicaré.

La Ley 45 de 1.936, sustituída por el Art. 19 de la Ley 75 de 1.968, en forma indirecta reconoce la familia natural, en su Art. 13 referente a la patria potestad, cuando en su inciso 3o. expresa adiferam: "Los hijos no emancipados son hijos de familia y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia".

La emancipación como bien sabemos se produce tanto en los hijos naturales como en los legítimos y por consiguiente aquel es hijo de familia y su padre o madre con relación a éstos, padre o madre de familia, existiendo en esta forma una familia natural según nuestro estatuto civil.

4. CARACTERISTICAS DE LA FAMILIA.

Los elementos que caracterizan la familia en su desenvolvimiento son:

a. Unidad y armonía. Debe obtenerse cohesión de estos elementos que en la familia ampliamente organizada ha de llegar hasta la subordinación de los intereses particulares ante las conveniencias comunes. De esta característica se origina la fidelidad y la asistencia entre los cónyuges.

b. La individualidad. Forma la familia dentro de la sociedad un grupo característico y disfruta de un estatuto jurídico propio, hecho que demuestra su realidad en el orden de derecho positivo. Es de aclarar, que las antes citadas organizaciones no comparten una personalidad jurídica en nuestro tiempo.

Como ya se había anotado de la agrupación esbozada surgen consecuencias de orden jurídico dentro de la órbita civil y penal especialmente. En las relaciones paterno-filiales surgen derechos y responsabilidades siendo una de las principales la patria potestad, concebida como una agrupación organizada a favor del ser humano en su período inicial. Entre los cónyuges, aparte de las relaciones personales se presentan otras de orden patrimonial.

El estado reconoce a la agrupación familiar, fundada en el parentesco como inmediatamente destinada al cumplimiento de esta misión. Se reserva únicamente la vigilancia y un derecho de intervenir cuando falle el cuidado y la educación paterna.

La familia, cualquiera sea el concepto que de ella se tenga, debe considerarse hoy día como irremplazable y para que ella pueda cumplir su misión ha de reforzarse y afianzarse de modo adecuado la posición de sus padres. A tal finalidad sirve la patria potestad. No debe empero, estructurarse esta potestad como el derecho de dominio preponderantemente egoista al igual que en los tiempos romanos porque en esta forma entorpecería el libre desenvolvimiento de la personalidad del hijo. Por el contrario, el desarrollo de la potestad ha de responder a los fines para que se le reconoce predominantemente. Ha de constituirse como un derecho-deber cuyo ejercicio debe fomentar y no coaccionar el desarrollo del hijo.

Entonces el Estado podrá subrogarse a la familia, solamente cuando falte por completo o se encuentre disuelta, como también apoyarla si no alcanza a realizar sus propósitos.

El desarrollo progresivo de la economía, las grandes aglomeraciones, y el debilitamiento progresivo de las fuerzas que crearon o consolidaron el núcleo: cuando cada uno procuró vivir su vida, los vínculos de sangre fueron perdiendo su fuerza, se relajó el amor conyugal, el cariño y sacrificio paternos disminuyeron e innumerables influjos malsanos amenazaron y amenazan a la niñez y juventud como son las emancipaciones precoces. De ahí, que frecuentemente, en el empeño de eludir responsabilidades y cargas, falle la vigilancia familiar.

Es en este momento, cuando el Estado por medio de sus normas de orden público, siempre que lo relacionado con el desarrollo y la formación de la familia no queda abandonado al criterio de los particulares, entra a fiscalizar y controlar esa célula, sin querer en ningún momento sustituirla, pues es un organismo fundado con autorización y bajo los auspicios de la ley de la sociedad.

La vida de constante ejemplo en que la niñez pasa sus épocas más determinantes de la vida, es lo que inducen a llenar las aspiraciones de sus padres y de la colectividad.

5. EL DERECHO DE FAMILIA.

La fuente del derecho son los manantiales de donde surge éste. Ellos tienen su origen en el derecho común y de ahí parten todas las divisiones de las nuevas disciplinas jurídicas y sociales, como la civil, mercantil, laboral, agraria y familiar. En derecho autónomo, existe en la vida del pueblo, en la manifestación externa de sus necesidades y deseo de progreso, de mejora, en sus actos de rebeldía y en sus usos y costumbres.

El Derecho de Familia, se basa en un hecho sociológico: la protección de ese grupo natural, de quienes lo conforman, de la prole desamparada y del cónyuge abandonado.

En la interpretación y aplicación de los principios deben emplearse criterios diversos: en el Derecho Civil, el de la igualdad, la libertad y la autonomía de la voluntad; en el Derecho de Familia, el de la desigualdad, para defensa del débil, ejercida por el Estado.

Los doctrinantes seguidores del criterio formalista, afirman que las circunstancias diferenciales entre el derecho público, se fundamenta en el interés envuelto en la relación jurídica respectiva, de modo que si la forma de derecho se refiere a una relación jurídica cuyo interés es general, el derecho es público; si la norma se refiere a una relación jurídica cuyo interés es particular, se hablará de derecho privado. Entre el derecho público y el derecho privado manifiestan que no se puede decir que es privado, porque está reglamentado en el Código Civil, por cuanto no todo lo que allí se expresa es de tal carácter, y además hay legislaciones que reglamentan por separado esta materia como la Rusa.

Somarriva explica la circunstancia anotada diciendo: "La familia es un grupo intermedio entre el individuo y el estado, es un elemento de cohesión y de equilibrio social entre el individuo y la nación. Entre la organización familiar están en juego no únicamente los intereses individuales, sino también los intereses de toda la sociedad. Esta característica no ocurre en el derecho patrimonial, en el cual domina sin contrapeso el interés egoista del individuos".

Con esto se justifican las múltiples diferencias encontradas en el derecho patrimonial y el derecho de familia, siendo las más importantes las siguientes:

1a. En el derecho de familia sólo existe libertad para celebrar actos pero una vez ejecutado este derecho, los efectos son regidos por la Ley:

2a. Mientras los contratos patrimoniales se rigen por la ley vigente al tiempo de su celebración, en el derecho de

Familia se rigen por ésta solo para su celebración, pero sus efectos quedan normados por la Ley posterior;

3a. Los derechos de familia están fuera del comercio no pueden cederse o transigirse sobre éllos;

4a. Los actos de familia generalmente son solemnes y sus efectos absolutos, en cambio los civiles no.

6. CLASES DE FAMILIA.

6.1 Familia Legítima.-

Es la que nace del matrimonio católico o civil y lo constituyen padres e hijos legítimos. El espíritu del legislador quizá definió la legitimación como un beneficio que se confiere tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio, como dentro de él. La legitimación es una institución aceptada universalmente y ello tiene su base en la buena constitución de la familia, en los países que aceptan esta especie de legitimación, no hay un criterio uniforme acerca de la autoridad llamada a conferirla, así por ejemplo en España se concede mediante un decreto real, en cambio en Suiza y Venezuela es el juez llamado a otorgar la legitimación. Es digno resaltar que en Francia y Bélgica en 1.914, a consecuencia de la primera guerra mundial se dictaron leyes especiales que permitían legitimar a los hijos de padres fallecidos en la guerra.

./.

6.2 Familia ilegítima.-

Es la que tiene su origen en la sola comunidad de vida afectiva entre padres e hijos, pero que no están cobijados por el derecho. Esto podía convertirse en legítima, en el caso del matrimonio de los padres, y hay ocasiones en que esta podía convertirse en natural o desaparecer si se llegara a decretar la nulidad del matrimonio, pero es nuestro concepto de que los hijos deben continuar gozando de la protección del derecho. Podríamos decir que la familia ilegítima es aquella que emana exclusivamente del hecho de la procreación.

7. REQUISITOS DE TODA LEGITIMACION.

El matrimonio, este puede ser "Ipso jure" o de pleno derecho y voluntaria, si analizamos la legitimación ipso jure, que es la que cumple concurriendo todos los requisitos legales, en esta pueden incluirse tanto los hijos concebidos antes del matrimonio y unidos en él, como los hijos reconocidos como naturales por ambos padres, esta especie de legitimación es en la que se exigen menos elementos, vasta con el matrimonio válido de los padres anterior o posterior a la concepción.

Otro requisito sería el hecho de que los padres hayan reconocido al hijo natural y este reconocimiento debe emanar de ambos padres, en esto tendríamos que decir que si uno solo de ellos lo ha reconocido no se produce la legitimación, aunque los padres contraigan posteriormente matrimonio, la legitimación voluntaria como su nombre lo indica no se produce por ministerio de la Ley, pero exige los siguientes requisitos: celebración

del matrimonio entre los padres y el reconocimiento expreso por parte de éllos.

8. DIFERENCIAS ENTRE FAMILIA LEGITIMA E ILEGITIMA.

1. La familia legítima supone el vínculo matrimonial que une a los padres, requisito que no lo cumple la familia ilegítima.-

2. La Familia legítima crea una relación familiar entre el hijo, los consanguineos del padre o la madre. En cambio la familia ilegítima da origen a un vínculo individual entre padre e hijo. Podríamos citar el aforismo que dice que el hijo natural no tiene abuelo.

Requisito común con la nueva ley expedida por el Congreso tanto los hijos legítimos como los ilegítimos e incluso los adoptivos poseen los mismos derechos en nuestra legislación, que ampliaremos este tema más adelante.

CAPITULO II

NORMAS QUE RIGEN EL DERECHO DE FAMILIA

1. LA LEY COLOMBIANA FRENTE AL CAMBIO DE LA FAMILIA.

1.1 Esfuerzo de la Ley Colombiana por adaptarse al cambio Familiar.-

Los estudiosos en Legislación especifica de la familia colombiana predican que esta legislación se ha modificado en relación con la evolución de la familia y de la sociedad. Esto, a mi juicio es cierto. Pero estos cambios, no siempre han asumido, un proceso continuo, porque en no pocas oportunidades se han paralizado, enquilosándose y no pocas veces, inoperante, ineficaz.

El fenómeno llamado "estatismo" se ha manifestado en el proceso evolutivo de la legislación. Esta quietud jurídica ha despertado una reacción de ciertos estamentos, que permanentemente están proponiendo reformas legislativas no acordes al ritmo de la evolución histórica.

Del año 1.973, se vienen introduciendo innovaciones en este tipo de legislación. Quizá reviste para nuestro estudio una especial importancia porque regulan esta materia, las siguientes normas:

1. El Concordato, celebrado entre la Santa Sede y el Gobierno de Colombia, el 12 de Julio de 1.973 y aprobado por la Ley 20, 1.974.

2. El Decreto 2820 de 1.974. Por medio de esta norma se concedió igualdad jurídica a varones y mujeres. El Decreto 772 de 1.975 modificó el decreto anterior.

3. La Ley 5a. de 1.975. Esta norma modificó la institución de la Adopción.

4. La Ley 1a. de 1.976. Esta norma estableció el divorcio vincular para el matrimonio civil, reglamentó la Separación de Cuerpos y de Bienes, entre los cónyuges.

5. El Decreto 2373 de 1.974, por el cual se dictan normas para el pago del Subsidio Familiar a los trabajadores que laboran en el campo.

6. La Ley 27 de 1.974, por la cual se autoriza la creación y sostenimiento de establecimientos que atienden la educación integral del preescolar, reglamentada por el Decreto 00626 de 1.75.

De estas normas, tomaremos algunas con el fin de analizarlas, haciendo hincapié en los cambios más importantes que éstas ha introducido a la institución familiar.

7. La Ley 29 de 1982 la cual otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.

./.

2. BREVE ANALISIS DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LAS SIGUIENTES NORMAS:

2.1 Del Acuerdo Concordatario.-

Este Acuerdo fue suscrito en Julio 12, 1.973 y aprobado por la Ley 20 de 1.974, y ratificado en Julio 2, 1.975. Este documento reemplazó el celebrado en 1.887 y que rigiera por 88 años sin ninguna evolución, no obstante que la misma Iglesia Católica ha cambiado en ciertas posiciones, como las adoptadas por el Concilio Vaticano II.

En relación con el Matrimonio, los cambios se pueden sintetizar así:

a) El Artículo 7 consagrado en 1887, se modificó en el sentido de otorgar a los católicos un sistema Facultativo (subrayo) de matrimonio, terminando de esta manera con la imposición del matrimonio católico que consagraba el artículo citado.

b) El artículo 30 de la Ley 54, 1.924, Ley Concha, que exigía la Apostasía (subrayo) para que los católicos pudieran contraer matrimonio civil, quedó modificado y hoy ya no es requisito Sine qua non, para contraer matrimonio civil con plenos efectos civiles.

c) Otro de los cambios se da en la competencia para conocer de las causas de separación de cuerpos de matrimonios católicos. Estos se ventilarán en primera instancia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial y en segunda instancia ante la Corte Suprema

de Justicia.

2.2 Del Decreto 2820 de 1.974.-

Por medio de la Ley 24 de 1.974 el Congreso de la República de Colombia otorgó al Presidente facultades extraordinarias para reformar la legislación civil, en el sentido de conceder igualdad de derechos y obligaciones a las mujeres y a los hombres. Fue de esta manera como se expidió el Decreto 2820 de 1.974, que reguló las relaciones conyugales y paterno-filiales de la siguiente manera:

a) El marido y la mujer tienen conjuntamente la dirección del hogar. A cargo de uno cuando el otro no la pueda ejercer o muera. Si hay desacuerdo se acudirá al Juez. Queda así abolida la Potestad Marital.

b) Los criterios imperantes en cuanto a las relaciones paterno-filiales han sido reemplazados. La "Patria Potestad" es reglamentada en su titularidad, ejercicio, suspensión y atribuciones que confiere. Pero en tratándose de los hijos extramatrimoniales, es confusa esta situación.

c) Ya no "imponen" los padres a los hijos una profesión como lo consagraba el Código Civil, sino que hay según Artículo 23 Decreto 2820-74, por supuesto, modificado por el artículo 4o. del Decreto 772, 1.975, los padres "orientan" al hijo en su educación.

d) La mujer puede desempeñar los cargos de tutora y curadora en los mismos casos que el padre; artículos 49,

51, 52, 53 y 54. Revistiéndola de facultades se amplía el alcance del artículo 22, Ley 75, 1.968.

e) El mutuo concenso de los cónyuges es una causal nueva, en la separación de bienes según artículo 2o. Decreto 772, 1.975.

2.3 De la Ley 1a. de 1.976.-

En materia de Derecho de Familia esta Ley introdujo cambios de suma importancia; estableció el divorcio en el matrimonio civil, reguló la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y católico y por último modifica algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en lo que toca a la legislación de familia.

Esta norma consagró los siguientes aspectos fundamentales:

a) Estableció y reglamentó el divorcio vincular para el matrimonio civil. "El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por el divorcio judicialmente declarado" (subrayo). Artículo 1o. modificativo del artículo 152 C.C.

b) Mediante el Artículo 4o. de la Ley 1a., 1.976, no solo se introdujo reformas a las causales de divorcio, sino que procedió a la creación de causales nuevas (subrayo). Las nuevas no establecidas originalmente en Art. 154 C.C., aparecen: a) "El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas, o estupefacientes, salvo prescripción médica".; b) Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica de uno de los cón-

yuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial"; c) Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo; d) "la separación de cuerpos decretada judicialmente que perdura más de dos años; e) "La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años por delito común, de uno de los cónyuges, que el Juez que conozca del divorcio califique como atroz o infamante".

Es fundamental anotar que esta ley no solo exige la prueba de la causal aducida del proceso, sino que ha establecido limitaciones y condiciones para que la acción prospere. Esta situación aparece en el artículo 5o.

c) En relación con el ejercicio de la acción, el régimen probatorio y procedimiento a seguir hasta la declaración del divorcio, dispone la ley en el artículo 6o; "El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año.... respecto de las causas 1a. y 7a., o desde cuando se sucedieron.... causas 2a. y 3a., 4a. y 5a. En todo caso las causas 1a. y 7a. .... dentro de los dos años siguientes a su conocimiento".

En cuanto al procedimiento, el artículo 27, de la Ley 1a., 1.976, modificó el artículo 423 del Código de Procedimiento Civil.

d) Sobre la separación de cuerpos, esta ley adoptó las causales del artículo 154 C.C. (subrogado por el artículo 4o.). Además introdujo algunas reformas en los artículos 15, 16 y 17. En este punto la causal, importante que introdujo fue: "el mutuo concenso de los cónyuges".

e) En lo referente a los alimentos, el artículo 23 reformó el artículo 411, del C.C. en el numeral 4: "... al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa".

f) Los conflictos matrimoniales se tramitarán así: 1) Al procedimiento verbal, las causas de separación fundadas en el mutuo concenso (Art. 28 Ley 1a. de 1.976).

g) Observemos que la Ley 1a. de 1.976, guardó silencio en materia de divorcio y separación de cuerpos de matrimonios civiles debiendo aplicarse por consiguiente el Artículo 16 del C.P.C. que otorga competencia a los Jueces Civiles del Circuito para conocer en primera instancia de estos procesos ..." 3o. De los de nulidad y divorcio (subrayo) de matrimonio civil y demás referentes al estado civil de las personas, que no correspondan a los Jueces de Menores ...." Al mantenerse esta disposición, me da la impresión, que no se tuvo en cuenta el criterio de la Ley Primera, que a mi juicio, diferencia la simple separación de cuerpos del divorcio vincular.

2.4 De la Ley 5a. de 1.975.-

Esta norma modificó el Título XIII del Libro Primero del C.C. que hace referencia a la Institución de la Adopción.

Vale la pena hacer un corto resumen histórico de esta Institución. En un principio la naturaleza jurídica de la Adopción, fue la de un "contrato" jurídico que se perfeccionaba por medio de la escritura pública, previa licencia judicial, situación que se dio hasta el momento que se sancionó y promulgó la Ley 5a. de 1.975.

La finalidad de esta Ley es la de suplir la falta de hijos legítimos en los matrimonios, quizá por este carácter tenga un cariz individualista. En nuestro país la Adopción, no tuvo origen en el C.C. Chileno de Bello.

El Legislador de 1.859, la Adopción se incorporó al C.C. del Estado de Cundinamarca. En 1.960 vino la primera gran modificación del régimen de Adopción, mediante la expedición de la Ley 40, que no obstante introducir innovaciones, conservó los criterios del título XIII del Código amén de problemas procedimentales, dado el conflicto de jurisdicciones.

El día 10 de enero de 1.975 se expide la Ley 5a. que fue reglamentada por el Decreto 752 de 1.975, cuya finalidad fue proporcionar mediante la Adopción, un hogar al menor abandonado.

Esta Ley 5a. como aspectos relievantes, nos trajo en el artículo 1o.:

a) Establecimiento de límites específicos de edad, a fin de asegurar, un mínimo de madurez en el adoptante. Consagró 25 años de edad y que tenga 15 más que el adoptivo. Artículo 269 C.C. El adoptable será menor de 18

años. Artículo 273 C.C.

b) Este precepto derogó expresamente la Ley 140 de 1.960, mediante el Artículo 13.

c) La adopción, pierde la naturaleza contractual, y se consagra como institución de orden público (subrayo) y como tal requiere de Decreto Judicial. Una vez en firme la sentencia, se inscribe en el Registro del Estado Civil (Art. 275 C.C.).

d) Mediante esta Ley se clasifica la Adopción en simple y Plena (subrayo); quizá es la más importante modificación. A nuestro juicio terminó con esos dos hogares; uno teórico, que correspondía a la familia de sangre, y otro real que era el de los adoptantes.

La Adopción Simple, está reglada en los artículos 276, inc. 2o.; Art. 277, 278, 279; Derechos hereditarios, Artículo 284 y 285.

La Adopción Plena, está reglada en los artículos 276, 278 y 279; Derechos hereditarios, artículos 284 y 285.

e) De los procesos de Adopción conoce el Juez de Menores, pero si el adoptivo es mayor de 18 años, conocerá el Juez Civil del Circuito.

f) El Artículo 3o. y siguientes establecen el procedimiento que debe cumplir la demanda de Adopción y el curso que ha de seguir el Proceso y el mismo hasta la sentencia.

2.5 De la Ley 29 de 1.982.-

Otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos extramatrimoniales y adoptivos. Creo conveniente su reproducción total.

LEY 29 DE 1.982
(Febrero 24)

Por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

D E C R E T A :

ARTICULO 1. Adiciónase el artículo 250 del Código Civil con el siguiente inciso:

Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones.

ARTICULO 2. El artículo 1040 del Código Civil quedará así:

Son llamados a sucesión intestada: Los descendientes; los hijos adop-

tivos; los escendientes; los padres adoptantes; los hermanos; los hijos de éstos; el cónyuge supértite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

ARTICULO 3. El artículo 1043 del Código Civil quedará así:

Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos.

ARTICULO 4. El artículo 1045 del Código Civil quedará así:

Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.

ARTICULO 5. El artículo 1046 del Código Civil quedará así:

Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas.

No obstante, en la sucesión del hijo adoptivo en forma plena, los adoptantes excluyen a los ascendientes de sangre; en la del adoptivo en forma simple, los adoptantes y los padres de sangre recibirán igual cuota.

ARTICULO 6. El Artículo 1047 del Código Civil quedará así:

Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, le sucederán sus hermanos y su cónyuge. La herencia se divide la mitad para éste y la otra mitad para aquellos por partes iguales. A falta de cónyuge, llevarán la herencia

los hermanos, y a falta de éstos aquel.

Los hermanos carnales recibirán doble porción que los que sean simplemente paternos o maternos.

ARTICULO 7. El artículo 1050 del Código Civil quedará así:

La sucesión del hijo extramatrimonial se rige por las mismas reglas que la del causante legítimo.

ARTICULO 8. El artículo 1051 del Código Civil quedará así:

A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, hermanos y cónyuges, suceden al difunto los hijos de sus hermanos.

A falta de éstos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

ARTICULO 9. El Artículo 1240 del Código Civil quedará así:

Son legitimarios:

1. Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial.

2. Los ascendientes.

3. Los padres adoptantes.

4. Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple.

ARTICULO 10. Quedan derogados el artículo 1048 del Código Civil, la Ley 60 de 1935, artículo único y las demás disposiciones que fueren contrarias a la presente Ley.

ARTICULO 11. Esta Ley rige desde su promulgación.

Dada en Bogotá, D.E., a los 24 días del mes de febrero de mil novecientos ochenta y dos (1982).

El Presidente del honorable Senado de la República,

Gustavo Dajer Chadid.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

J. Aurelio Iragorri Hormaza.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Crispín Villazón de Armas.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

Ernesto Rarazona Solano.

República de Colombia - Gobierno Nacional.

Bogotá, D.E. 24 de febrero de 1982.

Publíquese y Cúmplase.

Julio César Turbay Ayala.

El Ministro de Justicia, Felio Andrade Manrique.

El Ministro de Salud, Alfonso Jaramillo Salazar.

CAPITULO III

DE LA FILIACION

1. NOCIONES GENERALES.

Se ha tratado por varios autores de llegar a un acuerdo en cuanto a filiación, para muchos la han considerado como un hecho, para otros como un vínculo jurídico, y hay quienes piensen que se trata de un vínculo natural, se han dado varias definiciones para tratar de establecer en qué consiste la filiación, así tenemos que para el autor Suárez Franco Roberto, define de la siguiente manera: "La Filiación es un estado jurídico que la ley le asigna a una determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con otra".

Para Eduardo Rodríguez Piñeres, la filiación la define así: "Se denomina filiación el vínculo natural que existe entre dos personas de las cuales la una es el padre o la madre y la otra es el hijo", pero hay una definición que nos llama la atención, es Julio J. López del Carril que dice que "La filiación es un hecho biológico"; la Corte de Casación Francesa dijo: "El estado de las personas consiste en la relación que la naturaleza y la ley civil establecen, independientemente de la voluntad de las partes, entre un individuo y aquellos de quien él tiene su nacimiento", pienso que es necesario llevar nuestro criterio y por ello me acojo a la definición que presenta el autor Hernán Gómez Piedrahita que dice: "La Filiación es un estado jurídico que se origina por el hecho biológico del nacimiento, por cuanto la ley concede un status jurídico al hijo con relación a sus padres y a estos

con relación al hijo", esta definición tiene mayores argumentos a mi juicio puesto que el hijo tiene derechos consigo por el solo hecho de nacer, frente a sus padres y éstos deberes frente a sus hijos, si el hijo conoce únicamente a su madre, también tiene derecho de conocer a su padre y la ley le confiere el derecho de demandar su paternidad, puesto que todo hijo debe tener una madre y un padre.

El Artículo 6o. de la Ley 75 de 1.968, en el inciso segundo del numeral cuarto, prevee una excepción para no declarar la paternidad natural, cuando el demandado demuestre la imposibilidad física en que estuvo para engendrar o si prueba que la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, esto último pienso que es un sacrificio a los hijos que deben tener un padre así haya tenido la madre relaciones con varios hombres es necesario establecer su padre mediante características heredo-biológicas, analizar los grupos y factores sanguíneos, características patológicas, morfológicas, etc., puesto que todo niño debe tener un padre quien debe velar por él, y en muchas ocasiones este puede darle mejores condiciones de vida que su madre, esta es quizá una crítica a la Ley Cecilia.

1.1 Naturaleza Jurídica.-

La filiación es un derecho natural y biológico, de toda persona es el fruto de las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, el hecho físico de la generación origina el hecho jurídico de la filiación, la cual considerada por el lado del padre, toma la denominación de PATERNIDAD y tomada por el lado de la madre de denomina MATERNIDAD. Como consecuencia de lo anterior existen relaciones entre padres e hijos que están reguladas por la ley, estas relaciones se traducen en derechos y obligaciones entre padres e hijos.

A los hijos nacidos de unión matrimonial la ley les otorga prerrogativas de que carecen quienes son fruto de una unión extramatrimonial.

2. DEFINICIONES.

La palabra Filiación se deriva de filius, filii que quiere decir hijo.

Diversas definiciones se han dado sobre filiación, según Planiol, Ripert y Rouast, "es la relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual una es el padre o la madre de la otra". Demolombe la define como "el estado de una persona considerada como un hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre".

El diccionario de Legislación y Jurisprudencia dice que "figura como la descendencia de padres a hijos, o bien como la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o madre.

Jurídicamente el concepto de Filiación está integrado por los siguientes elementos:

a) El hecho del parto de una mujer, es de agregar que este debe ser en determinada época y la identidad del hijo dado a luz por ésta, esto nos da como consecuencia la relación materno familiar.

b) El hecho de la generación efectuada por el padre, o sea la relación paterno-familiar.

El tema de la filiación nos permite visualizar aspectos que habrán de beneficiar a muchos de los hijos que se hallan en situación desventajosa frente a los demás, debido a injustas concepciones jurídicas que aún están consagradas en las leyes.

Todas las personas son hijos de una madre y de un padre, pero las circunstancias legales de estos son las que determinan la filiación.

2.1 Derecho Comparado.-

Siempre ha existido la tendencia a colocar los hijos nacidos fuera del matrimonio en una situación de injusta inferioridad, no solo desde el punto de vista legal, sino también en cuanto a los aspectos social y moral, olvidando las tremendas consecuencias que ello implica y la falta de toda culpa en el hijo, puesto que él no propició esta situación.

No sucedió así en las legislaciones antiguas, puesto que en ellas se encuentran diferencias respecto de este problema. En efecto, el derecho babilónico permitía que los hombres casados reconocieran a sus hijos cuando estos eran engendrados en su esclava y heredaban al padre en proporción casi equivalente a los hijos legítimos. En la India, las leyes excluían a los hijos adulterinos e incestuosos, lo mismo que en Grecia y Roma, en donde, hasta antes de expedirse el edicto Unde cognati, los hijos nacidos fuera del matrimonio eran considerados con extrema severidad. A partir de este edicto se establecieron las obligaciones del parentesco natural, las cuales se constituían por el

simple hecho de la concepción con la madre y con los parientes de esta. Puede afirmarse que este fue el origen del principio de derecho romano mater semper certa est, que con el correr del tiempo vino a consagrarse en casi todas las legislaciones del mundo.

Fue en Roma en donde se fijó la diferencia entre los liberi naturali, o sea los hijos nacidos de una concubina; los adulteri, cuyo padre o madre estaban casados en la época de la concepción; los incestuosi, resultantes de uniones prohibidas por vínculos de sangre, y los spuri, situados en esa condición por la vida deshonesta de la madre.

Solamente los hijos de concubinato podían ser legitimados y tenían derecho a una porción de la herencia de su padre, ya que los demás estaban privados de todo derecho.

Esta clasificación de los hijos, establecida en el derecho romano, fue adoptada más tarde por la mayoría de las legislaciones de origen latino; de ahí que la encontremos en nuestro Código Civil.

Con el advenimiento del catolicismo fueron abolidas muchas de las disposiciones que consagraban todo este rigor contra los hijos extramatrimoniales. El derecho canónico estableció el derecho de alimentos para todos los hijos, cualquiera que fuera su origen; y la legitimación por subsiguiente matrimonio, como una forma de subsanar errores y consolidar la familia.

En España, las leyes de las Siete Partidas no obligaban al padre de hijos incestuosos, adulterinos o sacrílegos, ni

siquiera a darles alimentos. Era la madre quien debía cumplir todas las obligaciones para con los hijos. No podían ser instituídos herederos por testamento, y si el padre contravenía esta norma, o si les hacían legados o donaciones, todo ello podía ser invalidado por los hijos legítimos o por un representante de la Corona. Solo podían heredar los bienes de la madre.

En Francia, a partir de la Revolución Francesa, advino un cambio fundamental respecto de la situación de los hijos, pues se estableció la igualdad entre los legítimos y los naturales. Solo persistió la diferencia para los hijos adulterinos y los incestuosos. Lamentablemente, el Código de Napoleón restableció la desigualdad, segregando y disminuyendo los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio, fundándose en el temor de herir a la familia legítima al equiparar los derechos de estos con los de los hijos legítimos, arduo problema que han tenido que afrontar todas las legislaciones modernas ante la presión de quienes reclaman una solución jurídica justa y razonable para aquellos seres sobre quienes la sociedad hace recaer el peso de la culpa de sus padres.

Pasando a la legislación de América, encontramos un ambiente saludable de cambio, resultante de la aceptación de las realidades nacionales de cada país.

En Bolivia, desde el año de 1945 y en la Constitución, se estableció el principio de la igualdad ante la ley, tanto de los hijos legítimos como de los ilegítimos.

La Constitución brasileña de 1937 dispuso que se facilita-

ría el reconocimiento de los hijos naturales, asegurándoles la igualdad con los legítimos.

En Chile, en 1935, se dio la ley que autoriza la investigación de la paternidad adulterina e incestuosa, con el fin de que el hijo nacido en esas condiciones pueda solicitar la prestación de alimentos; además, admite el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, dándoles la calidad de hijos naturales respecto al padre o la madre que los haya reconocido.

La Constitución de Cuba equipara los hijos adulterinos a los naturales, en caso de ser reconocidos; suprime las calificaciones sobre la naturaleza de la filiación y dispone que en las actas de registro civil no se puede consignar ningún detalle sobre el estado civil de los padres.

En la República Dominicana, en el año de 1940, se equiparó la situación jurídica de los hijos legítimos con los naturales. Sin embargo, se dejaron vigentes las disposiciones que privan a los hijos adulterinos del derecho sucesorio ab intestato, las cuales establecen que estos solo pueden recibir por donación o testamento y hasta el límite que les hubiere correspondido como hijos legítimos.

En los Estados Unidos de Norteamérica la legislación no es uniforme. Algunos mantienen la posición tradicional de negar los derechos a los hijos nacidos fuera del matrimonio, mientras que otros, con gran liberalidad, se los reconocen plenamente. Así, por ejemplo, el Código Civil de Luisiana dispone: "Los bastardos, adulterinos e incestuosos no gozan del derecho de suceder a su padre y a su madre, no dándoles

la ley otra cosa que simples alimentos". En cambio, en otros Estados, como California, Massachusetts y Nueva York, su legislación preceptúa que los padres tienen para con sus hijos naturales las mismas obligaciones que con los legítimos. Los hijos extramatrimoniales, sin excepción alguna, tienen la calidad de naturales y, además, se establece que en el acta de nacimiento de toda persona debe constar el nombre de soltera de la madre junto al del padre, sin dejar espacio ni señalar el estado civil de los padres.

En Guatemala, desde 1945 fue consagrado el principio de la igualdad para todos los hijos y suprimidas las calificaciones de las distintas clases de filiación.

En la República de Uruguay, la Constitución de 1942 dispone que "los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él".

El Código del Niño, sancionado desde 1934, comienza diciendo: "Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres", con lo cual se establece la obligación de investigar la paternidad en la forma más amplia, y cuando tal investigación no la inician los interesados, el hijo o la madre, lo hace el Consejo del Niño.

La Constitución de Venezuela ordena que el Estado debe proteger la familia, cualquiera que sea su origen, y garantiza el cuidado integral del niño. Dispone además que los padres están obligados a educar, asistir y alimentar a sus hijos, sin tener en cuenta la filiación de aquellos.

En las legislaciones de algunos países de Europa también encontramos la tendencia a borrar esa odiosa discriminación que tradicionalmente había existido contra los hijos nacidos fuera del matrimonio.

El Código Civil español vigente clasifica a los hijos ilegítimos en dos categorías: a) ilegítimos naturales, que son los nacidos de padres que podían casarse en el momento de la concepción; y b) ilegítimos no naturales, que son los de padres que en ninguna forma podían haber contraído matrimonio, ya por parentesco no dispensable, por subsistir un matrimonio anterior, o porque había de por medio votos religiosos.

El avance que se advierte en este estatuto consiste en que se borran las denominaciones infamantes de hijos incestuosos, adulterinos o sacrílegos.

La Constitución de 1933, de Portugal, trae una clasificación similar a la de España y además concede a los hijos ilegítimos naturales el derecho a pedir alimentos y a investigar la paternidad.

En Francia, la Constitución de 1946 no se ocupó del problema de la filiación, ni de la protección de los hijos ilegítimos. Dejó vigentes las disposiciones del Código Civil en lo que se refiere a la división de los hijos en naturales, adulterinos e incestuosos.

A partir de la aprobación del divorcio vincular, la ley autorizó la legitimación de los hijos adulterinos, mediante el posterior matrimonio de sus padres.

En Italia, la ley autoriza la investigación de la paternidad o de la maternidad y las acciones para el reconocimiento de los hijos y la obtención de alimentos; sin embargo, estos derechos no se los concede a los hijos adulterinos o incestuosos, para quienes está prohibida la investigación de la paternidad, y solo se permite el reconocimiento del padre que en la época de la concepción hubiese estado soltero y cuyo matrimonio hubiere sido disuelto o anulado.

La legislación suiza establece que todos los hijos son legítimos con respecto a la madre, por el hecho del nacimiento; pero con respecto al padre, solamente lo son mediante un acta de reconocimiento o de una sentencia que así lo declare. Allí, las leyes prohiben el reconocimiento de los hijos adulterinos, pero se admite su legitimación por el subsiguiente matrimonio de los padres.

En Alemania, la ley solo trata de hijos legítimos y naturales, y protege de igual manera a unos y otros. El posterior matrimonio de los padres de los hijos naturales legitima a estos.

En Inglaterra, el common law considera hijo de nadie a toda criatura nacida fuera de matrimonio. Quien, por consiguiente, no puede heredar sin expresa disposición testamentaria, ni al padre ni a la madre. Se lo considera como un incapaz y solo una ley del parlamento puede suplir tal incapacidad. Sin embargo, hay leyes que permiten la investigación de la paternidad y autorizan la legitimación por el subsiguiente matrimonio de los padres.

El Código de Familia de Rusia Soviética no establece dife-

rencia alguna entre la filiación legítima y la ilegítima.

En los países de Europa Oriental la ley establece absoluta igualdad para todos los hijos.

En Yugoeslavia, la Constitución de 1936 preceptuó que los padres tienen las mismas obligaciones y deberes hacia los hijos legítimos e ilegítimos; que la paternidad, con respecto a los hijos ilegítimos, puede establecerse por reconocimiento voluntario o por sentencia judicial, y que el registro deberá hacerse como si el hijo hubiese nacido de matrimonio legítimo.

La ley húngara tiene un sistema similar al anterior, y en la Constitución de este país se suprime expresamente toda diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos.

El sistema constitucional de Rumania, Albania y Bulgaria consagra la igualdad de los deberes con respecto a los hijos.

En la Constitución de Checoeslovaquia se establece que el origen del niño no debe perjudicarlo en sus derechos.

En cuanto a los países escandinavos, encontramos allí una legislación bastante liberal en materia de filiación. En Noruega, Dinamarca y Filandia, los hijos nacidos fuera del matrimonio tienen los mismos derechos que los legítimos, y en lo que se refiere al orden hereditario, unos y otros se hallan en las mismas condiciones.

En la India, las leyes consagran la igualdad de derechos

para todos los hijos, cualquiera que sea su origen; lo mismo sucede en la República China, en donde las disposiciones del Código Civil estatuyen las mismas ventajas y privilegios de los hijos legítimos para los que han nacido fuera del matrimonio.

Este visión general de la legislación sobre filiación, en distintos países del mundo, nos hace reflexionar sobre la necesidad de que en Colombia se modifique el sistema actual de filiación, en aquellos aspectos en que se disminuyen los derechos para los hijos extramatrimoniales. Si bien es cierto que con la expedición de algunas leyes se ha morigerado el régimen que desde 1873 se había establecido en nuestra legislación, aún persisten diferencias jurídicas muy grandes que menoscaban sin justificación alguna los derechos de seres inocentes que, al ser procreados por padres completamente irresponsables, no se detuvieron a pensar en el daño que podrían ocasionar a la criatura que estaban engendrando.

Afortunadamente, en la actualidad existe una tendencia muy definida a terminar con esta situación de injusticia.

En lo referente a los derechos herenciales, en nuestro país, por ejemplo, está la ley por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

3. CLASES.

En nuestro país existen tres clases a saber:

3.1 Filiación Legítima.-

O sea la del hijo concebido durante el matrimonio de sus padres o legitimado por el matrimonio posterior a éstos, Arts. 213 y 236 del C.C. y 22 de la Ley 1a. de 1.976, hay otros autores que denominan a esta clase como legítima o matrimonial, "cuando se deriva del matrimonio".

3.2 Filiación Ilegítima.-

O sea la existente entre el hijo nacido cuando sus padres no estaban casados y éstos, siempre y cuando haya sido reconocido o declarado tal de acuerdo con la Ley 45 de 1936.

A esta clase de filiación también suele llamársele como natural o extramatrimonial, si procede de una unión extramatrimonial.

3.3 Filiación Adoptiva.-

Es la existente entre el adoptado y adoptantes, de la cual surgen derechos y deberes , Ley 5a. de 1.975, otros suelen tener como base para llamarla adoptiva si se basa en la sentencia de un Juez.

4. ELEMENTOS DE LA FILIACION.

Para determinarla se deben establecer los siguientes hechos:

1. El hecho del parto, es lógico pues que si no se demuestra que la mujer dio a luz (parto) en determinada fecha o

época y que el fruto de este parto es el mismo nacido en aquel tiempo, no se puede demostrar la filiación.

2. Fecha o época en que éste se realizó.

3. Identidad del presunto hijo con el dado a luz.

Para establecer la paternidad es suficiente establecer quien fue el autor del embarazo de la mujer.

Esto en cuanto respecta a la filiación natural, porque la legítima consta de dos elementos más a saber:

a. La prueba del matrimonio, y

b. La concepción ocurrida dentro del matrimonio.

5. TITULARES DE LA ACCION DE IMPUGNACION.

Se pueden impugnar la maternidad las siguientes personas:

1. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta para desconocer la legitimidad del hijo.

Al respecto el Dr. Hernán Gómez, nos trae un ejemplo que nos da mucha claridad y es el siguiente:

"Juan y María son padres de José. Juan esposo de María puede impugnar la filiación materna de José demostrando falso parto, suplantación de hijo o determinando quién es la verdadera madre. Igual puede hacer María demostrando que ella no es la verdadera

madre, pues nunca ha dado a luz o está decidiendo (estableciendo) quién es la verdadera madre de José. Este caso es común en los hospitales donde dejan abandonados menores los cuales generalmente son recogidos por personas adineradas sin hijos y son declarados como hijos legítimos de matrimonio e inscritos así.

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

El mismo autor nos ilustra con el siguiente ejemplo: " Es el caso de los padres a quienes se les haya suplantado un hijo. Demostrando Pedro y Ana que su hijo figura como legítimo del matrimonio de Juan y María, podrán acreditando su calidad de padres legítimos, impugnar la maternidad de María lo cual puede ser para conferirle los derechos al hijo o a sus descendientes legítimos".

3. La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.

Este punto lo ilustraremos con el siguiente ejemplo: "Es el caso de aquellas madres que por pobreza hacen entrega de sus hijos a familias adineradas para que los crien como suyos. Ordinariamente se falsean las actas y se hace figurar como hijo de matrimonio. Pero si la verdadera madre demuestra su condición de tal, puede demandar la legitimidad de maternidad para exigir alimentos a su hijo".

4. Por el hijo para demostrar que su pretendida madre no lo es en realidad.

La impugnación por falta del matrimonio, no se encuentra regulada en el Código, de donde infieren los tratadistas que se puede

ejercer en cualquier tiempo y por quien tenga interés en ella.

La acción de impugnación por falta de concepción durante el matrimonio, se produce en los mismos casos de impugnación de la paternidad. La impugnación de la paternidad puede efectuarse teniendo en cuenta varios casos que tienden a desvirtuar la presunción respectiva. Ellos son: por imposibilidad física de acceso del marido a la mujer y por adulterio. Esta última causal no autoriza por sí sola al marido para no reconocer al hijo como suyo; es necesario auxiliarla con otros hechos conducentes a señalar que el marido no es el padre del hijo impugnado.

¿Quiénes pueden impugnar la paternidad? Según el Artículo 216 del C.C. mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo suyo. Si el padre muere antes de expirar el plazo aludido de sesenta días, la acción de impugnación puede ser removida: a) Por los herederos del marido; b) Por toda persona que tenga interés actual en destruir la legitimidad, y c) Por los ascendientes legítimos del marido. En este caso los sesenta días se cuentan a partir del día en que se supo la muerte del marido.

Los ascendientes legítimos del marido también tienen derecho a provocar el juicio de ilegitimidad, una vez muerto el padre (Art. 222 C.C.). Cualquiera persona que tenga interés actual en ello podrá solicitar al Juez se declare la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio (Art. 220).

CAPITULO IV

FILIACION NATURAL

1. GENERALIDADES.

En el derecho moderno, se ha tratado de expedir nuevas leyes con el fin de nivelar a la familia, legítima, natural y adoptiva, así van cambiando según los países y su régimen existente, tenemos que la renovación en esta materia se inicia en la URSS, Rumania, Bulgaria, Hungría, Checoeslovaquia, China, Polonia, Cuba, etc. y demás legislaciones socialistas en el código del matrimonio, la familia y la tutela de la URSS. Establece que "los hijos cuyos padres no se hayan unidos en matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de personas unidas en matrimonio". También encontramos que se omiten en sus reglamentos sucesorales las discriminaciones familiares, salvo las distinciones de padre, hijo, hermano, etc.

Han tenido la intención de acabar con la filiación natural, para que encontremos una filiación legítima pero esta tendrá asidero cuando la unión libre sea fuente de filiación legítima, pero ha tenido mejor acogimiento la idea de darle mejor protección al hijo natural, debido a que bien sabemos que nunca se terminarán con ellos, y se han venido desarrollando las teorías siguientes: Primera la de nivelación de derechos y la segunda de atenuación de desigualdades. En esta última se han mantenido varias legislaciones del mundo, esto debido a causas como la evolución muy lenta de dichas sociedades, y de esta manera conservan las orientaciones clásicas, ha tenido que transcurrir mucho tiempo para

que sea admitido el paso de igualdad de derechos, de idéntica manera ha sido el asunto sucesoral, que se ha tratado de reducir las diferencias cuantitativas y cualitativas.

En la nivelación de derechos tenemos que decir que empezó en el año de 1.948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá, en donde se adopta la igualdad frente a la Ley, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna y tiene su preámbulo categórico que dice: " Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros". Posteriormente, en la Conferencia Interamericana de los Derechos Humanos, realizada el 22 de noviembre de 1.969 en Costa Rica y ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1.972, se dijo en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en su Art. 17 Numeral 5, que: "La Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos del mismo".

En el año de 1.973 en EE.UU. se aprobó en la Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformidad, cuyo objetivo principal es la "igualdad de todos los hijos, habidos o no del matrimonio".

Tenemos que concluir diciendo que son muy pocas las legislaciones que aportan una igualdad general de carácter sucesoral, en Colombia con la expedición de la Ley 29 de 1.982, es más equitativa esta ley que las adoptadas en México, Francia, en otras legislaciones como la de Alemania, Holanda, Inglaterra, Italia y Ecuador ha sido aceptada la igualdad hereditaria para los hijos exclusivamente, dejando discriminaciones para los demás.

2. RESEÑA HISTORICA DEL ESTATUTO LEGAL DE LOS HIJOS NATURALES.

El estatuto legal de los hijos naturales ha variado mucho a través de las legislaciones y de los prejuicios de las sociedades.

Efectivamente, en los primeros siglos de Roma el Epureus gozaba de los mismos derechos que el vástago legítimo. Pero esta situación varió más adelante y al llegar al período de Justiniano, las leyes prohibían averiguar la paternidad con fundamento en el principio "Mater semper certa est". Se aceptaba así, la investigación del origen materno. En esta época el hijo natural siempre conservó la plenitud de sus derechos respecto a la madre.

A través de la edad media, la condición jurídica del hijo natural mejoró de nuevo. El Derecho Canónico al establecer reparaciones para el caso de seducción y en algunos otros supuestos, autorizó la investigación de la paternidad y fijó la responsabilidad del autor. También lo autorizó cuando había reconocimiento escrito o la simple posesión notoria del estado. De aquí parten muchas normas jurídicas adoptadas hoy en la materia que nos ocupa.

En las legislaciones modernas, las tendencias reformadoras sancionan tanto el Código de Napoleón como el italiano y buscan contrario censo que el hijo pueda investigar a uno y a otro de sus padres, y a la vez que éstos reconozcan a sus hijos aún en el caso de hijos adulterinos o incestuosos.

"La investigación de la paternidad y otros más de los derechos que hoy se le otorgan en este país a los hijos naturales, ya estaban consagrados en Inglaterra (1835), Finlandia, desde 1878, en Canadá, desde 1866, en Suecia desde 1834, en Noruega y Dina-

marca, desde 1867, en todos los demás estados de la Unión Americana, Prusia, Escocia, Austria, Francia, Suiza, etc., desde los años antes de la guerra europea. Y lo que es más curioso, entre nosotros en gran parte desde la expedición del Código Civil, hasta 1887, cuando se derogaron los artículos 318 a 334 del Código Civil Vigente" (Gustavo Valbuena, Derechos de los Hijos Naturales - Pág. 9).

La Ley 153 de 1887, sustituyó el artículo 330 del Código por el 73 de la misma, para suprimir el inciso segundo, que imponía al raptor la obligación de suministrar a la mujer raptada, engañada (los alimentos que competen a su rango social). El Legislador del año 1887, condenó a la víctima del rapto y la seducción al hambre, miseria y prostitución.

El estatuto legal de los hijos naturales en Colombia. El Artículo 1o. de la Ley 45 de 1936 a su tenor dice: "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley" también se tendrá tal calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento".

Sin embargo, el Dr. Gustavo Valbuna ponente del Proyecto de la Ley 45 de 1.936 en su obra "Derechos de los Hijos Naturales", expresa: "Según el nuevo sistema ya no hay hijos espureos o de daño y punible ayuntamiento, simplemente ilegítimos, ni alimentarios. Todo el que nace, cualquiera sea la unión de donde procede, tiene derecho sobre sus progenitores". Más adelante agrega: "En principio todos los hijos que nacen por obra de padre que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, aunque uno o ambos lo estuvieren con personas distintas, son

hijos naturales. Se distinguen sin embargo dos casos: el de los hijos que tienen su título respecto de determinados padres sea por reconocimiento o por declaración judicial, o con relación a la madre soltera o viuda por el hecho comprobado del parto, y de los hijos que aún no tienen título para que a falta de reconocimiento, cuentan con acciones expeditas para acreditar quienes son sus padres y obtener concretamente su calidad de naturales de determinados progenitores. Conviene esta explicación porque no faltarán quienes no puedan librarse de la clasificación del Código y quieran conservar la denominación de ilegítimos para los que no hayan establecido su correlación filial. No, ellos son naturales de padres no conocidos pero legalmente conocibles, la vida jamás pudo ser ilegítima.

Considero que a pesar de lo valiosa y justa argumentación del Dr. Valbuena quien seguramente quiso quedara vigente en nuestro ordenamiento jurídico, ella no se compagina con el verdadero y claro tenor de las disposiciones antes mencionadas, por consiguiente podemos afirmar que en Colombia se distinguen los hijos naturales que son los que han sido reconocidos o declarados como tales, de los ilegítimos que son aquellos a quienes les falta el reconocimiento voluntario o judicial para llegar a tener la calidad de naturales o extramatrimoniales.

La primera parte de este artículo también contiene uno de los cambios más importantes de la reforma del año de 1.945. En efecto, si con la excepción que anota el artículo 3o. de la misma ley, el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, puede ser natural se concluye que los adulterinos o incestuosos puedan ser reconocidos o declarados hijos naturales. Con esta novedad la Ley 45 de 1.936, dejó de amparar el adulterio de los maridos por cuanto ya les exige

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

responsabilidades respecto de los hijos no habidos con su cónyuge, sino fuera del matrimonio.

La disposición que se examina, consagra también el derecho de los hijos naturales a ser declarados tales, contrario a lo que disponía la Ley 153 de 1887 en su artículo 55. En ésta se dejaba a la voluntad absoluta de los padres la declaración de naturalidad.

La segunda parte del Art. 55 de la Ley 153 de 1887, habla de quiénes tienen el estado de hijo natural y con relación a qué personas por el solo hecho del nacimiento.

Ella dice así: "También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento". Este párrafo del artículo amplió el 7o. de la Ley 95 de 1890 que a la letra reza: "No obstante lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 153 de 1.887 se presume 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".

Como puede observarse de la disposición transcrita, ya no se presume el hijo natural en este caso, sino que tiene esa calidad por el solo hecho del nacimiento. Por esto, si después de la Ley 45 de 1.936 se funda de cualquiera causal de ilegitimidad de las que impedían la accesión al estado civil de hijo natural no se podría ser en el caso sub-studio, lo cual si tenía cabida antes por basarse solamente en una presunción.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

La norma anterior habla de la madre soltera o viuda, pues la innovación no podría llevarse hasta el extremo de permitir el estado de hijo natural con relación a una mujer casada, sin que mediara controversia judicial de ninguna naturaleza.

La Ley de paternidad responsable en ninguna de sus reglas modificó el Artículo 1o. de la Ley 45 de 1.936, pero lo traje a mención toda vez que la Ley 75 de 1.968 se refiere en gran parte a tratar lo relacionado con los hijos naturales.

3. EL HIJO NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL.

Se dice que es hijo natural, el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, esto de acuerdo al artículo 1o. de la Ley 45 de 1936: "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural; cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento". Hoy a estos hijos se les denomina "hijos extramatrimoniales", de acuerdo al artículo cuarto de la Ley 1a. de 1976, que modifica al artículo 254 del Código Civil, al hablar de las relaciones sexuales extramatrimoniales; han deducido los comentaristas del derecho en esta materia, que esos hijos provienen de las relaciones extramatrimoniales. De esto me ocuparé más adelante, cuando haga un comentario al respecto.

El nacido fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción podrían haberse casado; en sentido amplio e impropio, esta expresión ha sido aplicada en general, a todos los hijos ilegítimos, pero en realidad son un punto intermedio entre los le

gítimos y los procedentes de otras uniones que han sido siempre re - probadas; sentido este que le han querido dar los críticos. Caben dos instituciones en derecho en relación con los hijos naturales, que son: a) el reconocimiento; b) la legitimación. Esta última se ha podido apreciar al analizar los hijos legítimos.

El reconocimiento se ha definido como un acto civil, por medio de la voluntad de los padres, por sentencia en firme, se convierte en legalmente cierto el estado del hijo natural, y se hace posible el ejercicio de los derechos inherentes a tal cualidad. Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre o la madre, o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad o maternidad de todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurren a demostrar la filiación natural; no habiendo posesión de estado, este derecho sólo pueda ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres. Por otra parte, la indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada.

Las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres se extienden a los hijos naturales, respecto a los padres de ellos; el padre y la madre tienen sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos; los padres están obligados a dar a sus hijos naturales los alimentos necesarios hasta la edad de los dieciocho años, y siempre que los hijos se hallen en circunstancias de no poder proveer a sus necesidades. Esta obligación incumbe a los herederos de los padres; la obligación de los alimentos es recíproca entre padres e hijos. Merece destacarse ahora entre tales preceptos normativos, como derechos al hijo natural reconocido, éstos: 1) llevar el apellido del padre que lo reconoce; 2) recibir alimento en el sentido restringido de la ley;

3) percibir una cuota hereditaria, integrada por la mitad de lo que corresponda a un hijo legítimo no mejorado. Con la Ley 29 de 1982, recibirán su cuota hereditaria en igual proporción a los legítimos.

Se denominan hijos naturales: a) El que nace de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí; b) El adulterino o no to, el engendrado por personas que en el momento de la concepción del hijo no podrían contraer matrimonio, porque una de ellas o ambas estaban casadas; c) El bastardo, el nacido de unión ilícita: es decir, el hijo extramatrimonial, e incluso el matrimonial adulterino; d) Hijo de padre desconocido, aquel cuya paternidad es ignorada por la generalidad de la gente, a veces por la misma madre y que no consta, por tanto, en el registro civil, se supone que el hijo es natural o ilegítimo; e) El ilegítimo, el nacido de padres que no podían contraer matrimonio ni en la época de la concepción ni al tiempo de nacer el hijo, por lo cual se distinguen de los propiamente ilegítimos de los naturales, los concebidos de padres que podían contraer matrimonio entre sí; f) El incestuoso, el habido por incesto, se le llama ilegítimo; hijo Mancer, el espurio nacido de ramera o mujer pública, en relación a la madre, hijos naturales, si por esta son reconocidos, de padre desconocido. Estos hijos o clasificación de hijos, es producto de; 1) de padres solteros; 2) de padre soltero y madre casada, pero separada; 3) de padres casados, pero separados, ya sea legal o extralegal; 4) de madre solter y padre casado, pero separado (hecho o de derecho); 5) el de las prostitutas; mujer pública y padre desconocido (según los intérpretes de esta materia); 6) de padre o madre casados (no cohabitan) y un soltero, etc.; de estas uniones nacen los hijos, que en este momento les llaman "naturales", "extramatrimoniales", y los otros como los incestuosos, etc. se les denomina "ilegítimos".

3.1 Hijos naturales según concepto de la Corte Suprema de Justicia.

Cuáles son sus derechos sucesorios cuando concurren con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45 de 1.936. Modificaciones introducidas al artículo 28 de esta Ley por el 30 de la 75 de 1.968. Es declarativa la sentencia que acoge la pretensión de filiación, por lo cual sus efectos se retrotraen al momento de la concepción del hijo. Cuando en la demanda introductoria del proceso de filiación natural se afirma que el demandante es hijo natural se afirma que el demandante es hijo de mujer casada, entonces, si a aquella pretensión no se acumuló la de impugnación, es necesario acreditar que previamente el hijo había perdido su calidad de legítimo, pero si en esa demanda separada no se afirma aquella situación, aunque en el curso del proceso se demuestre que la madre del demandante era casada, lo importante para que prospere la filiación natural es que al momento de dictarse la sentencia ya el hijo no esté cobijado por la presunción legal de legitimidad.

(Sentencia de casación civil de 30 de julio de 1976, dictada en el proceso ordinario suscitado por Myriam Reyes de Córdoba contra los herederos de Ramón Emiliani Vélez. Magistrado ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

2) En el caso sub lite, tanto los hijos legítimos de Ramón Emiliani Vélez, que son demandados, como Myriam Reyes de Córdoba, su hija extramatrimonial fueron concebidos antes de entrar a regir la Ley 45 de 1.936. Por tanto, la demandante, mientras subsistió el artículo 28 de esa ley, carecía de derecho para suceder ab intestato a su presunto padre natural, en virtud de que en tanto estuvo en vigor este precepto, concurriendo hijos naturales con legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley

45, los derechos herenciales de aquellos sólo se otorgaban a los concebidos con posterioridad a la fecha en que empezó a regir y no a los engendrados antes. Mas como la declaración de la herencia, es decir, el llamamiento de la ley al asignatario para aceptar o repudiar la herencia, sólo se le hace al hijo en el momento de fallecer su padre y no en ningún tiempo anterior, ya que en la sucesión de los bienes de una persona sólo se abre al momento de su muerte (Art. 1012 del C.C.); porque la herencia solo se defiere al heredero al punto de morir la persona de cuya sucesión se trata (Art. 1013 del ibídem); por cuanto en vida del padre, sus hijos, ora legítimos, ora naturales, sólo tienen la mera expectativa, pero ningún derecho cierto de llegar a suceder como legitimarios suyos; y como quiera en la adjudicación y partición de una herencia han de observarse las reglas que regían al tiempo de su delación (Art. 37 de la Ley 153 de 1887), indispensable será definir, previamente y como punto de partida, qué derechos sucesorales, concurrieron con hijos legítimos, tenía el hijo natural al momento de fallecer Ramón Emiliani Vélez.

Se advierte, en primer término, que el 7 de enero de 1969, fecha en que ocurrió el deceso de éste, ya había sido expedida, sancionada y promulgada la Ley 75 de 1968, en cuyo artículo 30 se dispuso, modificando así radicalmente lo que imperaba hasta entonces el artículo 28 precitado, que los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 tendrán, aún en concurrencia con los hijos legítimos de matrimonios anteriores, los derechos hereditarios que al hijo natural concede dicha ley.

Alega el recurrente que, como ya lo definió la Corte en su sentencia de abril 5 de 1973, la Ley 75 de 1968 empezó a regir el 1o. de marzo de 1969 pues no habiendo sido aprobado el artículo 68 del proyecto que indicaba desde cuándo debía entrar ella en

vigor, su observancia debía determinarse con base en el principio general sentado en el artículo 52 del C. de R.P. y Municipal que, en ese hipótesis, que la obligatoriedad de la ley empieza dos meses cabales después de la promulgación. Este planteamiento de la censura es ajustado a la verdad en cuanto a que desde el primero de marzo de 1969 está vigente el estatuto mencionado. Sin embargo, como el legislador puede establecer distintas fechas para la vigencia de los varios mandatos contenidos en una misma ley, desde luego que está expresamente facultado por el artículo 53 del C. de Régimen Político y Municipal para señalar el día cierto o determinado en que empieza la observancia de una norma legal, es claro que el principio general de que esta principia dos meses después de promulgada la ley, se entiende sin perjuicio de los preceptos en que explícitamente se haya fijado día distinto, anterior o posterior, para que empiecen a regir. En tal caso "principiará a regir la ley el día señalado", como terminantemente lo dice el artículo 53 antes citado, y no dos meses después de su inserción completa en el Diario Oficial.

Ahora bien, como en el propio artículo 30 de la Ley 75 de 1968, se estatuyó que el cambio de legislación allí contemplado se empezará a aplicar "en las sucesiones que se abran después de la sanción de la presente ley", sanción ocurrida el 30 de diciembre de 1968, y como la sucesión de Ramón Emiliani, según el artículo 1012 del Código Civil, fue abierta el 7 de enero de 1969, cuando ya estaba sancionada la Ley 75, entonces su hija natural, aunque concebida antes de la Ley 45, tiene los mismos derechos hereditarios que desde 1936 se habían otorgado a los hijos naturales concebidos después de entrar a regir dicha ley.

3) Es cierto así mismo, que cuando se abrió la sucesión de Emiliani Vélez, es decir, el 7 de enero de 1969, día de su fallecimiento, la

demandante aún no tenía la calidad de hija natural suya, pues ni había sido reconocida por aquel como tal ni para entonces se había proferido la sentencia que declaró la paternidad natural. Mas como esta especie de fallos pertenece a las sentencias típicamente declarativas, pues se limitan a constatar la existencia de hechos y ocurridos, es claro que los efectos de un pronunciamiento favorable sobre filiación natural se retrotraen no sólo al momento del nacimiento sino al de la concepción del hijo, en virtud del adagio; Infans conceptus pro nato habetur, quoties de comodis ejus agitur.

Por todo lo anterior, Myriam Reyes de Córdoba desde este ángulo visual, tiene vocación legal para suceder a Ramón Emiliani Vélez, en concurrencia con los hijos legítimos suyos, y a pesar de que ella fue la concebida antes de regir la Ley 45 de 1936, pues cuando se produjo la delación de la herencia había quedado insubsistente, pocos días antes, la norma restricta del artículo 28 mencionado. Y aunque es bien sabido que hasta el 30 de diciembre de 1968 los hijos legítimos de Emiliano habrían excluído de la herencia a su hija natural, por haber sido esta engendrada antes de la Ley 45, como la norma aplicable al momento de deferirse la asignación mortis causa (enero 7 de 1969) ya era otra, la del artículo 30 apuntado, y las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que antes anula o cercena, como la fulmina el artículo 17 de la ley 153 de 1887: síguese que Myriam Reyes de Córdoba, como hija natural de Ramón Emiliani, tiene vocación hereditaria para suceder a éste en calidad de legitimaria suya.

4) Como ya tuvo oportunidad de decirlo la Corte en sentencia de 19 de junio y 9 de octubre de 1975, una fue la solución que, en punto de impugnación de legitimidad presunta de hijos concebidos por la mujer casada, hizo la Ley 45 de 1936, y otra muy distinta la que ahora hace la Ley 75 de 1968. En la segunda de estas decisiones se dijo:

(El texto puede leerse en las páginas 87 a 92 de "Jurisprudencia Civil", Corte Suprema de Justicia, 1975. Editorial Tiempos Duros).

Conviene precisar, finalmente, que desde la vigencia del Código Civil, tanto en relación con el hijo póstumo como relativamente al caso en que el marido falleciera antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconocen al hijo como suyo, la acción de impugnación de la paternidad legítima presunta podrá y puede todavía ser promovida por los ascendientes del marido, por sus herederos y por toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual, en las circunstancias y dentro de los términos señalados en los artículos 219, 220, 221 y 222 del Código Civil.

Sin que, con anterioridad a hoy, la doctrina jurisprudencial hubiera hecho las precisiones necesarias según que en la demanda de paternidad natural la concepción del hijo se atribuya o no a mujer casada, se había dicho que, cuando no se demanden conjuntamente la impugnación y la declaración de paternidad, para iniciar separadamente el proceso de investigación de su paternidad natural el hijo de mujer casada debía haber triunfado previamente en el de impugnación de su presunta legitimidad, y en otras ocasiones se dijo que los supuestos de hecho para la declaración de paternidad en caso similar debía ofrecerse no previamente al promoverse la demanda sino al momento de hacerse la declaración. Pero es lo cierto que no puede establecerse siempre un mismo instante para tal procedimiento. En efecto: está bien que tratándose de declaración judicial de paternidad natural tales supuestos deban de existir en el momento de admitirse la demanda, si en esta se afirma que se trata de hijos concebidos por mujer casada; pero cuando en el libelo demandador no se hace tal afirmación, sino que la concepción del hijo se atribuye a mujer viuda o sol

tera, entonces, aunque en el curso de la situación se demuestre que la madre era casada para entonces, lo importante para que prospere la petición es que al momento de hacerse la declaración judicial de paternidad, el hijo demandante no esté amparado con presunción de legitimidad, ya porque no la tenga, ora porque haya sido destruída competentemente. Obrar de otro modo sería proceder con notoria injusticia frente al hijo a quien se hubiera ocultado el verdadero estado civil de su madre para cuando lo concibió, estado que se viene a descubrir, sea por revelación por la parte demandada o por otra causa, cuando ya estaba en movimiento la acción de investigación de la paternidad natural.

5) Ahora bien, como cuando se trabó la relación procesal en este proceso ordinario, es decir, cuando se notificó el auto admisorio de la demanda, ya regía en todas sus disposiciones la Ley 75 de 1968, es claro que ella es la aplicable para decidir el litigio pues, como ya lo tiene confirmado la doctrina jurisprudencial de la Corte, las normas de derecho sustancial que deben usarse para la composición de un pleito de filiación son las que regían cuando la relación jurídico procesal se estableció cabalmente, y no aquellas que estaban en vigor cuando el hijo fue concebido o cuando murió el progenitor presunto. Por tanto, en el caso de este pleito no es aplicable la Ley 45 de 1.936, sino la 75 de 1.968.

6) En el proceso de investigación de la paternidad natural, el preciso tema litigado no es otro que la determinación de quién es el padre del demandante. Allí se discute otro asunto. Por tanto, lo fundamental en los hechos de la causa petendi, lo sustancial para identificar la pretensión debatida, es que se señale la persona a quien se atribuye la paternidad y se exprese las presunciones de que esta se basa. Y cuando la demanda se apoya en la presunción que nace del hecho de que en la época de la concepción del demandante, existieron

relaciones sexuales entre la persona en quien se predica la paternidad natural y la madre de aquel, es indispensable también que se precise quién dio luz al hijo y se pruebe la maternidad. Pero de que en este caso se exija identificar a la madre y demostrar que el demandante es hijo de ella, no se sigue que sea necesario además probar que la madre es soltera o viuda.

La simple afirmación de que esta es soltera o viuda, hecha en la demanda, constituye hecho accidental en proceso en que se dispute una paternidad natural. Otra cosa es que el adversario pruebe que ni es soltera ni viuda, pues en tal evento, para que la pretensión de filiación natural prospere, requiérese la demostración o el demandante está situado dentro de una de las tres hipótesis contempladas en el artículo 3o. de la Ley 75 de 1968 para que el hijo de mujer casada pueda ser reconocido como natural.

Dedúcese de lo expuesto que no constituye causa petendi la circunstancia de que en el libelo introductorio del proceso se haya dicho que la madre Myriam era viuda cuando la concibió y que luego, cuando la parte demandada demostró que para entonces era casada aquella durante la segunda instancia haya demostrado que fue concebido por mujer casada, pero más de trescientos días después de que su madre había sido abandonada totalmante por su marido, es decir cuando estos estaban definitivamente separados.

El hecho que es fundamento de la pretensión es decir la alegación de que Ramón Emiliani Vélez era el padre de la demandante, en nada fue variado. (Véase sentencia del 25 de abril de 1975).

./.

4. RECONOCIMIENTO DEL QUE ESTA POR NACER

El reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento por los medios que contemplan los ordinales segundo, tercero y cuarto del artículo primero de la Ley 75 de 1.968, y que corresponde al reconocimiento por escritura, testamento y manifestación hecha ante un Juez.

Estos ordinales los trataré detalladamente en páginas posteriores.

5. PERSONERIA PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO.

Esta personería la tienen:

a) Los que prueben un interés actual en ello, siempre que demanden dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron ese interés actual y pudieron hacer valer sus derechos.

b) Los ascendientes legítimos del padre o madre reconocedores dentro de los sesenta días contados desde que tuvieron conocimiento, así lo estipula el Art. 248 del C.C.

c) La verdadera madre quien puede rechazar el reconocimiento que un hombre haya hecho de su hijo, con la sola manifestación de REPUDIO dentro de los sesenta días siguientes al reconocimiento.

d) La mujer que ha criado y provisto públicamente a la subsistencia del niño. (Art. 9 Ley 45 de 1.936).

La prueba debe estar orientada siempre, a demostrar que el hijo natural no ha podido tener como padre o madre a quien lo reconoció.

6. FORMAS DE HACER EL RECONOCIMIENTO.

El reconocimiento de hijos naturales es:

a) Solemne, pues debe revestir algunas de las formalidades de que habla el Art. 1o. de la Ley 75 de 1.968.

b) Es irrevocable, sin que ello quiera decir que no pueda anularse al estar viciado el consentimiento.

c) Es personalísimo, aunque el reconocimiento se haga conjuntamente por los progenitores.

d) Produce efectos Erga Omnes, es decir, el reconocido es hijo frente a todo el mundo sin distinción, y no solamente con relación a sus padres.

e) Debe ser notificado, Art. 57 Ley 153 de 1.887.

A la madre respecto del que está por nacer, o del recién nacido. (Art. 2 Ley 75 de 1.968);

Al representante legal del incapaz, que puede ser un curador especial;

Al propio reconocido si fuere capaz (Art. 240 C.C.).

A los descendientes legítimos del reconocido cuando se hace respecto de un hijo ya muerto (Art. 244 C.C.).

Quien tiene capacidad para aceptar lo puede hacer libremente, bien sea aceptándolo por documento o instrumento público o guardando silencio dentro de los noventa días siguientes a la notificación.

Entre las formas de hacer el reconocimiento tenemos las enumeradas por el Art. 1o. de la Ley 75 de 1.968 y que son:

1. Firmando el Acta de nacimiento quien reconoce.-

El hecho de suscribir el acta de nacimiento por parte del reconocedor, la ley entiende que es prueba inequívoca de su asentimiento y voluntariedad en el acto mismo del consentimiento.

Puede ocurrir el caso de que no concurra el padre o la madre sino una tercera persona a la inscripción del recién nacido, la ley establece que el funcionario que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad.

La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial destinado a tal efecto y de ella sólo se expedirán copias al hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y a quien haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, al defensor de menores y al mi-

nisterio público y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren.

La ley trata de que se identifique plenamente a los padres del recién nacido o del menor y de allí las observaciones e indagaciones que debe hacer el funcionario que extiende la partida y la expresión "de algún hecho probatorio" sobre los verdaderos padres del neonato. El funcionario inscribirá a los padres que el declarante indique y dentro de treinta días siguientes a la inscripción del funcionario que la haya autorizado la notificará personalmente al presunto padre, si éste no hubiere firmado el acta del nacimiento, el notificado deberá expresar, en el mismo acto del notificado si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna. En el primer caso se tendrá por reconocido el hijo y deberá suscribir el acta. En el segundo, es decir, si la rechaza el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores para que éste inicie el proceso de investigación de la paternidad.

En cuanto a la madre no hay problema, porque demostrado el hecho del parto se adquiere la condición de natural, respecto de la madre viuda o soltera. Art. 1 Ley 45 de 1.936.

En el caso de que la notificación no haya podido hacerse en el término de los treinta días siguientes a la inscripción, o de que quien inscriba no indique el nombre del padre o de la madre se comunicará igualmente al defensor de menores para que inicie la respectiva investigación ya mencionada. "Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado, o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a fallo de autoridad competente, no se

expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse". Art. 1o. No. 1 Inciso 4 Ley 75 de 1.968.

2. Por manifestación de reconocimiento en Escritura Pública.-

El Estado entiende que quien concurre al depositario de la fé pública, como lo es el notario, y mediante escritura pública reconoce al hijo como suyo, está haciendo manifestación solemne, voluntaria, unipersonal de reconocimiento, así el objetivo principal del documento público no sea el acto de reconocimiento. Por ejemplo, si otorga un poder general y en el que se nombra a su hijo fulano de tal como apoderado de todos los negocios. Si después revoca el poder, el hijo queda reconocido de todas formas. Otra cosa es el hecho de atacar el contenido mismo del reconocimiento por vicios del consentimiento en el acto mismo, como por ejemplo ha habitado coacción insuperable.

3. Por testamento caso en el cual la revocación de este no implica la del reconocimiento.-

Como la Ley no hace diferencia del testamento para el conocimiento se debe entender que el reconocimiento hecho en cualquier testamento es válido, y que si éste se revoca o se anula, este hecho no implica la revocatoria o anulación de reconocimiento. Sin embargo, como lo sostiene el Dr. Suárez Franco:

"En todo con la revocación del testamento no implica la del reconocimiento, pero si el testamento adolece de vicios que compromete su validez, hasta donde comprometen el reconocimiento". Habrá que distinguir entre las cosas que lo

han originado esa nulidad. Si ésta proviene de omisión los requisitos de fondo, tales como la incapacidad pro impuberta o demencia, el reconocimiento se hace nulo. Algo semejante ocurre si la voluntad prestada para otorgar el testamento se hallaba viciada pero si de formalidad de trato, en reconocimiento se tendrá como una confesión extrajudicial que servirá como medio probatorio para hacerle valer en el juicio, conforme lo prevé el Artículo 6o. numeral 3o. de la Ley 75 de 1.968".

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

En virtud de la autoridad que el Estado confiere a los jueces, la manifestación expresa y directa hecha ante uno de éllos por el padre o madre del menor, donde se acepta ese hecho, se tiene como prueba suficiente de reconocimiento, así el objeto de la diligencia no sea este. Sería el caso por ejemplo, causal las relaciones sexuales, extramatrimoniales con otra mujer, de la cual tuvo cierto hijo este hecho o confesión constituye un reconocimiento de la condición de hijos naturales de los hijos extramatrimoniales.

7. RECONOCIMIENTO POR CONFESION FICTA O PRESUNTA.

Establece el numeral 4o. inciso 2o., Artículo 1o. de la Ley 75 de 1.968, que:

"El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o

ejerza su guarda legal el defensor de menores y el ministerio público, podrán pedir que el supuesto, padre o madre sea citado personalmente ante el juez de menores o declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere pudiendo hacerlo y si hubiere repetido una vez la citación expresándose en objeto se mirará como reconocida la paternidad previos los trámites de una articulación, la declaración judicial será revisada en los términos del artículo 18 de la presente Ley.

Tenemos entonces que:

a) Si el padre o madre ha sido citado personalmente ante el juez y no concurrieran a las citas hechas, se tendrá como reconocida la paternidad o maternidad.

b) Para esta decisión debe tramitarse "una articulación" hoy un incidente pues la Ley 75 de 1.968 es anterior al actual Código de Procedimiento Civil. Tal incidente debe ser promovido lógicamente por las personas señaladas por la Ley.

c) Este reconocimiento queda en firme y solo tiene acción de revisión dentro de los dos años siguientes a la publicación del fallo por parte del demandado y dentro de los cinco, por parte de los demandantes pero tiene también el recurso extraordinario de revisión sobre ello ha dicho la Corte:

"De paso obsérvese que no es lo mismo la ACCION DE REVISION (Art. 94 de la Ley 86 de 1.946 y 18 de la Ley 75 de 1.968) que el recurso EXTRAORDINARIO DE REVISION (Art. 379 y siguientes) del Código de Procedimiento Civil) no es lo mismo demandar en juicio ordinario de la revisión de la sentencia proferida por el juez de menores en liti-

glo de paternidad, que ejercitan el recurso extraordinario de revisión sobre el punto la Corte en sentencia de 15 de diciembre de 1.972 dijo:

"Aunque tiene similitud es evidente que no son una misma el recurso extraordinario de revisión que consagra el Artículo 542 del C. Judicial y que hoy erige el 379 del C. de P.C. y la acción de revisión que el Artículo 18 de la Ley 75 de 1.968 estableció contra las sentencias de juzgados de menores que declaran y nieguen la paternidad natural".

"Asemájase en que uno y otro caso existe la caducidad del derecho, pues el recurso debe interponerse, dentro de los dos años a la ejecutoria de la respectiva providencia, según lo dispone el artículo 381 del C.P. Civil y la acción debe promoverse, por parte del demandado, dentro de los dos años siguientes a la publicidad del fallo, como lo estatuye el artículo 18 se parecen también en que tanto el recurso como la acción caben hoy frente a sentencias dictadas por Juez de menores".

"Diferéncianse, empero, en que el recurso extraordinario de revisión de sentencias proferidas por uno de estos jueces solo puede formularse ante el Tribunal Superior correspondiente (numeral 2 del artículo 26) del C.P. Civil, en tanto que la acción de revisión de las mismas solo puede presentarse ante el Juez del Circuito Civil respecto (Art. 18 precitado) el recurso únicamente puede fundarse en causales previamente relacionados en la Ley (Art. 380 del C.P.C.) la acción en cambio no está limitada por causales taxativas; la demanda, en tratándose del recurso extraordinario, debe llenar las formalidades precisas que señalan el Artículo 382 del C.P. Civil, en tanto que aquella es que se ejercita la acción de revisión y debe llenar solo las propias de toda demanda en proceso ordinario (Art. 75); el

trámite de este se sigue en la acción de revisión y, en cambio, en el recurso extraordinario se sigue un rito que resulta especial como surge del Artículo 383 ibidem, en el recurso de revisión, el demandante, antes de que se admita el libelo introductorio, inescusablemente debe prestar caución para garantizar los perjuicios que pueden causar a quienes fueron parte en el proceso que dictó la sentencia, las costas y las multas, lo cual no se requiere cuando se adelanta la acción de revisión, la sentencia del juez de menores que declara la paternidad natural produce todos los efectos propios de un fallo, los que no pueden suspenderse mientras aquella, "no es informada en juicio de revisión" que debe adelantarse ante juez civil, y por el contrario en el recurso extraordinario es posible decretar la suspensión de los efectos pendientes de la sentencia recurrida (Art. 385 ibidem).

"Precisa: sin embargo, que en tanto es vigor la Ley 75 de 1.968 y ante la vigencia de los decretos 1.400 y 2019 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), contra la sentencia de juez de menores que declaraba o negaba la paternidad, ora la paternidad, solo era procedente la acción de revisión que debía proponerse ante el juez civil del circuito respectivo, y no cabía contra la misma el recurso extraordinario de revisión, pues, de estas estaban excluídas las sentencias proferidas por jueces de menores; hoy en cambio ese fallo puede ser atacado intentando contra él la dicha acción de revisión consagrada en el artículo 18 de la Ley 75 y también, interponiendo contra el mismo el recurso extraordinario de revisión ante el correspondiente Tribunal Superior del Distrito Judicial (Art. 26 y 376 del C.P. Civil)".

"La acción de revisión, como ya lo fijó la Corte constituye un medio o posibilidad de ventilar en juicio ordinario el mismo asunto que ha sido transmitido y resuelto por vía especial (G.J. CXXXL 194)" para buscar fin perseguido, una resolución distinta aduciendo toda clase

de pruebas conducentes al fin perseguido (G.J. LIX 339). Por tanto no consiste en someter a la decisión de otro juez, y ya por la vía ordinaria, exactamente el mismo material probatorio que tuvo ante sus ojos el de menores y precisamente los mismos puntos que ante él se debatieron, la acción de revisión a que refiérese el artículo 18 de la Ley 75 de 1.968, si bien tiene como tema fundamental de decisión el fenómeno jurídico de la filiación natural permite discutirla en toda su dimensión y no simplemente sujeta a los mismos y preciso extremo que había sido planteado ante el juez de menores. Tal ha sido la tesis pregonada últimamente por la doctrina judisprudencial de la Corte como aparece en la sentencia del 26 de octubre y 20 de noviembre del año en curso en los que se dijo que el juez civil que conoce de la acción de revisión puede elaborar nuevas pruebas y decidir sobre nuevo punto aunque ni uno y otros hubieran sido previamente aducido o alegados ante el juez de menores".

En síntesis, de la decisión del juez en estos casos tiene:

a) Acción de revisión ante el juez civil del circuito donde se puede discutir en proceso ordinario y en forma amplia todo lo referente a la filiación aduciendo, si es del caso, pueba nuevas no debatidas anteriormente.

b) Recursos extraordinarios de revisión ante el Tribunal conforme a las reglas que rigen el recurso extraordinario según el C. de P. Civil.

En el primer congreso de procesalistas celebrado en Bogotá en diciembre de 1.978 se propuso la eliminación de la acción de revisión y en su lugar establecer simplemente la apelación ante el Tribunal para ese tipo de decisiones. Lógicamente quedaría vivo el recurso extraordinario de revisión, ya en la forma y con las limitaciones del C.P.

Civil.

8. IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO.

El Artículo 5o. de la Ley 75 de 1.968 establece qué:

"El reconocimiento solamente será impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248, 325 del Código Fiscal.

Es decir afirma la Corte:

"Hecho el reconocimiento de paternidad por cualquiera de los cuatro medios que taxativamente señaló el Art. 1o. de la Ley 75, solo podrán impugnarlo los que prueben un interés actual en ello, siempre que demanden dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron ese interés y pudieron hacer valer su derecho, y, además los ascendientes legítimos del reconocedor, dentro de los sesenta días contados desde que tuvieron noticia del reconocimiento, en todo caso, el impugnante debe demostrar que el hijo natural no ha podido tener como padre a quien lo reconoció.

"Fluye de lo anterior que quienes son hermanos legítimos del causante a quien heredarían de no estar de por medio del hijo natural, (Art. 21 de la Ley 45 de 1.936) estos plenamente legitimados por activa para impugnar el acto jurídico del reconocimiento del hijo, dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho."

9. CASOS EN LOS CUALES PUEDE SER RECONOCIDO EL HIJO DE MUJER CASADA.

Analizamos el Art. 3 de la Ley 75 de 1.968 y tenemos:

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

Actualmente es lógico pensar que el hijo concebido durante el divorcio no goce de la presunción de legitimidad, toda vez que de acuerdo con la Ley 1a. de 1.976, el divorcio del matrimonio civil rompe el vínculo y por lo tanto no habría lugar a fundamentar la presunción de legitimidad.

Al propio tiempo que la ley establece que si ha sido concebido durante la separación legal de los cónyuges, puede llegar a ser reconocido como natural a pesar de la subsistencia del vínculo, tanto en el matrimonio católico como en el civil, puesto que para ambos matrimonios existe la separación de cuerpos, a pesar de que en este estado continúa la obligación de fidelidad para los cónyuges, demostrando el marido o aceptando la mujer que no existió en dicho tiempo tal fidelidad, se puede obtener el reconocimiento de la maternidad natural. Todo esto, salvo que se presenten los eventos contemplados en la disposición como son el reconocimiento por parte del marido por actos positivos o que hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

2. Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad, es decir, sesenta días a partir del momento en que tuvo conocimiento

del parto (Art. 217 C.C.), la mujer acepta el desconocimiento, y el Juez lo aprueba, con conocimiento de causa, e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores si fuere menor.

El Dr. Hernán Gómez Piedrahita, en su obra "Introducción al Derecho de Familia", nos dice: "Se ha dicho por algunos comentaristas que esta causal constituye un desconocimiento extrajudicial por parte del marido y nos apartamos de los distinguidos juristas por las siguientes razones:

Al tener el hijo de mujer casada en principio un status como hijo legítimo, para poder destruir esta presunción legal se debe acudir a un proceso civil en el cual un Juez de la República declare mediante sentencia que la presunción ha sido destruída. El marido debe acudir entonces a un proceso verbal que tiene un trámite en el Código de Procedimiento Civil en su Art. 422 y ss., pues no otro es el sentido de la mencionada disposición:

"Art. 442. Procedencia. Se tramitarán en proceso verbal los siguientes asuntos, cualquiera que sea su cuantía .....
.....
15. Los que conforme disposición especial deba resolver el Juez con CONOCIMIENTO DE CAUSA o breve o sumariamente, o con prudente juicio, o a manera de árbitro".

Se deberá entonces demandar al hijo, a quien se le nombrará un curador si fuere incapaz, se citará al defensor de menores, y se notificará igualmente de la demanda a la mujer. El curador deberá ser nombrado para que represente

los intereses del menor conforme al Art. 95 de la Ley 83 de 1946, para protegerlo de la posible colusión de sus padres. Y además, interviene el defensor de menores como apoyo de los mismos intereses del menor.

El Juez deberá agotar el procedimiento verbal y si la mujer acepta el desconocimiento, deberá practicar las pruebas pedidas por el curador o el defensor de menores para posteriormente fallar con conocimiento de causa, en sentencia que se entenderá notificada en la misma audiencia, dejando de ello un acta que será firmada por el Juez, el secretario y las partes.

Lo que la ley quiso establecer fue un medio o proceso más expedito cuando se presenta una prueba abundante y contundente como sería la aceptación del desconocimiento por parte de la madre, pero sin que ello indique que faculta el conciliabulo o la trama para despojar al hijo de su condición de legítimo, sin un verdadero proceso, lo cual resulta por demás absurdo e injurídico".

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

En esta causal difiere de la anterior por cuanto el proceso ordinario de mayor cuantía, puede el hijo, aún viviendo el presunto padre demandar su presunta legitimidad cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal, con audiencia del marido y de la madre o de sus herederos si ya hubieran muerto éllos. En el segundo caso necesariamente interviene el marido, la mujer, el hijo si fuere capaz, su representante legal en caso de incapacidad (curador) y el defensor de menores, si fuere menor.

Recapitulando tenemos: En el segundo evento tratado es el marido quien demanda desconociendo la presunta legitimidad, se notifica a la mujer que acepta tal desconocimiento y a las demás partes.

En el tercer evento puede demandar por la vía ordinaria el marido, si la mujer no acepta el desconocimiento; o esta demanda igualmente la presunción de paternidad legítima como representante de su hijo demostrando que su hijo nació después del décimo mes siguiente al día en que el marido o ella abandonó definitivamente el hogar; o el hijo si fuere capaz personalmente o por intermedio de su representante legal. Si el marido no tiene residencia se emplaza, de donde se infiere que no es necesaria, como en el segundo caso su presencia.

Si el hijo fuere menor de 16 años conocerá el juez de menores, si ésta demanda. Si es el padre quien demanda o impugna la presunción de legitimidad, será competente el Juez civil del circuito. Si se acumula en la demanda del hijo menor de 16 años la acción de paternidad natural, será competente el Juez Civil del circuito por la vía ordinaria.

CAPITULO V

DECLARACION JUDICIAL DE LA PATERNIDAD

1. RECLAMACION DE ESTADO DE HIJO NATURAL.

1.1 Competencia.-

1. Si quien demanda es un menor conoce del proceso el Juez de menores; en este evento deben estar vivos demandante y demandado. La madre podrá iniciar el proceso desde el 5o. mes de gravidez hasta cuando el hijo cumpla los 18 años. (Art. 86 L. 83/46 y 26/77).

2. Muerto el presunto padre o el hijo, la demanda solo podrá intentarse ante el Juez Civil del Circuito por la vía ordinaria.En el primer caso se sigue el procedimiento señalado en los artículos 14 y s.s. de la Ley 75 de 1.968 que dicen:

"Formulada la demanda por el defensor de menores o por cualquier otra persona que tenga derecho a hacerlo, se le notificará personalmente al demandado, quien dispone de ocho días para contestarla.

"En caso de oposición o de abstención del demandado, el negocio se abrirá a prueba por el término de veinte días, durante el cual se ordenarán y practicarán las que sean solicitadas por las partes o que el juez decrete de oficio. Si el juez lo considera indispensable, podrá ampliar

hasta por diez días más el término probatorio aquí señalado, para practicar las que estén pendientes.

"En todo caso, el juez exigirá juramento al demandado conforme al artículo 1o. numeral 4o. de esta ley, para lo cual bastará una sola citación personal de aquel, y celebrará durante el término de prueba audiencias con intervención de las partes y de los testigos, a fin de esclarecer no solo lo tocante a la filiación del menor, sino los demás asuntos por decidir en la providencia que ponga fin a la actuación, y podrá decretar de oficio las pruebas que estime conducentes a los mismos fines".

"Art. 15. En cualquier momento del proceso en que se produzca el reconocimiento conforme el Artículo 1o. de esta ley, el Juez dará aviso del hecho al correspondiente funcionario del estado civil para que se extienda, complemente o corrija la partida de nacimiento, tomará las providencias del caso sobre la patria potestad o guarda del menor, alimentos, y cuando fuere el caso sobre la asistencia de la madre.

"Art. 16. Vencido el término probatorio se surtirá nueva audiencia dentro de los ocho días siguientes, en la cual las partes podrán hacer el resumen de sus pretensiones y argumentos. El Juez pronunciará sentencia, dentro de los ocho días siguientes.

"En la sentencia se decidirá, si antes no se hubiere producido el reconocimiento, sobre la filiación demandada y a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, habida cuenta de todos los factores que pueden influir

sobre la formación de aquel, o si se le pone bajo guarda, y a quien se le atribuye. También se fijará allí mismo la cuantía en que el padre, la madre o ambos habrán de contribuir para la crianza y educación del menor, según las necesidades de éste y la condición y recursos de los padres".

2. RECURSO DE REVISION DE LA SENTENCIA.

1. La sentencia dictada por el Juez de menores es revisable por la vía ordinaria ante el Juez civil del circuito sin limitación de ninguna clase e incluso estimando nuevas pruebas y dentro de los términos señalados en el artículo 18 de la Ley 75 de 1.968. Esta se ha denominado acción de revisión.

2. Antes de los decretos 1400 y 2019 de 1970 (Código de Procedimiento Civil) solo existía contra esta sentencia la acción de revisión, pero hoy conforme al Art. 379 del C. P.C. tiene también el recurso extraordinario de revisión ante el correspondiente tribunal del distrito. En este sentido se pronunció la Corte en Casación de 8 de Julio de 1975.

En síntesis, la sentencia del Juez de menores tiene dos recursos:

1. La acción de revisión ante el Juez civil del Circuito donde se puede debatir ampliamente el hecho principal; aducir nuevas pruebas y decidir sobre nuevos puntos, aunque estos no hubiesen sido alegados ante el Juez de Menores.

2. Recurso extraordinario de revisión ante el Tribunal del Distrito conforme al artículo 379 C.P.C. y sometido al rigorismo del recurso extraordinario, como ya lo anotamos anteriormente al citar la doctrina de la Corte.

3. PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO.

El trámite ante el Juez civil del Circuito es del proceso ordinario de mayor cuantía. Al redactar la demanda se debe tener mucho cuidado con la causal o causales alegadas, los hechos y su prueba, pues el éxito del litigio depende de estos factores.

La Corte dijo sobre este aspecto lo siguiente:

"En tratándose de demanda en que se pide la declaración de paternidad natural, el demandante está obligado a señalar en su libelo los hechos, que según la Ley 75 de 1968, son constitutivos de las distintas presunciones en que se funda la paternidad que demanda, pues si luego se demuestran los de una que no fue invocada en la demanda, el fallador no podrá, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal, reconocer la paternidad, ya que, como lo tiene sentado la Corte, los hechos del libelo demandador son los mojones que demarcan el campo del litigio e individualizan la pretensión señalándole al demandado el preciso terreno al que se le cita. Si se pudiera, como lo dice el adquem, dictar el fallo con apoyo en presunción no invocada en el libelo incoativo del proceso, simplemente porque los hechos en que se estriba quedaron probados con posterioridad al momento en que se trabó la relación procesal, con ellos se sorprendería al demandado y se quebrantaría frontalmente el principio de la congruencia en los fallos consagrados en el artículo 305 del C.P. Civil, pues su

último inciso solo es aplicable en tratándose de hechos "modificativos o extintivos" del derecho sustancial sobre el que versa el proceso, más no sobre los "constitutivos" del mismo. En definitiva, tanto hoy como frente al estatuto procesal abolido, el fallador no tiene facultad para decidir la controversia con estribo en hechos sustanciales que no fueron expuestos en la demanda como causa petendi, aunque se hayan probado plenamente y alegado antes de la sentencia".

4. CASOS EN QUE SE PRESUME LA PATERNIDAD NATURAL Y HAY LUGAR A DECLARARLA JUDICIALMENTE.

1. Presunción.- En el caso de violación cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

2. Presunción.- En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad.

Podemos observar en estos dos eventos, sin ningún esfuerzo, que todo se reduce a probar:

a. Relaciones sexuales obtenidas en forma dolosa con la mujer;

b. Coincidencia entre estos hechos y la época de la concepción, porque si se prueba que hubo violación o seducción, etc., pero no se pueden probar que estos hechos coinciden con los de la concepción, el juez no podría decretar la filiación, y

c. Probar que el hijo lo es de la seducida o violada, porque lo que se imputa en el fondo son unas relaciones sexuales, y resultaría ilógico no demostrar entre quienes las hubo, así sea por los medios a que nos hemos referido.

Por ello ha dicho la Corte:

"Lo que significa, en suma, que tratándose de relaciones sexuales se requiere, para definir judicialmente la paternidad natural, que previamente se haya establecido la filiación con respecto a la madre, o cuando menos, que en el mismo proceso de investigación de la paternidad se compruebe la filiación materna. Injurídico a todas luces sería definir en sentencia esa paternidad con base en relaciones sexuales, sin vincular con éstas al padre así declarado y a una mujer determinada".

No se requiere a nuestro juicio que haya habido condena penal por la violación, o la seducción, sino simplemente comprobar eficazmente ante el juez civil que conoce el proceso de filiación natural, que éstos eventos tuvieron ocurrencia.

3. Presunción.- Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

La Ley se refiere en este caso a la existencia de documentos bien sean públicos o privados, en los cuales el pretendido padre haga manifestaciones claras y precisas (inequívocas) de su paternidad. Estas manifestaciones pueden hacerse en documentos públicos, como cuando en

escritura pública de otorgamiento de un poder general se dice o se nombra al hijo del otorgante; o también en documentos privados, como en cartas, o tarjetas postales, o telegramas, etc., donde se haga manifestación inequívoca de la calidad de padre. No es simplemente cualquier escrito, sino el que contenga la categoría de INEQUIVOCA MANIFESTACION en contraposición al EQUIVOCO, o que pueda ser fácilmente interpretado en varios sentidos. Entre los documentos más aceptables como manifestación inequívoca de paternidad, está la declaración de renta y patrimonio y en este sentido la Corte se ha pronunciado:

"Es indudable, pues, que en las circunstancias indicadas una declaración de renta y patrimonio constituye ejemplo claro del "escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad", suficiente según el ordinal 3o. del artículo 4o. de la Ley 45 de 1936 (hoy numeral 3o. del Art. 6o. de la Ley 75 de 1968) para fundar una declaración judicial de filiación natural. Conclusión que se ve corroborada por la circunstancia de que el mismo derecho positivo tácitamente así lo admite, como que no otra cosa ha de deducirse del texto del artículo 2o. del Decreto 01651 de 1961, expedido en uso de facultades extraordinarias conferidas por el artículo 134 de la Ley 81 de 1960, artículo que al tratar sobre la reserva de la declaración de renta y patrimonio dice en su inciso tercero: " Para los juicios de filiación natural pueden suministrarse a petición de autoridad competente, únicamente copias autenticadas de las informaciones que figuren en la declaración de renta y patrimonio para solicitar exenciones por personas a cargo, o del nombre de la persona que figure como cónyuge del

contribuyente " (sentencia Julio 8 de 1970).

Esta situación está contemplada en el parágrafo del artículo 7o. de la Ley 75 de 1968, al decir:

"El Juez podrá también en todos estos juicios pedir que la respectiva administración o recaudación de hacienda nacional CERTIFIQUE[si en la declaración de renta del presunto padre hay constancia de que el hijo o la madre o ambos han figurado como personas a cargo del contribuyente".

También la Corte (Cas. Agosto 14 de 1970) aceptó que la declaración hecha en póliza de seguros es manifestación inequívoca de paternidad.

4. Presunción.- En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

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

Cuando se demanda la filiación con base en esta causal es necesario que en el proceso respectivo se acrediten por lo tanto los siguientes hechos:

a. Relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre:

b. Si no hay confesión de ellas que dichas relaciones se deduzcan de la naturaleza, intimidad y continuidad del trato de amante que el padre dé a la madre;

c. Que dichas relaciones coincidan con la época de la concepción es decir, que el hijo haya nacido después de 180 días de iniciadas tales relaciones o dentro de los 300 a aquella fecha en que terminaron.

d. Acreditar la filiación materna siempre que se aleguen relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre.

En cuanto a esta presunción (numeral 4o. del Art. 6o. Ley 75 de 1968), es necesario hacer las siguientes precisiones:

1. No son objeto de prueba directa y por tal motivo la ley autoriza deducirla de la conducta de los amantes;

2. Debe existir cierta notoriedad en las relaciones de los amantes, pues si son absolutamente secretas, sería imposible probarlas. Se debe tener en cuenta obviamente la posición social de la pareja, el ambiente, las circunstancias que rodean el hecho, etc.;

3. Es indispensable probar no solamente que existen las relaciones sexuales, sino que éstas tuvieron cumplimiento en cualquiera de los días en que de derecho se presume la concepción. Por lo tanto, no se requiere demostrar que las relaciones comenzaron en determinada fecha y terminaron en otra, sino que es indispensable probar que tuvieron ocurrencia en la época en que se presume la concepción. Esto es muy importante al elaborar la demanda, pues en infinidad

de casos ha fracasado la pretensión porque se alegan como hechos los de iniciación y terminación de las relaciones sexuales, olvidando demostrar su existencia en la época en que se presume la concepción.

Sobre este aspecto se pronunció la Corte en casación de 7 de septiembre de 1976 y en julio 14 de 1975.

4. Cuando se alega como causal, relaciones sexuales, entre el presunto padre y madre se debe demostrar además de las relaciones sexuales, que el demandante es hijo de la mujer con quien el demandado o presunto padre tuvo trato carnal y así lo estime la Corte en sentencia de Agosto 21 de 1.975.

5. Las relaciones sexuales son susceptibles de probarse por confesión, bien sea judicial o extrajudicial. "Como es apenas obvio -dice la Corte- las relaciones sexuales determinantes de una paternidad natural son susceptibles de prueba por confesión. En tal caso ésta puede ser judicial o extrajudicial: asume el primer carácter si se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones; y adquiere el segundo cuando se efectúa en otra ocasión" (Art. 194 C.P.C).

7. "Como la confesión extrajudicial de relaciones sexuales es la que se hace, no ante un juez en ejercicio de sus funciones sino en otra oportunidad o ante personas distintas, para su eficacia probatoria tiene que ser demostrada en el proceso en que se hace valer, o sea que en tal caso es indispensable, como lo dice la doctrina, probar la prueba. El numeral 6o. del Art. 195 del C.P.C., exige como requisitos de la confesión que "se encuentre debida-

mente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada".

6. Se puede deducir del trato personal y social del padre y la madre - Es decir, la ley autoriza al Juez para que tome como indicio grave de relaciones sexuales, el trato personal y social de los amantes. Sobre este aspecto, la Corte dijo:

"No se remite a duda, entonces, que en lo atinente al establecimiento de la paternidad natural por causa de relaciones sexuales, se dio un importante viraje, ya que concedió a quien alegue esa causal la posibilidad de demostrarla con respaldo en el trato personal y social ocurrido entre la madre y el supuesto padre, teniéndose en cuenta las circunstancias en que tuvo lugar, sus antecedentes, su naturaleza, intimidad y continuidad. Por consiguiente, comprobadas las relaciones sexuales y la ocurrencia de las mismas durante la época en que se presume realizada la concepción, surge la presunción de paternidad natural de que trata el numeral 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968".

7. La "continuidad" a que se refiere el segundo inciso del numeral 4o. del Artículo 6o. que comentamos, se refiere no a "continuidad en relaciones sexuales", sino a "continuidad en el trato de los amantes, personal y social", en la época en que se presume la concepción. La Corte, dijo al respecto: "Cuando la Ley 75 de 1968, en su artículo 6o., al señalar taxativamente los casos que dan lugar a presumir la paternidad natural, dispuso, en el inciso segundo del numeral 4o. que las relaciones sexuales "podrían" inferirse del trato personal o social entre la ma-

relaciones no hayan trascendido al círculo familiar o al vecindario, y aunque hayan sido pasajeras y no estables. Ahora el trato carnal puede ser público y no estable, o puede tener estabilidad y no ser público, o puede suceder que no tenga ninguna de estas características. Lo decisivo es que efectivamente hayan existido relaciones sexuales y que su ocurrencia sea coincidente con la época en que, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, tuvo que ocurrir la concepción del hijo".

9. El trato personal y social entre el padre y la madre se puede tener como indicio de relaciones sexuales y a la vez como presunción de paternidad (numeral 5o. Art. 6o): "La circunstancia de que el Juez pueda tener como indicios de relaciones sexuales, según el inciso segundo del numeral 4 memorado hechos que al tenor del numeral 5 hacen presumir la paternidad natural; y de que pueda aplicar esta presunción con apoyo en hechos que serían indicios de relaciones sexuales (el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y el parto), ponen de presente la falta de técnica legislativa en que incurrió el legislador de 1968 al permitir que un mismo supuesto de hecho -trato personal y social del presunto padre y la madre- sirva a la vez como indicio de relaciones sexuales y como presunción de paternidad natural" (cas. de Junio 16 de 1972).

10. En el caso de concubinato, sencillamente se prueban las relaciones sexuales, que se infieren del trato personal y social de los amantes.

dre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad, no con ello preceptuó que para dar por demostradas esas relaciones "siempre", sea necesario demostrar que los progenitores se trataron de tal manera, ya personal, ya socialmente, que la naturaleza, intimidad y continuidad de ese trato permita sacar la inferencia de paternidad. El querer del legislador fue otro; permitir dar por demostrada la existencia de relaciones sexuales durante la época en que se presume haber ocurrido la concepción del demandante, cuando los antecedentes y el comportamiento de los amantes durante tal período permite inferir, por la naturaleza, intimidad y continuidad del trato que se han prodigado personal o solamente en ese lapso, que entre ellos existieron relaciones sexuales. Es claro entonces que la continuidad de que habla el texto legal no se refiere a las relaciones sexuales sino al trato de los amantes".

8. Las relaciones sexuales, no tienen que ser públicas, ni estables, ni notorias, basta que coincidan con la épocan de la concepción. La Corte al respecto sentenció:

"Hoy, como lo viene sosteniendo la Corte desde la vigencia de la Ley 75, las relaciones sexuales que permiten fundar la presunción de paternidad no tienen que ser públicas, ni estables, como si exigía la abrogada Ley 45 de 1936. En la actualidad, con demostrar que entre la madre y un determinado hombre existieron relaciones sexuales durante la época en que, de derecho, se presume haber ocurrido la concepción del hijo, surge sólido fundamento para declarar la paternidad de aquél, aunque dichas

11. No es necesario y menos indispensable señalar con precisión las fechas en que ocurrieron las relaciones sexuales para ello es suficiente demostrar que éstas tuvieron ocurrencia en la época en que se presume la concepción:

12. "Para declarar la paternidad natural con apoyo en la existencia del trato carnal entre la madre y el supuesto progenitor durante la época en que, según el artículo 92 del Código Civil, debió tener lugar la concepción del demandante, no se requiere que los testigos que deponen sobre
13. los hechos que permiten conjeturar la ocurrencia de ese trato carnal, expresen con precisión o digan también, señalando los respectivos días, cuando se iniciaron o cuando terminaron dichas relaciones sexuales. Nada importa para el caso, como ordinariamente suele acontecer, que los testigos desconozcan el día en que el trato carnal tuvo inicio o aquel en que cesó temporal o definitivamente. Lo importante, según lo imperado por la ley en su numeral 4o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, es que la convivencia sexual que haya tenido la madre con aquel a quien señálese como progenitor, COINCIDA con cualquiera de los días que integran el período en que debió producirse la concepción del hijo cuya paternidad se investiga. La norma citada no exige que se determinen las fechas entre las cuales existieron relaciones sexuales; su exigencia se limita a que se demuestre plenamente que el trato aconteció, y que el tiempo en que él tuvo ocurrencia coincida al menos en parte, con el período en que el hijo fue concebido..."

"Por último, nada aprovecha a la causa de quien demanda la paternidad el que se acrediten las fechas en que có-

menzaron y terminaron unas relaciones sexuales, si, asimismo, no se comprueba que ellas existieron también durante el período en que, de derecho, se presume la concepción del hijo".

12. No se requiere que las relaciones sexuales sean estables y notorias, por cuanto la Ley 75 de 1968 abolió estos requisitos que tenía la Ley 45 de 1936, y que hacían supremamente difícil la declaratoria de paternidad por esta causa.

13. La "exceptio plurium constupratorum" debe estar plenamente probada y cualquier duda al respecto la hace ineficaz:

"El inciso final del ordinal 4o. del artículo 6o. de la precitada ley 75, como también lo hacía la Ley 45 de 1936, consagra, con carácter de excepción suficiente para infirmar la presunción de paternidad basada en relaciones sexuales, el fenómeno tradicionalmente llamado "plurium constupratorum". Solo que aquel estatuto agregó que la excepción aludida es ineficaz cuando se acredite que el demandado "por actos positivos acogió al hijo como suyo".

Mas, hoy como ayer, las "relaciones de la misma índole con otro u otros hombres" de la mujer, dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, para enervar la declaración de paternidad, es cuestión que debe quedar establecida en el proceso de modo fidedigno; si no sale del marco de lo dubitativo para ingresar al de la certeza, no tiene virtualidad para desnaturalizar la presunción de paternidad".

Y es lógico que la ley establezca que si ha acogido al hijo

como suyo, no puede aceptarse la excepción por cuanto, como bien lo sostiene la Corte:

"Quien por actos propios de significación inequívoca acoge como suyo a un hijo, tácitamente está renunciando a la facultad que, en principio, le concede la Ley 75 de presentar, durante el proceso de investigación de la paternidad natural, las dos excepciones que tienen poder suficiente para desquiciar la presunción de paternidad natural fundada en la existencia de relaciones sexuales. Concluyese, entonces, que si al acreditar que el presunto padre por actos positivos, acogió al hijo como suyo, es motivo suficiente para que las excepciones de imposibilidad de engendrar y de pluralidad de uniones carnales pierdan totalmente su fuerza defensiva, siguese que si acreditada la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción, se comprueba además que el pretenso padre por actos positivos, acogió al hijo como suyo, la presunción de paternidad en este caso se hace inexpugnable".

14. La Ley establece solamente dos excepciones:

a. Pluralidad de uniones carnales por la época de la concepción a que nos referimos en el número anterior, y

b. Imposibilidad de engendrar o "impotencia generandi", cuya prueba debe ser de carácter científico, "pues -como lo dice la Corte la excepción comprende no solamente los casos en que había imposibilidad de realizar el acto sexual (impotencia coeundi) sino también la impotencia generandi, pues "el acceso carnal a que se refiere la ley no es el de una relación sexual cualquiera, sino el que por

naturaleza es idónea para producir la concepción", y que "el establecimiento de ese hecho, el de la impotencia generandi, requiere desde luego, conocimiento científico o especializado, y de ahí que los doctrinantes enseñen que la prueba de la esterilidad debe ser de carácter científico y ha de emanar de médicos expertos", o en otras palabras solamente es susceptible de aceptar la prueba pericial en este caso, y nunca la testimonial u otra fuera del peritazgo científico.

El Dr. Jaime Soto, Magistro del Tribunal de Medellín, plantea la tesis de que cuando se alega la "plurium constupratorum" y no es posible demostrar quién es el padre, se puede y debe condenar a alimentos solidariamente a los que tuvieron relaciones sexuales con la madre por la época de la concepción.

5o. Presunción. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos fue, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo 4o, el cual ya comentamos.

Ya vimos como esta situación es similar a la planteada en el inciso 2o. del artículo 4o. de la Ley 75 de 1968. Pero, creemos que el trato personal y social a que se refiere esta presunción debe ser dado durante el embarazo y el parto, como es el caso del padre que contrata los servicios médicos para la atención de su concubina, o la conduce a la clínica u hospital inscribiéndola como su mujer, o la presenta ante sus amigos y allegados como la futura madre de su hijo, o asiste a reuniones sociales y actos

públicos donde le brinda las atenciones de "esposo" y "padre". Es decir, que por hechos fidedignos se puede entender normalmente que ese trato personal y social de "esposo" y "padre".

Qué quiere decir el legislador con la frase "trato personal y social"? se pregunta el tratadista Roberto Suárez Franco y contesta:

"Consideramos que ello abriga dos conceptos: el trato personal equivale a relaciones directas entre el padre y la madre, como serían los cuidados que se le suministran a la madre, atenciones que se le prodiguen etc. El trato social equivale a las manifestaciones del pretendido padre frente a la sociedad en donde se desarrollan sus actuaciones, como sería el caso de la contratación de un médico para que atendiera el parto, la consecución de clínica, alimentos, pago de gastos, etc.".

En este evento no debe olvidarse que el artículo 8o. de la Ley 75 preceptúa:

"Los jefes de hospitales, clínicas o casas de salud que reciban a una mujer embarazada y los médicos tratantes, tomarán los informes y practicarán los exámenes necesarios para establecer la fecha probable de iniciación del embarazo y las características heredo-biológicas de la paciente, a quien indagarán sobre el padre; igualmente ocurrido el alumbramiento, anotarán los caracteres de la criatura y la duración de su gestación.

"Todos estos informes serán suministrados al Juez de menores, quien los tendrá en cuenta en el proceso de investigación de la ascendencia a que hubiere lugar".

En síntesis: las relaciones sexuales entre el presunto padre y madre se pueden inferir del trato personal y social entre ellos según sus antecedentes, naturaleza, intimidad y continuidad, conforme al numeral 4o. inciso 2o. (Ley 75-68). Es decir, que para las pruebas de las relaciones sexuales de acuerdo a este numeral se tiene, como INDICIOS el trato personal y social entre la madre y el presunto padre.

La presunción de paternidad del numeral 5o. que comentamos se tiene por el trato personal y social dado por el padre a la madre durante el embarazo y parto.

Cuando el trato personal y social es mutuo, y los amantes se presentan como marido y mujer, o ambos se comportan ante sus amigos y allegados como marido y mujer, se tienen estos hechos como indicadores de las relaciones sexuales.

Cuando el presunto padre, a pesar de ocultar o pretender ocultar, sus relaciones amorosas con la madre, le da trato de "mujer" o "esposa", y así se comprueba por hechos fidedignos que lo hizo durante toda la época del embarazo y parto, entonces la ley presume la paternidad. Pero, indudablemente existe como dijo la Corte, en sentencia ya citada, una falta de técnica en la redacción de esta causal.

Y es de tener en cuenta, que si en la demanda de filiación se alegan relaciones sexuales (numeral 4o.) y el trato personal y social como prueba de ellas, entonces el Juez tendrá este trato como un indicio de su existencia y por ende debe demostrarse que existieron las relaciones durante la época en que se presume la concepción.

Pero, si se alega el trato personal y social como PRESUNCION, debe probarse con hechos fidedignos el trato durante el embarazo y parto, y que sean de tal naturaleza que por sus características sean ciertamente constitutivos de la paternidad.

5. EXCEPCIONES QUE PUEDEN PROPONERSE

1. Imposibilidad física en que estuvo el demandado para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción;

2. La "plurium constupratorum", es decir, que la madre tuvo relaciones con otros hombres durante la época de la concepción.

6. Presunción.- Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo, la cual para ser recibida como prueba deberá haber durado cinco años continuos por lo menos. La Ley 45 de 1936 en su artículo 6o. establece que:

"La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento".

El artículo 399 del C.C. dice que:

"la posesión notoria del estado civil se probará por un

conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse".

De las disposiciones legales sobre el particular, podemos concluir:

1. No se necesita acreditar la filiación materna, porque simplemente basta que el padre le haya dado al presunto hijo el trato social que acredite su condición de hijo. Por ello la Corte ha dicho:

"Con base en la causal 4a. del artículo 4o. de la Ley 45 de 1936, si en la declaración judicial de la paternidad natural, dados los hechos que la configuran, es indispensable aportar al juicio respectivo la prueba de nacimiento del actor respecto de la madre con quien el demandado hubiere tenido las pretendidas relaciones sexuales, no ocurre lo mismo cuando la causal es la quinta mencionada, pues según el artículo 6o. de la misma ley 45 la posesión notoria del estado civil de hijo natural se infiere de que el presunto padre haya dado al pretendido hijo el tratamiento social que esa disposición prescribe, y no se advierte en qué sentido podría jugar papel alguno dentro de la demostración de tal tratamiento la partida de nacimiento del hijo".

2. La notoriedad del estado de hijo natural no se refiere en forma absoluta al hecho de que el padre lo reconozca en forma pública o tumultuaria, simplemente la notoriedad se

refiere al reconocimiento público o privado ante diferentes personas que indiquen el comportamiento que de padre tiene el demandado.

"Por tanto, la notoriedad -ha dicho la Corte- no se opone a que ella haya resultado de hechos privados repetidos ante distintas personas y de tal manera que no haya incertidumbre sobre su expresión. El trato no requiere ser tumultuario, basta ser privado, aunque no secreto".

3. Los elementos configurantes de la posesión notoria del estado de hijo natural son el trato, la fama, y el tiempo, los cuales deben demostrarse en forma concreta y no abstracta. La Corte en sentencia de Febrero 4 de 1977 dijo:

"1. De acuerdo con la preceptiva legal pertinente, la posesión notoria del estado civil de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento. Y para que dicha posesión autorice una declaración judicial de paternidad tiene que haber durado cinco años continuos por lo menos, probada por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable (Art. 6o. y 7o. de la Ley 45 de 1936; 10. de la Ley 75 de 1968 y 399 del C.C.).

"Tres son pues, según la doctrina jurisprudencial reiterada, los elementos que tipifican la posesión notoria del estado civil de hijo natural: el trato, la fama y el tiempo, cuya aceptación solo puede darse cuando los testigos cita-

dos al proceso para acreditar dicha posesión depongan concretamente, y no en forma abstracta sobre los hechos que presenciaron y que permiten deducirla irrefragablemente. Si los testigos no relatan actos o hechos del padre tocantes con la subsistencia, educación y establecimiento del que pretende la declaaración de filiación natural, no puede decirse que sean responsivos y exactos ni completos, porque en tal supuesto no hay propiamente una información testimonial sino una apreciación conceptual, que no es de la incumbencia del testigo".

4. La prueba testimonial no es la única admisible, aunque el artículo habla de la posesión notoria del estado civil "se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable", porque lo cierto es, que pueden emplearse todos los medios probatorios que establezca la ley y que sean permitidos por ella.

"No significa este precepto dijo la Corte y así lo tiene también declarado la jurisprudencia, que el único medio admisible para acreditar la posesión notoria del estado civil sea la prueba testimonial, porque si bien es cierto que ésta es la más adecuada para el establecimiento de una situación social de la índole de la posesión notoria del estado civil, los otros medios autorizados por la tarifa legal, tales como los antecedentes escritos, cartas, instrumentos públicos, presunciones, etc., no quedan excluídos, ya que ellos pueden contribuir a esa certidumbre que debe formarse el juzgador".

5. La posesión notoria puede darse no solamente con respecto a la calidad de hijo natural, sino también con respecto a

la de hijo legítimo. La Corte en importante sentencia de 28 de septiembre de 1976, estudió las diferencias entre una y otra. Para mayor claridad transcribámosla:

"4. Señalando las diferencias que hay entre la posesión notoria del estado de hijo, según sea legítima o natural, precisando sus elementos, la Corte en sentencia de 23 de Septiembre de 1973, ordinario de Carlos Alberto Aros contra el municipio de Gigante y la sucesión de Manuel Freyre, dijo:

"El legislador expresa y separadamente, ha regulado los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo legítimo y los de la de hijo natural. El artículo 397 del C.C. refiérese a aquella y el 6o. de la Ley 45 de 1936 define ésta. Los términos en que están concebidos esas dos normas autorizan inferir sin ningún esfuerzo, que una y otra se asemejan notoriamente, pero no de tal manera que puedan confundirse, pues existen diferencias específicas que permiten fácilmente individualizarlas.

"para la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, la ley exige que el trato como tal provenga de los padres, en tanto que en la de hijo natural, ese tratamiento puede ser dado por el padre o por la madre, separadamente; para la primera requiere que los progenitores hayan proveído de un modo competente a la educación y establecimiento del hijo, mientras que para la segunda solo impera que el padre o la madre hayan proveído a su subsistencia, educación y establecimiento, más sin obligar que sea de modo competente; para la de legítimo, es indispensable que los padres hayan presentado a sus deudos y amigos,

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

como hijo legítimo, a quien tratan como tal, circunstancia que no es menester para que se consolide la posesión del hijo natural, ya que para la configuración de ésta no es necesario tal presentación.

Tanto en una como en otra posesión, empero, la ley manda demostrar que, a virtud del tratamiento dicho, sus deudos y amigos o el vecindario de su domicilio, en general, hayan reputado y reconocido como hijo legítimo o natural, a quien invoca la posesión notoria de ese estado".

6. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE FILIACION NATURAL.

Tiene: 1o. - Absolutos:

(Frente al legítimo contradictor, el padre contra los hijos o los hijos contra el padre).

7. 2o. Relativos:

(Frente a los herederos o su cónyuge y siempre que el auto admisorio se haya notificado dentro de los dos años siguientes a la muerte del presunto padre natural.

Sobre lo anterior, ha fijado en forma muy clara la Corte su criterio:

"De todo lo anterior se deduce rectamente:

a.- Que la sentencia de declaratoria de filiación natural profe-
rida con audiencia de algunos de los herederos, entre ellos el

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

cónyuge del legítimo contradictor difunto, produce efectos relativos respecto de los demás herederos no comparecientes al proceso; es decir, que respecto de estos últimos la sentencia en mención no tiene la autoridad de cosa juzgada;

b.- Que, sin embargo, tal sentencia tiene efectos provisionales mientras los terceros interesados no la impugnen victoriosamente; tales terceros, herederos no comparecientes, para hacer desaparecer dichos efectos provisionales, deben demostrar, en proceso contradictorio, que la aludida providencia se basó en hechos inexactos o en pruebas inexistentes, como tendrían necesidad de hacerlo para desvirtuar una partida de estado civil, a la cual se equipara. Es decir, que deben litigar contra la sentencia que declara el estado civil de hijo natural; mientras así no suceda, la declaratoria una vez registrada en el competente libro de registro del estado civil, produce todos sus efectos jurídicos, civiles y económicos".

7. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA FILIACION NATURAL.

1. La patria potestad, que es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone, es ejercida en forma conjunta por ambos padres, salvo el padre o madre declarado tal en juicio contradictorio (Arts. 19 Ley 75 de 1968 y 1o. Dcto. 2820 de 1974).

2. El juez con conocimiento de causa, es decir, mediante proceso verbal, podrá a petición de parte, no de oficio, conferir el cuidado del menor a uno de los padres, o también

poner bajo guarda al menor si considera que ninguno de los dos tiene la capacidad moral de dirección, corrección y manejo que requiere un menor;

3. La guarda pone fin a la patria potestad en los casos que el Art. 315 contempla como causales de emancipación judicial y en los demás casos la suspende;

4. Algunos autores distinguen entre potestad paterna, que corresponde a la facultad de orientación, corrección, educación, etc., y patria potestad que tiene un sentido de representación en el orden económico. Lo cierto es que aunque el Juez puede entregar en depósito al menor a uno de los padres, al suspenderle a éste la patria potestad lo privaría del derecho de representación, pero no podría suspenderle derechos como el de aconsejarlo, orientarlo, recomendarle establecimientos de educación, velar por su integridad moral, visitarlo, etc. Además, el Juez en estos casos de depósito de los hijos en poder de uno de los padres deberá tener muy en cuenta la capacidad económica del padre o madre que ha de quedar con el menor, sus condiciones sociales, su nivel cultural, el medio en el cual va a desarrollarse la vida del menor, pues generalmente muchas madres reclaman este derecho alegando esta sola condición (la maternidad) cuando lo que la ley exige al Juez es la protección del menor en todo al sentido de la palabra y no el reconocimiento de una maternidad o paternidad.

5. Los padres naturales tienen deberes de crianza, educación y establecimiento de sus hijos, así como corregirlos, aconsejarlos y orientarlos. A su vez los hijos deben a los padres la obediencia, respeto y socorro en todas las circuns-

tancias adversas de la vida.

6. El más importante efecto patrimonial es el derecho a suceder a sus padres en los bienes que dejen al morir. Cuando el padre deja hijos legítimos y naturales, éstos llevan igual a los legítimos, cosa completamente justa, porque la realidad es que siendo ambos hijos deben tener iguales derechos no solo patrimoniales, sino también iguales obligaciones morales, como las tienen.

CAPITULO VI

DE LA LEY 29 DE 1.982

1. EXPOSICION.

La reforma sucesoral que se estructurará legislativamente en 1.982, con la Ley 29 de este año, tuvo un proceso de gestación cerca de tres años, con una serie de cambios efectuados fundamentalmente en el primer debate de la Cámara de Representantes.

A. Con origen parlamentario comenzó a tramitarse la citada reforma el 5 de septiembre de 1.977, pero limitada exclusivamente a la igualdad sucesoral entre hijos.

Dentro de la exposición de motivos, después de transcribirse la mayor parte de las normas de organización sucesoral y de resaltarse el mejoramiento de los hijos naturales tanto en el campo hereditario como en el del calificativo del estado civil, sustituído el calificativo de natural por el de extramatrimonial.

Es fundamentada en que se trata de una discriminación injusta basada en la circunstancia de no haber nacido de un matrimonio y que atenta contra la igualdad de todas las personas frente a la Ley, además mencionan los antecedentes legislativos foráneos que paternizan la tendencia europea y latinoamericana de extinguir la igualdad mencionada.

B. La anterior iniciativa tuvo acogida por el ponente de la comisión primera, quien con la colaboración de algunos juristas del país y tomando como referencia ciertos proyectos académicos hechos anteriormente, le introdujo una serie de adiciones que pretendían extender la igualdad sucesoral a otros campos, tales como los de la descendencia, hermanos, sobrinos, representación legal heraditaria, etc.

En la sustentación correspondiente se señala la necesidad de legislar en esta materia y la de no responsabilizar al hijo por las condiciones de su origen y por las culpas de sus padres.

El texto del proyecto adicionado es exactamente igual al que llegará a convertirse en ley.

C. Dicho proyecto que, aprobado en la forma presentada en primero y segundo debate de la Cámara de Representantes, se introdujo en la primera del Senado un artículo, el segundo que pretendía aclarar la expresión "hijos extramatrimoniales", indicando que con ella se señalaba a los hijos naturales del C.C. En la plenaria del Senado se separa el proyecto originario de la Cámara de la adición mencionada, aprobándose aquél y negándose esta última.

En la página 1283 del Anal del Congreso No. 86 del 4 de Diciembre de 1.978 se lee:

"El hecho de no legislar en favor del hijo extramatrimonial no ha servido para proteger el matrimoni, pues día a día, hay mayor número de hijos extramatrimoniales, con

el agravante, que si no hay una legislación que responsabilice a los padres todos los días vamos creando unas diferencias sociales que repercuten en la estabilidad de nuestro país. Ya hemos visto que los hijos no son responsables del origen de su nacimiento ni tienen culpa de ello, luego sancionarlos a ellos por razón de su origen no corresponde a una justicia social que debe implantarse. La falta contra el estado de derecho consagrado en el matrimonio es de los padres y precisamente hay que buscar las normas adecuadas para que exista una mayor responsabilidad de ellos. Fuera de lo contemplado ya en la Ley 75 de 1968 denominada "paternidad responsable", es necesario poner otras normas que favorezcan al hijo como tal y que responsabilicen a sus padres.

Hacer pagar a los hijos las culpas de sus padres, no es cristiano, ni justo, ni equitativo, sino por el contrario una evidente y grave injusticia. El hijo es un ser igualmente sagrado para sus padres sea que nazca dentro del matrimonio de éstos o extramatrimonialmente.

La propuesta que tenemos a estudio de igualar los derechos herenciales entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, no es más que un complemento a la ley sobre paternidad responsable, y por ello presento ponencia favorable al proyecto de ley número 49 de 1978, sobre la igualdad de derechos herenciales de hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, con las condiciones que propongo con el objeto de ajustar esta reforma con los textos del Código Civil que regulan los distintos órdenes herenciales, ya que al modificarse la cuota que corresponde a los hijos extramatrimoniales, también llamados naturales, forzosamente hay que reformar estos textos".

En la declaración de las Naciones Unidas sobre derechos humanos existe el principio de que se prohibe toda discriminación por causa de "origen", y es precisamente lo que existe en Colombia en relación con los derechos herenciales. Si una persona, nace fuera de matrimonio se les disminuyen sus derechos, respecto a los que se otorgan a los nacidos dentro del matrimonio, es decir, se está haciendo una clara discriminación contra los primeros, en razón de su origen. Además una de las conquistas de toda auténtica democracia, consiste en consagrar una real igualdad social que excluye diferencias como las que con este proyecto de ley se intenta eliminar. Con mayor razón en un país en donde aproximadamente la mitad de su población tiene su origen en uniones extramatrimoniales. Como se explica en la exposición de motivos, esta igualdad de derechos herenciales para todos los hijos ha sido ya consagrada en muchos países de Europa y América Latina, por lo cual no se trata de una innovación colombiana, sino por el contrario, de poner nuestra legislación sobre la materia a un nivel de desarrollo y de cultura, que la de esos otros países. Para efecto de que al aprobarse este proyecto no haya problemas en armonizarlo con las normas del Código Civil sobre la materia general de los órdenes hereditarios, propongo mantener la enumeración de los respectivos artículos de dicho Código, para lo cual la reforma se hace con referencia a cada uno de ellos. Así se dirá en el pliego de modificaciones que se anexa".

El ponente del proyecto (No. 57, en numeración del Senado) en la comisión primera del Senado, Senador Rafael Ortiz González, rindió ponencia favorable teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones: a) "La reforma sucesoral respecto a los hijos extramatrimoniales se edifica y se levanta en el principio de que a nadie se le puede juzgar ni nadie puede recibir

daño por su propia inocencia o por lo que ha realizado otro. También se perfeccionada esta verdad por el sentimiento igualitario de que ningún ser humano puede ser discriminado, humillado ni ofendido por su origen". b) La igualdad se justifica "por cuanto la naturaleza no puede ofrecer discriminaciones en actos involuntarios". c) Estimula la responsabilidad: "La causa radica en la irresponsabilidad de nuestra especie afro-india, que es todavía una fuerza institutiva, sin responsabilidad, sin educación, sin cultura. Por ello, pensábamos que si los padres, custodios de la familia, sienten el peso legal de una responsabilidad hereditaria, tanto el diluvio demográfico como las relaciones legales disminuirían su proceso explosivo", todo bajo la concepción de que la familia "es obra de la naturaleza humana, inferida por el pensamiento divino." d) En cuanto a los hijos adoptivos expresa: "también ocurre con frecuencia que en efecto, la comprensión y la convivencia construyen un profundo vínculo fraternal y filial. En este caso se dan solidaridades espirituales, creadas por la vida, muchos más profundas que las mismas fuerzas de la sangre. Cervantes decía que los hijos del espíritu se quieren más que los hijos de la sangre, y, este puede ser el caso de los hijos por adopción a quien la naturaleza concede el mismo derecho de los otros, al mismo tiempo que respeta el acto soberano de la voluntad de quien desea consagrar esta máxima distinción a un ser elegido, sino por los cambios de la sangre, por los mandatos inapelables del corazón".

En la ponencia favorable hecha por el H. Senador Roberto Gerlein Echavarría para la plenaria de la Cámara Alta se lee:

"El proyecto de ley número 157 de 1978 responde, a juicio del ponente, a una meridiana conveniencia social, reconocida en el "Estatuto del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos"

expedido el 5 de mayo de 1948 en el sentido de eliminar toda discriminación basada en motivos ajenos a la persona y, por tanto, en "el nacimiento", o el origen, o en cualquier otra situación que traduzca injustos prejuicios o tradiciones inaceptables.

Iguales principios están contenidos en la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre" aprobada por la Comunidad Internacional de Naciones de 1938, cuyos artículos 1, 2 y 7 expresan: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos. Cualquier persona puede prevalecerse de todos los derechos y libertades proclamados en la presente declaración sin distinción de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra especie, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o de otra clase (el ponente llama la atención sobre la no discriminación por origen social y por nacimiento consignada en el texto transcrito). Todos son iguales ante la ley y tienen derecho, sin distinción, a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a una protección igual contra cualquier discriminación que viole la presente declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

También en la "Declaración Americana de los Derechos del Hombre" expresada por la O.E.A." (Organización de los Estados Americanos), en 1948 se incluyó la prohibición de discriminar a las personas de cualquier origen o nacimiento. El artículo 2o. de dicha declaración manifiesta que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, credo ni otra alguna". Y en el artículo 17, numeral 5o. de la misma declaración, se contempló expresamente el caso de los derechos herenciales cuando se dice: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

Colombia adoptó las citadas declaraciones de la ONU y de la OEA en virtud de lo dispuesto en las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972. La última ley adoptó la declaración de la OEA y, de contera, el transcrito numeral 5o. del artículo 17. La respectiva Convención Internacional fue ratificada por Colombia el 31 de julio de 1974 y entró en plena vigencia el 18 de julio de 1975, cuando se completó su ratificación por once países. Colombia está sometida, entonces, a estas normas internacionales y nacionales y las primeras disposiciones priman una vez adoptadas, tal cual ha sucedido sobre la legislación nacional conforme a principios universalmente aceptados del Derecho Internacional Privado.

Colombia está en mora de abolir en su legislación interna la discriminación herencial contra los hijos extramatrimoniales. Aún conserva el país en esta materia riesgos medioevales y feudalistas a pesar de los avances introducidos por la Ley 45 de 1936, ratificados por la Ley 75 de 1963. Son muchos los países de Europa y de América que han otorgado igualdad de derechos patrimoniales a los hijos habidos fuera del matrimonio (Anal del Congreso No. 163, p. 2231-981)".

2. JURIDICIDAD DE LA IGUALDAD.

2.1 La igualdad."

Teniendo en cuenta el carácter multidisciplinario de la filiación debido a su trascendencia en los diversos campos del conocimiento humano, a nadie se le escapa su importancia. De allí que su interés no se limita al aspecto jurídico, sino también biológico, genético, antropológico, social, etc., y hasta política, por consiguiente la igualdad

puede referirse a cualquiera de los aspectos que interesen a la filiación: alguno de ellos o a todos.

Si bien es cierto que la igualdad tratada en este trabajo es la jurídica, no obstante, es preciso contrastar la pretensión legislativa con nuestra realidad social con la cual parece asumir una posición paralela, pero que, en verdad, ambas convergen hacia el progreso.

La pretendida igualdad jurídica no refleja la relación social y efectiva de los padres e hijos, en sus derechos y obligaciones lo que no solo es inexacto en algunos sectores V.gr. las organizaciones familiares de la Costa Atlántica, sino que desconoce y oculta deliberadamente el carácter educativo que particularmente en derecho de familia han tenido en Colombia leyes similares a la Ley 29 de 1.982. Esta afirmación la comprueba la Ley 45 de 1.936, cuya vigencia ha influído tanto en la conciencia de los colombianos que de ellos no se escuchan las expresiones de hijos adulterinos o espúreos, ni protesta alguna en razón de que los hijos extramatrimoniales reciban su porción hereditaria. Con todo, es preciso reconocer la imperfección de las adecuaciones jurídicas a las relaciones sociales.

3. FUNDAMENTOS DE LA IGUALDAD.

3.1 De los hijos legítimos y extramatrimoniales.-

Según el ángulo que se mire objetivo o subjetivo y la forma cómo se aborde el tema, libre o dogmático, son los fundamentos que constituyen el sostén de la Ley 29 de 1982,

que tocan con la controversia de la igualdad o desigualdad de las filiaciones de los rechos y obligaciones que ella acarrea.

Cualquier análisis que se haga debe ser objetivo y desprejuiciado que nos conduzca inexorablemente a la admisión de igualdad plena y absoluta de todas las filiaciones, en lo que ello fuere posible. En efecto, desde el campo estrictamente jurídico, omitiendo por supuesto consideraciones de otra índole, la simple protección jurídica de cualquier filiación sea esta legítima, extramatrimonial y adoptiva, merecen un tratamiento igualitario especialmente en cuanto a los derechos que se asumen por virtud del parentesco, en principio no se detecta ningún argumento que justifique las discriminaciones legales, precisamente cuando la misma ley recoge en su seno el principio de "la igualdad de las personas frente a la Ley", salvo que se acuda a motivaciones históricas, personales, es decir, a criterios deformados o subjetivos.

La conservación de la desigualdad sucesoral no deja de ser un instituto particular en obedecimiento a circunstancias especiales que la fundamentan en donde se están haciendo discriminaciones, pero la igualdad se justifica por sí sola, en el sentido de que en principio la ley no puede hacer discriminaciones por razones del estado civil.

En el campo extrajurídico se han tomado diversos factores para dar justificación al tratamiento desigual de las filiaciones y, en especial, la de los hijos legítimos y extramatrimoniales, lo cual, como lo hemos dicho en el desarrollo de este trabajo no está de acuerdo con nuestro

pensamiento y el parecer de la comunidad que no mira de buena manera la desigualdad, y eliminar los privilegios de la legitimidad y en reemplazo se debe dar una justa nivelación de los derechos y obligaciones de las diferentes filiaciones.

4. TRATAMIENTO PERSONAL.

Al referirnos a la igualdad jurídica de las filiaciones o de sus consecuencias, se impone dentro de las consideraciones subjetivas de los parientes, especialmente los hijos, habida cuenta de que en ellos no radica la causa de las circunstancias que lo distinguen.

Hay una razón, la cual es que todo hijo es ajeno a su preexistencia y procreación, por la cual esta no debe perjudicarle sino en lo absolutamente inevitable como enfermedades hereditarias, etc., en efecto, el hijo extramatrimonial no ejecuta conducta alguna que sirva de base para negarle o menguarle sus derechos frente a los hijos legítimos, y por tal razón no se le puede atribuir culpa o responsabilidad en su estado civil, más cuando su origen y demás aspectos son producto de la regulación legal. La vida material de los hijos extramatrimoniales obedece a sus progenitores y su aspecto jurídico corresponde a la propia ley. Por lo tanto, no existe razón alguna para atribuirle a estos hijos hechos o responsabilidades a menos que se tenga la osadía de revivir la transmisión hereditaria de situaciones y efectos estrictamente personales como las circunstancias extramatrimoniales de la concepción o nacimiento, o se acepte, contraria, natura y razón, la distinción por el origen de la filiación.

El Dr. Pedro Lafont nos dice que "los padres como procreadores son los agentes de la filiación, a ellos deberá, entonces, hacérseles las imputaciones pertinentes", podría pensarse en su responsabilidad de los padres, y ser ellos los acreedores de las sanciones de discriminación sucesoral, como por ejemplo que sean los padres extramatrimoniales quienes no puedan suceder hereditariamente a sus hijos, o lo hagan en una porción inferior a aquella que le correspondiere a los padres legítimos. Pero estas sanciones no reducirían la filiación extramatrimonial porque jamás los hijos son procreados por sus padres con el propósito de que éstos sucedan a aquéllos, luego a los padres deben darles el tratamiento de gestores de una filiación con todas sus consecuencias, derechos y obligaciones que de ella se desprendan así como también sus responsabilidades, del caso que de ella emergen.

En consecuencia es injustificada la discriminación sucesoral tanto en la descendencia como en la ascendencia.

Si el hijo no es el victimario sino la víctima, dentro del carácter punitivo que quiere dársele a la discriminación sucesoral de los hijos legítimos y extramatrimoniales, no encontraría justificación alguna, ya que no podría imputársele al hijo extramatrimonial la supuesta infracción de la inexistencia de matrimonio de sus padres al momento de ser concebido.

5. IGUALDAD DE ORIGEN

Partiendo de la premisa de que todos los hijos tienen el mismo origen como consecuencia todos serían iguales, sin que las circunstancias del trato o conveniencia puedan, en nuestro derecho,

alterar dicho origen.

Producto de la procreación humana son los hijos, y producto de los actos públicos son los casos de adopción, y puede decirse en sentido estricto que la filiación se gesta automáticamente con el nacimiento del ser humano, y en este aspecto no existe distinción alguna entre los hijos. Ellos surgen cuando se tienen en cuenta aspectos precedentes o accesorios tales como la preexistencia de matrimonio o concubinato, permanencia u ocasionalidad de las relaciones sexuales, afecto o desafecto entre los padres, etc. Y tales circunstancias, extrañas a la procreación, deben dejarse de lado en la determinación y calificación de la filiación no solo por la autonomía de esta última, que obliga al trato independiente de sus antecedentes, sino porque podría llegarse a negar o rechazar la filiación.

En ciertas ocasiones suele justificarse la discriminación sucesoral en la mayor fortaleza de la filiación legítima debido a circunstancias que no se daban en otras filiaciones (especialmente la extramatrimonial), tales como el mayor grado de permanencia en el trato, la convivencia y el afecto. Evidentemente se trata de una afirmación que goza de relativa certeza, pero, con todo, resulta insuficiente para sostener la desigualdad sucesoral.

Es cierto que las relaciones de la filiación legítima son normalmente más permanentes y afectuosas, pero ya no en las mismas condiciones de hace tiempo (a comienzos del presente siglo), según las cuales la sumisión al jefe de familia era parte de toda la vida y durante todo momento (las veinticuatro horas del día durante las cuales el jefe de familia se dedicaba a la formación moral, educativa, laboral, económica y familiar). Entonces, como

quiera que con relación a los hijos naturales o extramatrimoniales no se daban las citadas características, resultaba notoria su distinción con los hijos legítimos. Esta idea se ha conservado, pero hoy día, de manera injustificada frente a los cambios sociales.

Las circunstancias actuales de la familia, especialmente la urbana ponen en evidencia notables variaciones a la organización familiar anterior, el corto o ningún tiempo en el trato directo entre padres e hijos legítimos, la educación, los servicios y la formación a cargo de terceros, la mejor formación de los hijos extramatrimoniales cuando sobre éllos se asume la responsabilidad legal. Sin embargo, por ello nadie puede afirmar que ha habido un debilitamiento de la filiación legítima. Es decir, lo anterior nos demuestra de un lado, que el tiempo y el afecto no hacen la una filiación mejor que otra, y del otro que la efectividad de una filiación depende ante todo de las responsabilidades de padre y madre, las cuales no requieren el mismo tratamiento antiguo. En los centros urbanos se observa que ni siquiera el cuidado personal de los hijos se encuentra a cargo directo de los padres.

Ahora bien, mucho menos resulta justificable la desigualdad cuando los hijos son adultos, puesto que en esta edad, a diferencia de la época anterior, los hijos se encuentran casi totalmente separados e independizados de sus padres, lo que se extiende a cualquier filiación. En este aspecto, todos son iguales.

En consecuencia no hay motivo anterior, concomitante o posterior al establecimiento de la filiación que, a finales del presente siglo, pueda seguir sosteniendo la desigualdad sucesoral de las filiaciones legítimas y extramatrimoniales, más bien, partiendo

de la desatención y abandono frecuente del hijo extramatrimonial por sus padres, tendríamos que concluir como compensación, en su igualdad hereditaria frente a los hijos.

6. PROTECCION FAMILIAR.

Si existe igualdad sucesoral de las filiaciones, estas no atentan contra el matrimonio ni propenden la extensión del concubinato, sino que, por el contrario, protege el desarrollo armónico de las familias.

Si bien es cierto que primero debemos proteger son las instituciones del matrimonio y de la legitimidad no pueden hacerse a costa de desmedro de las instituciones extramatrimoniales.

Insistentemente dicen que la desigualdad existente entre hijos legítimos y extramatrimoniales, permite resaltar y evidenciar la gran importancia del matrimonio con su filiación legítima, al paso que insinua a los gobernados a proferir el sistema matrimonial frente al otro o sea al de las relaciones extramatrimoniales que aparece disminuído y menospreciado por la ley; en esta forma se afirma que con la igualdad consagrada en la nueva ley se atenta contra la institución matrimonial, ya que pierde su preponderancia como elemento orientador y ejemplar dentro de la institución familiar. Pero para muchos, estos argumentos parten de un supuesto que ya ha perdido vigencia, se trata de tomar el matrimonio y la filiación legítima para evaluar cualquier otro tipo de relación familiar, si ello fue aceptado en la época romana con respecto a lo cual se hacían las demás confrontaciones y se regulaban diferentemente, (ius Honorarium) pero hoy en día cuando corresponde al mismo y único estado la

regulación del estado civil, según lo apunta el Art. 50 C.N., carece de justificación, utilidad y sentido, una actitud de semejante discriminación. En efecto en Roma, el derecho honorario era creado por órganos distintos a los legislativos, con el objeto de corregir la rigidez y las injusticias del ius civile. Esto no se da en nuestro caso porque, de un lado, se trata del mismo legislador, y del otro porque la finalidad sería más bien defender la desigualdad y la injusticia que propender por su abolición definitiva. Luego es falso el supuesto de dichas argumentaciones.

En cuanto a la desprotección que sufre la filiación legítima sobre la igualdad que se adopta con relación a la extramatrimonial, se observa que se acude a un sistema de valoración que destruye tal aseveración puesto que el valor del matrimonio y de la filiación legítima no depende ni está condicionado al desconocimiento o persecución de todo lo que se encuentra por fuera de ellos, porque sería desconocerle su valoración intrínsica que realmente tiene. Luego la institución y la filiación matrimonial deben valorarse en sí mismas, y es en ellas en su estructura, conformación, regulación, expresividad de la realidad, celebración, conservación, etc., en donde deben buscarse las bases de su protección. Si la finalidad pretendida es la de que la mayor extensión familiar se encuentre organizada por la institución del matrimonio, será necesario, entonces, ajustar esta institución en orden al cumplimiento de ese objetivo, tales como los siguientes: popularización del matrimonio, la adopción de sistemas generales de matrimonios como los civiles o de cualquier clase, la concesión de facilidades para su celebración, la conservación del vínculo cuando responde a la unidad doméstica, permitiendo, por consiguiente disolución o declaratoria de ineficacia cuando se haya alterado seriamente la productividad comunitaria de la paz doméstica. La ampliación y modernización de la legitimidad, esto es no haciéndola depender

exclusivamente de un matrimonio sino permitiendo que pueda ser producto de declaración judicial o administrativa, o por ser llevado el hijo de uno de los cónyuges al matrimonio de éste con cualquier persona, etc.

Tenemos que pensar en la desestimulación de la filiación extramatrimonial, si esa es la idea, los caminos diferentes a la igualdad resultan desafortunados. En primer término, la historia ha demostrado que es imposible la eliminación total de los hijos habidos fuera del matrimonio, a menos de suprimirse esta institución o de considerarse a la unión libre como fuente de la legitimidad. Lo anterior obedece a que en la filiación extramatrimonial suelen intervenir una serie de circunstancias relacionadas con el matrimonio, puede ser deficiente solidez o inadaptación moderna, los cónyuges, inmadurez, falta de conciencia matrimonial o familiar, etc., en la sociedad el machismo, la ignorancia, perjuicios, proporcionalidad masculina, etc.; en la economía existe la dependencia económica, o con cualquier otro aspecto que ordinariamente han hecho imposible el control del sector extramatrimonial. Todos estos factores conducen a la necesidad de una nueva regulación legislativa, con fines muy superiores a los de la Ley 45 de 1936, sin que, como ocurriera con ésta contribuya a la proliferación de los hijos extramatrimoniales.

Se ha desmentido que con la igualdad sucesoral el campo extramatrimonial se refuerza para una difusión rápida, porque ello no incide en la procreación y, en caso en que lo fuere, su consecuencia, sería contraria, lo primero, porque nadie, al momento de la procreación piensa en los derechos y obligaciones que de ella puedan surgir, tal vez ello ocurra después del nacimiento, y lo segundo, porque de tenerse en cuenta esta motivación jurídica, la reducción de los hijos extramatrimoniales sería la con-

secuencia necesaria y lógica en favor de la filiación legítima. No obstante, ello no es así, y con esto se demuestra la irrelevancia de la igualdad sucesoral en la profusión o reducción de la filiación extramatrimonial.

Si consideramos que la igualdad de derechos de los hijos legítimos y de los extramatrimoniales, otorga una protección general no solo por su trato equivalente sino también porque permite el desarrollo armónico de las relaciones fraternales y familiares, así se evitarían las luchas y disputas personales y económicas y se contribuye al logro de la paz doméstica. Esta ha sido la tendencia que gradualmente han venido adoptando las leyes 45 de 1.936 y 75 de 1.968, cuando trataron de aproximar y equiparar los hijos extramatrimoniales a los hijos legítimos, además la función educativa de la Ley 29 de 1.982 y su ejecución paulatina irá cimentando la igualdad, tal como ocurriera con el otorgamiento a la mujer de su capacidad civil y política, y así como los derechos correspondientes a los varones.

Al hablar de la igualdad o desigualdad del hijo legítimo y del extramatrimonial, omitiendo la igualdad del hijo adoptivo pleno, establecido por la Ley 5 de 1.975, al primero, quedando en condiciones de superioridad al hijo extramatrimonial, no demuestra sino el prejuicio mental en el tratamiento de este asunto. Se ha descuidado el trato favorable que rápidamente se ha dado a la adopción, que en quince años desde la Ley 140 de 1.960 hasta la Ley 5 de 1.975, ha logrado equipararse a la legitimidad, estoy hablando de la adopción plena, mientras que se ha relegado y conscientemente se ha mantenido a los hijos extramatrimoniales en condiciones de inferioridad por más de 45 años, Ley 45 de 1.936.

Si tenemos esa conciencia discriminatoria, tan arraigada en los pueblos, hemos ensombrecido a la filiación extramatrimonial, de tal manera que siendo de parentesco superior puesto que esta es consanguíneo, su igualdad se ha logrado con posterioridad al de la adopción.

La discriminación sucesoral de las filiaciones legítimas y extramatrimoniales ha sido impotente e ineficaz para contener la extensión del concubinato, pues sus causas y conservación no descansan en el carácter extramatrimonial de la relación concubinaria y su filiación, sino en otras cuestiones, tales como la insolubilidad del matrimonio, y el machismo. Por tanto, resulta ilógico atacar el concubinato con dicha discriminación más cuando no existe prohibición legal alguna con relación al mismo y la descendencia.

Si tenemos que resaltar el aspecto más importante para una sociedad radica en que sus células familiares se encuentren debida y solidariamente formadas, para lo cual el derecho deberá asumir su reglamentación. Ahora si la idea de hacer una reglamentación exhaustiva de tales relaciones lo más conveniente sería ampliar la reglamentación matrimonial de manera que comprendiera y absolviera estas últimas situaciones. Si bien es cierto que la mejor organización legal que se conoce para la familia es la que se fundamenta sobre el matrimonio y que por su carácter legal se llama legítima, pero eso en manera alguna le impedía a la misma ley organizar en forma similar, igual o mejor, otro tipo de instituciones tal como lo ha hecho en otras ocasiones como en la adopción plena es importante como la legitimidad y la posesión material también goza de sus protecciones y privilegios, y que pueden hacerlo con las relaciones extramatrimoniales.

7. NATURALEZA JURIDICA.

7.1 Relaciones Familiares.-

La naturaleza de las normas jurídicas de la Ley 29 de 1982 se ajusta a los criterios generales, así:

a) El inciso que el Art. 1 de la citada ley adiciona al Art. 250 del C.C. regula lacónicamente las relaciones familiares filiales cuando preceptúa: "Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones". Se trata de una disposición imperativa y de orden público la he catalogado el tratadista Pedro Lafont, puesto que atañe a la relación familiar como el estado civil, el parentesco, los derechos y obligaciones, los personales como crianza, corrección, cuidado personal, etc., familiares pero no siempre éstas y aquellos gozan de la misma naturaleza, así por ejemplo son de orden público las normas que imponen las obligaciones de crianza, cuidado personal y alimentos, y por tanto, no pueden sustituirse o modificarse de acuerdo con los padres o de estos y los hijos. Sin embargo, es admisible el convenio o la estipulación sobre la forma de educación o crianza como encargársela a un tercero, o sobre la regulación de cuantía o forma de pago de la obligación alimentaria.

Si tenemos que esta imperatividad también interesa el derecho sucesoral en especial cuando el testamento se relaciona con tales aspectos. La declaración en virtud de la cual el testador dispone asignarle a todos sus hijos el mismo calificativo es nula, ya que el establecimiento y calificación se encuentra reservado a la Ley Art. 2 del Decreto 1260 de 1970,

y que lo ha hecho en la forma prescrita por el mencionado artículo 1 de la Ley 29 de 1.982.

No es posible la abolición de todos o algunos de los derechos y obligaciones de los hijos, tales como por ejemplo, la educación, crianza, patria potestad, etc. con todo el testador se le atribuyen ciertas facultades relacionadas con aquellos aspectos, virtud de las cuales se pueden realizar ciertos aspectos, tales como la de asignaciones testamentarias, como pago de alimentos forzosos, Arts. 520 y 1229 inc. 2o. del C.C. o voluntarios Arts. 1228 y 1192 C.C. o como carga a la cuarta de mejoras Art. 1253 C.C., la designación del curador de bienes para la administración de los bienes dejados a título de mejoras o de libre disposición Art. 573 C.C. y 55 del Decreto 2820 de 1.974, la designación del curador testamentario cuando la patria potestad se extingue definitivamente con muerte del testador Art. 288, 438, 443 y 444 del C.C. o sobre el cumplimiento de ciertas obligaciones como el cuidado personal, crianza, educación, etc. que no viole el derecho del cónyuge o concubinario sobreviviente Arts. 520 y 258 del C. C. Tampoco es posible la fijación como condiciones, hechos o conductas violatorias de las citadas obligaciones y derechos imperativos Art. 1137 y 1537 del C.C., tal como sería la condición testamentaria dejada al cónyuge sobreviviente bajo la condición de que no eduque a sus hijos. Así mismo se contrariaría el orden público cuando el testador restablezca las odiosas discriminaciones de hijos espureos, adulterinos, etc. De igual manera será necesario que los demás negocios jurídicos sucesorales como donaciones por causa de muerte, promesa de mejoras, venta de derechos sucesorales, aceptación, repudiación, etc. se ajusten a la susodicha imperatividad.

7.2 Relaciones Sucesorias.-

Las relaciones sucesorias gozan en todo el articulado de la Ley 29 de 1.982 de una gran importancia, contrario a lo que sucede con las relaciones familiares y la manera cómo ellas han sido tratadas por esta Ley.

El derecho sucesoral está en la Ley, conserva la orientación general de reglamentación supletoria y por lo tanto, susceptible de ser ampliada, modificada o sustituída por testamento o donación revocable particularmente en lo general de la vocación hereditaria. Es necesario hacer resaltar que priman los órdenes hereditarios de la vocación hereditaria y la representación artículos 2 y 4, con la intervención de los asignatarios forzosos que suceden personalmente o por representación ya que en tales casos resulta improcedente toda intervención del causante, con la respectiva limitación de la cuarta de mejoras. Otro tanto ocurre con la porción conyugal.

Realmente son de naturaleza mixta las asignaciones de legítimas por cuanto son imperativas en lo mínimo y supletivas en lo máximo, por lo tanto, pueden dejarse asignaciones superiores.

De acuerdo con la naturaleza se pueden establecer los efectos que se producen con ocasión de la infracción por testamento o demás actos sucesorales, de tales normas, especialmente las de orden público por ejemplo acción de reforma del testamento, objeciones a la partición, así mismo su pertenencia al orden público interno nacional tiene gran utilidad en la solución de conflictos en la aplicación de normas

de diversos países.

En cambio por la ausencia casi general de testamento y la consiguiente regulación intestada de la mayoría de las sucesiones, esta ley requiere una valoración fundamental en la vida social. Su aplicación será por tanto, la general en todas sus materias y su confirmación será la costumbre que muy pronto la desarrolle.

8. OTRAS LEGISLACIONES

También han consagrado restringidamente la igualdad sucesoral: Alemania Occidental, Inglaterra, Holanda, España, México y Ecuador.

Alemania Occidental.-

La ley fundamental para la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1.949 dispuso en el numeral 5 de su Art. 6 que "la Legislación otorgará a los hijos habidos fuera del matrimonio las mismas condiciones para su desarrollo físico y espiritual y su inserción en la sociedad que a los hijos legítimos". Sin embargo, esta regla no fue desarrollada sino en 1.968.

Iniciálmente persistieron las reglas del Código Civil Alemán que recogían una acentuada discriminación con el hijo natural, puesto que solamente se entendía que ingresaba a la familia materna, dentro de la cual sucedía como si fuera un hijo legítimo, era excluído de la familia paterna, donde el reconocimiento paterno solo acarreaba una pretensión de alimentos.

La igualdad jurídica del hijo natural fue consagrada en la Ley

del 19 de agosto de 1.969, esto es, cuatro años después de expedirse el Código de la Familia de la República Federal Alemana, o sea el 20 de Diciembre de 1.965, con ello los hijos naturales tienen el mismo derecho de los hijos legítimos en cuanto a la cuota hereditaria y legítima. Sin embargo, sin entrar en detalles podemos indicar que no se trata de una igualdad plena, puesto que quedando limitados los efectos del reconocimiento "a los ascendientes y descendientes" los derechos hereditarios no podrán referirse sino a ellos. Queda excluída la colateralidad.

Además, la organización sucesoral alemana difiere en muchos aspectos con la colombiana, tales como la sucesión por parentela y la naturaleza crediticia de la legítima, de aquella legislación, lo cual dificulta precisar el comportamiento en el desarrollo de la igualdad sucesoral.

Inglaterra.-

El derecho inglés ha sido uno de aquellos que han mantenido la mayor parte de las discriminaciones sucesorales, hoy parcialmente derogadas.

Dentro de tales discriminaciones podemos citar las relativas a los hijos y demás ascendientes.

Los hijos naturales eran excluídos totalmente de la sucesión hasta 1.926, en que se le admitió suceder, a falta de hijos legítimos, a su madre natural exclusivamente, y los derechos hereditarios en la adopción, iguales a los de los legítimos, han quedado restringidos a adoptantes y adoptados.

Los demás parientes, tales como ascendientes, hermanos y tíos,

también se han discriminado para efectos sucesorales, ya que son ubicados en diferentes órdenes. Así por ejemplo, los padres se encuentran en un orden, y los abuelos en otro, los hermanos carnales en uno y los medios en otro, etc., etc.

Pues bien, en este derecho se ha abolido únicamente la discriminación con relación a los hijos naturales, ya que "por acto de reforma de la ley de familia del año de 1.969, el hijo natural y sus padres tienen los mismos derechos que los legítimos, y se les acuerda los mismos derechos en la sucesión abintestato y también la cuota de reserva" no obstante, la igualdad se limita a padres e hijos.

Holanda.-

El derecho holandés consagraba las concepciones tradicionales de discriminación tales como la sucesión por líneas en ciertos casos de ascendencia y hermanos, la mejor condición de los hermanos carnales sobre los medios y la extensión de la vocación hereditaria al grado 12 de la colateralidad. Pero en especial, recogía la discriminación con relación a la filiación natural, por cuanto no solo la excluía de la familia paterna sino que, en caso de concurrencia con hijos legítimos, los hijos naturales recibían una cuota inferior a la de estos últimos.

El Código Civil de Holanda de 1.969, que entrara a regir el 1o. de enero de 1.970, ha consagrado la igualdad entre los hijos.

España.-

España también se ha caracterizado por la discriminación sucesoral, tanto a nivel nacional como regional, con relación a la

adopción y a la filiación natural: A la primera le negó, en términos generales, los derechos sucesorios, y a la segunda le limitó los derechos hereditarios a los padres, hijos y hermanos, pero en todo caso, en condiciones de inferioridad al hijo legítimo. Igualmente, carecía del derecho de sucesión por representación.

También los derechos forales o especiales han seguido en forma específica la tradición discriminatoria, las que por mandato del Art. 12 del C.C. Español gozan de aplicación preferencial.

Con la Constitución de 1.978, aprobada en referendum del 21 de Diciembre de ese año, el Estado Español adoptó la regla moderna de la igualdad al preceptuar que "los poderes públicos aseguran, así mismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad" .... agrega "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda". Además, dicha igualdad, como derecho fundamental, deberá interpretarse de acuerdo con la declaración universal de los Derechos Humanos. Con todo el desarrollo de esta igualdad en todos sus alcances no solo dependerá de la legislación del Estado Español sino de los derechos forales o especiales de las comunidades autónomas, porque éstas pueden asumir la ejecución de dicha materia.

Ecuador.-

La Constitución Ecuatoriana de 1.946, también esbozó la regla de igualdad, limitada a los hijos, cuando el inciso tercero del Art.

142 prescribiera: "Los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos en cuanto a crianza, educación y herencia"; precisó igualmente que "La ley reglamentará todo lo referente a la filiación y sus derechos", lo cual no ha ocurrido, puesto que en el Código Civil aún se conserva la discriminación hereditaria, es así como se ha quedado rezagada esta legislación ecuatoriana al paso de tan importante tema.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES

1. AL OLVIDAR EL ENORME VALOR INSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.

Desde la escuela primaria venimos escuchando que la familia es la célula fundamental de la sociedad, no obstante lo anterior, la Legislación Colombiana parece no tomar conciencia de la necesidad de brindarle una verdadera protección a la más importante institución de la sociedad, la célula familiar.

El abandono arranca desde la misma constitución nacional en donde ni siquiera se menciona la familia, como institución que en el mínimo reciba protección jurídica directa. Si bien es cierto que el Título III, se dedicó a garantizar al individuo sus más elementales derechos, nada dice en forma directa de la familia, quizá de la interpretación que se le de a los artículos 16 y 19 C.N., pueda desprenderse, en forma indirecta que el Estado cumple una función protectora a la familia. Estas normas establecen:

Artículo 16. C.N. "Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia.... y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Artículo 19. C.N. "La asistencia pública en función del Estado ..... La Ley determinará la forma cómo se preste la asistencia y los casos en que deba darle directamente el Estado".

e inembargable. La Ley 91 de 1.936 dice de su constitución con fines de acción social.

- Código Penal Colombiano - que tipifica las infracciones que atacan directamente a la familia. Arts. 259, 260, 262, 263, 343, 346 del C.P.

- La Ley 75 de 1.968 - que en los artículos 40 y 41 consagró dos figuras delictivas, la sustracción sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentación, y la dilapidación de bienes en ejercicio de la Patria Potestad. Pero mediante el artículo 45 estas figuras quedaron incorporadas al Código Penal, como "Delitos contra la Asistencia Alimentaria - Art. 263".

Esta misma Ley creó el Instituto de Bienestar Familiar, encargado de proveer protección al menor, y al mejoramiento de la estabilidad del bienestar de las familias colombianas, artículos 50 y 53, Capítulo III.

2. POR QUE NO EXISTE UN CODIGO DE FAMILIA.

En efecto, las numerosas y variadas normas que constituyen el Derecho de Familia, configuran un panorama caótico y desordenado que realmente impide una apreciación global de la situación jurídica de la familia colombiana.

Nuestra legislación de familia se encuentra dispersa en toda clase de códigos, leyes y decretos que tocan de una manera directa o indirecta, aspectos que hacen relación a la estructura y funciones

de la familia.

En este momento el Derecho de Familia es una rama del Derecho Civil. Como ya se dijo en este trabajo, la mayor parte de estas normas tienen un carácter más moral que jurídico, casi todas de Derecho Privado, con un contenido de orden público. La finalidad podemos resumirla en que reglamenta la constitución de la familia, su dinámica y su disolución.

Esta maraña legislativa, cada día más compleja es muy perjudicial y altamente nociva a la primera célula de la sociedad como es la familia.

Lo anterior lo manifiesta claramente el Dr. Eduardo Novoa: cuando dice: "Es un hecho comprobable ... el incremento enorme de las reglas sociales dictadas por el poder público.... Todo esto haca del sistema legal de cada país una verdadera gran maraña legislativa (subrayo) cada vez más complicada y profusa... Esta atomización del Derecho, es muy nociva y por principio, contraria a su naturaleza y finalidad, pues quiebra el concepto mismo de lo que debe ser un conjunto sistemático, ordenado, claro y accesible de reglas de conducta exigidas a todos los hombres".

En concordancia con todo lo dicho, y en el mismo orden de ideas, citaré a manera de ejemplo, y en forma muy rápida algunas disposiciones dictadas por los respectivos poderes públicos y que no escapan como, todas las demás, al fenómeno de dispersión, desorden y de la caótica legislación colombiana propuesta y exigida a la familia colombiana.

A. Código Civil.- La reglamentación jurídica de la familia encuentra en este Código su fuente por excelencia. El Libro I, III y IV contienen capítulos dedicados a las relaciones surgidas en la familia.

Libro Primero:

1. Constitución, efectos y disolución del matrimonio.
2. Las Relaciones Conyugales.
3. Las Relaciones paterno-filiales.
4. Adopción.
5. Régimen de guardas.
6. Filiación.

Libro Tercero:

7. De la sucesión por causa de muerte.

Libro Cuarto:

8. De las capitulaciones matrimoniales y la sociedad conyugal.

B. Código Penal.- Este Código tipifica las conductas que atentan contra la Familia. En el Título IX denominado Delitos contra la Familia. Art. 259, 262, 263, 343 y 346 del C.P.

Libro Tercero:

1. Delitos contra la familia - incesto, bigamia, contra la asistencia alimentaria, etc.

2. Delitos contra la vida y la integridad personal (aborto, del abandono de menores y de personas desvalidas).

C. Código Sustantivo del Trabajo:

1. Trabajo a menores de edad.
2. Escuela primaria a los hijos de los trabajadores en sitios lejanos.
3. Prestaciones patronales especiales a menores.
4. Protección a la maternidad.
5. Trabajo domiciliar de mujeres.

D. Leyes y Decretos:

1. Ley 1a. de 1.976 - Divorcio, separación de bienes y de cuerpos.
2. Decreto 772 - 1.975 - reformó el 2820.
3. Decreto 2820 , 1.974 - Igualdad Jurídica de mujeres y varones.
4. Ley 5a. - 1.975 - Adopción.
5. Ley 20 de 1.974. Aprueba el Concordato de 1.973.
6. Decreto 1260 - 1.970. Registro Civil.
7. Ley 75 - 1.968 - Paternidad Responsable.
8. Decreto 1118 - 1.964 - Protección de Menores.
9. Decreto 3151 de 1.962 - Cajas de Compensación Familiar.
10. Decreto 118 - 1.957 - Subsidio Familiar.
11. Ley 83 de 1.946 - De la Defensa del Niño.
12. Leyes 226 y 92 de 1.938 - Registro Civil.
13. Ley 45de 1.936 - Filiación Natural.
14. Ley 91 - 1.936 - Patrimonio Familiar Inembargable.
15. Ley 29 de 1.982 - Igualdad sucesoral de los hijos.

Esta es la enorme realidad de la legislación familiar, y tanto el Estado como los particulares estamos en la obligación de encontrar una solución adecuada a los múltiples problemas familiares sobre la igualdad implantada últimamente, de esta manera evitar una codificación de Leyes y Decretos y expedir un código de Familia autónomo con bases sólidas como lo es actualmente la sociedad colombiana, y asumir la responsabilidad el Estado con el fin de proteger a todos sus asociados, por lo tanto, es preciso afianzar nuestro ordenamiento jurídico sobre estas bases, mediante una Reforma Constitucional, todo lo anterior con el fin de hacer más ágil la aplicación de sus normas en la comunidad, sería conveniente modificar los Juzgador de menores por unos Juzgados de familia, y cambiar la denominación y sus funciones amplliarlas a los actuales defensores de menores por Abogados Defensores de Familia, para que esta sea protegida en su totalidad y no parcialmente, así mismo corregir los inconvenientes de carácter procedimental.

En este momento es oportuno escribir sobre el Derecho de Familia, no solo en el país, sino en el mundo entero, debido a que existe una tendencia general a renover estas leyes sobre la familia, y nuestros legisladores han expedido diversas leyes sobre esta materia que sería necesario ubicarlas en un código de familia, y de esta forma estar dentro de las repúblicas más desarrolladas en esta materia.

3. PERSPECTIVAS DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DADO SUS ANTECEDENTES.

A. *Código Civil de 1873.*

En materia sucesoral, según el régimen de aquel Código, el

hijo natural no era excluído por el hijo legítimo. Eran llamados a la sucesión abintestato los descendientes, ascendientes y colaterales legítimos, los hijos, padres y hermanos naturales, el cónyuge supérstite y en último lugar el fisco (Art. 1040). En general, el régimen del Código de la Unión de 1873 es superior al régimen de la Ley 153 de 1887.

En cuanto al derecho sucesoral, como quedó dicho anteriormente, los hijos naturales concurrían con los legítimos; sin embargo, era un derecho casi nugatorio, pues a los naturales correspondía solamente una quinta parte.

B. Ley 57 de 1887.

Este sistema impidió que los hijos naturales siguieran siendo excluídos en la sucesión de su propia madre por los colaterales legítimos, por falta de un reconocimiento solemne.

Sin embargo, el Art. 21 restringió los efectos del reconocimiento forzoso hecho ante el juez por el padre; el hijo ilegítimo no reconocido voluntariamente, podía, para el solo efecto de exigir alimentos, pedir que el padre lo reconociera, pero el reconocimiento no le daba el carácter general de hijo. Esta restricción no estaba consagrada en el Código de 1873.

C. Ley 153 de 1887.

Incurrió además la Ley 153 (Art. 71) en la consagración de un principio injurídico e inmoral, en virtud del cual

cuando el padre es citado ante el juez para que diga si cree ser padre del hijo, o cuando repetida la citación, expresando su objeto este no compareciere y se procediere a considerar como reconocida la paternidad, el padre solo es obligado a suministrar al hijo alimentos "pero solo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia".

En materia sucesoral trabajo un principio insólito en el Art. 86, Ley 153 de 1887, que acabó de una vez por todas con los derechos y expectativas del hijo extramatrimonial.

Art. 86.- Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos sin perjuicio de la porción del cónyuge sobreviviente.

Pero el Art. 1094 de dicho Código fue derogado y sustituído por el Art. 87 de la Ley 153 de 1887, referente al derecho sucesoral de los colaterales cuando faltan descendientes y hermanos legítimos, cónyuge sobreviviente e hijos naturales.

D. Ley 45 de 1936.-

La Ley 45 de 1936, aparece como avance fundamental en la protección del hijo extramatrimonial. Acepta que no puede considerarse al hijo responsable de las actuaciones de sus padres, sea que proceda de matrimonio putativo o de uniones extramatrimoniales de cualquier índole, y le otorga el derecho a establecer su filiación en todos los casos.

Las reformas introducidas en esta ley pueden sintetizarse así:

1. Abrogación de las diferencias entre hijos naturales y de dañado y punible ayuntamiento, quedando únicamente dos grupos de hijos legítimos e hijos naturales.

La ley se pronuncia en el sentido de que el hijo no tiene culpa ni participación en el hecho de su generación, y en que por consiguiente son los padres los que deben responder legalmente con todas sus obligaciones correlativas, sin poder eludir sus deberes protegiéndose en el silencio de la ley, o en una irresponsabilidad en la procreación.

A este respecto, el Art. 1o. de la Ley 45 de 1936 dice así:

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

2. La segunda innovación de la Ley 45 de 1936 consiste en permitir la comprobación de la paternidad en juicio, acreditando una o varias condiciones o hechos determinados; y el haber aumentado los modos de reconocimiento del hijo (Art. 40).

Todo hijo extramatrimonial o su representante puede instaurar acción judicial para que se declare quién es su padre, con la salvedad ya explicada de cuando este sea persona distinta al marido de la madre.

3. La tercera innovación de la Ley 45 de 1936 consiste en

haber establecido la representación legal del hijo extramatrimonial; la encontramos consignada en los Arts. 13, 14 y 15.

4. La cuarta innovación de la Ley 45 de 1936 consiste: a) En el reconocimiento al hijo natural de derecho herencial frente al hijo legítimo; b) en mejorar su situación herencial en los demás órdenes de sucesión.

La reforma, tanto en el primer orden de la sucesión como en la innovación referente a la participación en la cuarta de mejoras, se encuentra consagrada respectivamente en los Arts. 18, 19, 20, 22 y 24 de la nueva ley.

De conformidad con el Art. 18 de la Ley 45, se estableció lo siguiente:

Art. 18.- Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y 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 estos, y sin perjuicio de la porción conyugal.

Queda en los anteriores términos sustituído el artículo 86 de la ley 153 de 1887.

De acuerdo con este artículo, vemos que al hijo natural le corresponde la mitad de la cuota de un hijo legítimo.

Se relaciona con el Art. 17, el Art. 28, que dice:

"La presente ley, en cuanto se refiere a los derechos hereniales de los hijos naturales en concurrencia con los hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquella, solo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir".

Como consecuencia de esta ley, vemos que el hijo legítimo no excluye al hijo natural sino en un único caso: cuando el matrimonio de que emana fue celebrado con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936 y el hijo natural concebido antes de entrar en vigencia la mencionada ley.

a) Mejoras del derecho herencial en los demás órdenes de la sucesión. El Art. 19 regula el segundo orden de sucesión u orden de los ascendientes legítimos.

Art. 19.- El artículo 1046 del Código Civil quedará así:

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 divide en cuatro partes: una para el cónyuge y las otras tres para repartirlas, por cabezas, entre los ascendientes legítimos y los hijos naturales.

No habiendo cónyuge sobreviviente, la herencia se divide entre los ascendientes legítimos y los hijos naturales, por cabezas.

No habiendo hijos naturales, la herencia se divide en dos partes: una para el cónyuge y otra para los ascendientes legítimos.

No habiendo cónyuge ni hijos naturales, pertenece toda la herencia a los ascendientes legítimos.

Habiendo un solo ascendiente legítimo en el grado más próximo, sucede este en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.

Pero el Art. 24 de la Ley 45 le asigna al hijo natural la cuarta de mejoras en ausencia de legítimos o en concurrencia con estos. Es de anotarse, que en el sistema antiguo del Art. 1046 del Código Civil, la herencia se dividía en cinco partes: tres para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge y otra para el hijo natural.

Art. 24.- El artículo 1253 del Código Civil quedará así: De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus descendientes legítimos, sus hijos naturales y los descendientes legítimos de estos, y podrá asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta, con exclusión de los otros.

Los gravámenes impuestos a los asignatarios de la cuarta de mejoras, serán siempre en favor de una o más de las personas mencionadas en el inciso precedente.

La acción de que habla el artículo 1277 del Código Civil, comprende los casos en que la cuarta de mejoras, en todo o en parte, fuere asignada en contravención a lo dispuesto en este artículo.

Con la nueva ley aparece indudablemente un mejoramiento

del derecho hereneial del hijo natural, pues en general recibe mayor cuota de la que le correspondía anteriormente: las tres cuartas partes, en concurrencia con el cónyuge o los ascendientes; la totalidad, frente a colaterales de grado inferior.

La contradicción entre el Art. 24 y el Art. 19 en cuanto a la distribución de la herencia entre el hijo natural y el cónyuge sobreviviente a los ascendientes legítimos del causante, ha sido resuelta por la jurisprudencia a favor del primero en la forma que se acaba de indicar.

El Art. 20 de la Ley 45 de 1936 precisa el tercer orden sucesorio, regulado anteriormente por el Art. 1047 del Código Civil, denominado de los hermanos legítimos; esta denominación ha perdido actualidad, pues en ese orden se suprimió la concurrencia de los hermanos legítimos con los hijos naturales.

Art. 20.- El artículo 1047 del Código Civil, quedará así:

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.

En el derecho anterior, a falta de ascendientes y descendientes legítimos, sucedían los hermanos legítimos, el cónyuge y los hijos naturales; a la luz de la Ley 45, habiendo hijos naturales y cónyuge, nada tiene que ver el

hermano legítimo en la sucesión, puesto que no es llamado a ella.

Según el sistema anterior, la herencia se dividía en tres partes: una para el hermano legítimo, otra para el hijo natural y otra para el cónyuge; de acuerdo con la Ley 45, muy distinta la división: el hermano legítimo está excluído y la herencia se divide en cuatro partes iguales: tres para el hijo natural y una para el cónyuge.

b) Régimen legal en la sucesión del hijo natural de padre también hijo natural.- En el caso del causantes que es hijo natural, existe un régimen especial en que se acoge el principio de la igualdad jurídica de los hijos en la sucesión, sean legítimos o naturales. Dicho régimen está expresado en el Art. 22 de la Ley 45 de 1936, que dice:

Art. 22.- El artículo 1050 del Código Civil quedará así:

La sucesión del hijo natural se rige por las mismas reglas que la del causante legítimo, ocupando los padres naturales el lugar que de acuerdo con estas reglas corresponde a los ascendientes legítimos. Si solamente uno de aquellos tuviere la calidad de padre o madre natural, a este solo corresponde la asignación respectiva.

Cuando por falta de descendientes o de padres sean llamados a suceder los hermanos, la herencia se defiere a aquellos que fueren hijos legítimos, o naturales del mismo padre, de la misma madre o de ambos. Todos ellos suceden simultáneamente; pero el hermano carnal lleva doble porción que el paterno o materno.

La calidad de hijo legítimo no da derecho a mayor porción que la del que solo es hijo natural del mismo padre o madre.

El cónyuge sobreviviente tiene los mismos derechos que en la sucesión del causante que fue hijo legítimo.

En cuanto al artículo anterior, vemos que se destaca el hecho de que al hijo natural tan solo puedan sucederle sus padres naturales; ningún otro ascendiente puede invocar parte de la sucesión. Jurídicamente no existen los abuelos naturales. La madre, por el solo hecho del nacimiento del hijo, tiene la calidad de natural, sea soltera o viuda, y una vez que se compruebe el nacimiento e identificación del hijo, adquiere el derecho de sucederlo. No sucede lo mismo con el padre, pues si este no ha sido declarado judicialmente padre del difunto, carece de derecho para suceder en los bienes del hijo.

E. Ley 75 de 1.968.-

Dentro de las reformas que la nueva ley introdujo a la preceptiva legal anterior a su vigencia, emergen con perfiles de singular relevancia las referentes a la acción de investigación de la paternidad natural, puesto que si bien es cierto que dicho estatuto aún conserva el sistema de la investigación restringida consagrada por la Ley 45 de 1936, también lo es que aumenta las causales al efecto y la mayor amplitud en el suministro de la prueba de los hechos que las estructuran.

La caducidad del derecho de herencia del hijo extramatri-

monial.- La acción del hijo es imprescriptible e incaducable. Este principio lo consagra el Art. 406 del Código Civil, al decir que "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

Sin embargo, en el segundo caso, el Art. 10 de la Ley 75 estableció una limitación absurdamente corta, referente a los efectos patrimoniales del fallo, pues para que estos se produzcan es necesario que la demanda de filiación pase se formule y notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto progenitor; de manera que si ese derecho se ejercita (sic) vencidos los dos años que la ley señaló antes, pero no se notifica a los herederos putativos o concurrentes antes que venzan los tales dos años, subsiste el derecho a investigar la paternidad y a que se declare si se prueba, pero caducan todos los efectos económicos herenciales derivados del fallo favorable de esas paternidades. El hecho de que la demanda deba ser notificada también dentro del término parentorio de los dos años, so pena de caducar el derecho a los efectos patrimoniales, constituye una injusticia muy grande. Son muchos los hijos que han quedado sin herencia que por derecho les corresponde, ya sea porque se les engañó prometiéndoles un arreglo o dándole largas al asunto de otra manera, o, por qué no decirlo, seduciendo o enamorando a la madre para dejar pasar los dos años. También puede darse el caso de que, a pesar de la diligencia del demandante, no se pueda notificar el auto admisorio de la demanda de los dos años que señala la ley, debido a la ocultación de los demandados o a los

obstáculos que estos puedan poner, o a la culpa del funcionario encargado de la notificación.

De lo expuesto anteriormente se deduce que el término de los dos años es absurdo, y que lo lógico era haberlo reducido, de los veinte que consagra el Art. 1o. de la Ley 45, que redujo el de treinta años que señalaba el Art. 1326 del Código Civil, a diez, para evitar los abusos y la usurpación de derechos de los hijos que con el término actual se presentan.

Afortunadamente, la Corte ha modificado su doctrina en lo referente a la caducidad del derecho, en el caso de que, a pesar de haberse presentado aquella o de la diligencia del demandante para la notificación del auto admisorio, no haya sido posible llevarla a cabo en el término de esos dos años, por ocultación de los demandantes, por otros obstáculos puestos por los mismos o por negligencia de los funcionarios competentes. (Sentencias del 19 de noviembre de 1976, del 21 de noviembre de 1977, y varias posteriores).

F. Decreto-Ley 2820 de 1974.

En materia de patria potestad el decreto 2820 de 1974 dispuso en su Art. 24: "El inciso 2o. del artículo 288 del Código Civil quedará así" : Corresponde a los padres conjuntamente el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro".

Esto indica obviamente, que también los derechos y obligaciones que integran el contenido de ella y, en particular,

la representación, la administración y el usufructo legal, deben ejercerse conjuntamente. Actualmente, en caso de desacuerdo se acude al Juez.

Y respecto a la patria potestad de los hijos extramatrimoniales, dispuso que también la tienen conjuntamente ambos progenitores, excepto cuando el padre ha sido declarado tal en juicio contradictorio; la excepción es lógica, porque entonces no está en condiciones morales para ejercer la patria potestad, ya que se opuso a que fuera declarado como tal.

Ley 29 DE 1.982

En procura de actualizar la legislación sobre los hijos extramatrimoniales, como también en atención a los muchos llamados por parte de los doctrinantes acerca de borrar de una vez por todas las odiosas e irritantes inclinaciones existentes, aún, entre los hijos concebidos dentro o fuera del matrimonio, se expidió la Ley 29 de febrero 24 de 1.982, por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

Se debe anotar al respecto que en este tópico la Legislación Colombiana siguió los lineamientos que se impusieron en otros países, pero haciendo más extensiva su aplicación; pues tenemos que esto fue regulado en Alemania por la Ley 29 de 1.969, en Inglaterra por la reforma de 1.969, en los Países Bajos por el Código Neerlandés de 1969 y en todos los Países Socialistas.

Con la extensión de la citada Ley viene a subsanarse graves errores

y discriminaciones injustas, pues en el régimen anterior se hacía negativo el principio de: "Todos son iguales ante la Ley y tienen derechos, sin distinción, a igual protección de la Ley". Igualmente, establece la declaración de las Naciones Unidas sobre derechos humanos establece el principio que prohibe toda discriminación por causa de "origen". Hoy es de claridad meridiana que no es justo, ni equitativo, hacer pagar a los hijos la culpa de sus padres, toda vez que a los hijos no se les da el derecho de escogencia de sus padres, consecuencia lógica, tampoco se les puede sancionar por el origen, o por el hecho de no existir matrimonio entre sus progenitores.

Cabe resaltar que en dicha Ley se regula todo lo concerniente a la igualdad sucesoral, haciéndose extensivo a otros campos tales como descendencia, hermanos, sobrinos, representación legal hereditaria, etc, habida cuenta que el proyecto presentado ante la Cámara solo se hablaba de la igualdad de hijo extramatrimonial.

Por último, con la citada ley, Colombia asume el liderazgo legislativo de las igualdades sucesorales que se han hecho en el mundo, por la forma tan amplia como la ha extendido a toda la familia, superando así a las reformas introducidas por las legislaciones de varios países europeos y latinoamericanos.

4. EFECTOS PATRIMONIALES DE LA LEY 29 DE 1.982.

Con la Ley 29 de 1.982 los hijos extramatrimoniales o naturales excluyen a todos los herederos diferentes de los hijos. El carácter de legitimario excluyente que tenían los hijos legítimos frente a los hijos naturales, que el C.C. (Arts. 1240, 1241 y 1242, en sus textos originales) les otorgaba, sufrió su primera

modificación cuando en virtud del artículo 23 de la Ley 45 de 1.936, se les permitiera a los hijos naturales concurrir con los hijos legítimos, pero, se creaba aquí, la primera discriminación cuantitativa.

En el C.C. la cuarta de mejoras fue un privilegio exclusivo de los hijos legítimos, por la Ley 45 de 1.936 se extiende a los hijos naturales, claro está, con la discriminación cuantitativa y gradual imperante, esto también fue abolido con la expedición de la nueva ley.

La Ley 29 de 1.982 establece la igualdad general de derechos y obligaciones, dicha reglamentación especial tiene una expresión concreta y casuística debido a la naturaleza del tema en sí, esto es, en cuanto a la vocación hereditaria y a su organización a través de los órganos sucesorales. En efecto, se regula de manera general la sucesión para cualquier persona, y se desarrolla la igualdad en la descendencia, la ascendencia, los hermanos y los sobrinos, tanto en posición jurídica como en participación y en forma de suceder.

Los fenómenos de la transmisión sucesoral y la sucesión hereditaria han quedado reformados indirectamente con la nueva conformación y estructuración de los órdenes hereditarios de la sucesión abintestato, pues siendo la transmisión una forma especial de sucesión intestada, ella deberá sujetarse a la nueva ley.

La Ley 28 de 1.982 mantiene, aún, la discriminación generacional y la limitación de la adopción simple, así: persiste la desigualdad entre hermanos sucesores del hermano fallecido, por razón de su generación o procreación; el hermano carnal o de doble conjun-

modificación cuando en virtud del artículo 23 de la Ley 45 de 1.936, se les permitiera a los hijos naturales concurrir con los hijos legítimos, pero, se creaba aquí, la primera discriminación cuantitativa.

En el C.C. la cuarta de mejoras fue un privilegio exclusivo de los hijos legítimos, por la Ley 45 de 1.936 se extiende a los hijos naturales, claro está, con la discriminación cuantitativa y gradual imperante, esto también fue abolido con la expedición de la nueva ley.

La Ley 29 de 1.982 establece la igualdad general de derechos y obligaciones, dicha reglamentación especial tiene una expresión concreta y casuística debido a la naturaleza del tema en sí, esto es, en cuanto a la vocación hereditaria y a su organización a través de los órganos sucesorales. En efecto, se regula de manera general la sucesión para cualquier persona, y se desarrolla la igualdad en la descendencia, la ascendancia, los hermanos y los sobrinos, tanto en posición jurídica como en participación y en forma de suceder.

Los fenómenos de la transmisión sucesoral y la sucesión hereditaria han quedado reformados indirectamente con la nueva conformación y estructuración de los órdenes hereditarios de la sucesión abintestato, pues siendo la transmisión una forma especial de sucesión intestada, ella deberá sujetarse a la nueva ley.

La Ley 28 de 1.982 mantiene, aún, la discriminación generacional y la limitación de la adopción simple, así: persiste la desigualdad entre hermanos sucesores del hermano fallecido, por razón de su generación o procreación; el hermano carnal o de doble conjun-

ción toma una porción equivalente al doble de lo que le corresponde al hermano de simple conjunción, Art. 1047 del C.C.

La limitación de los derechos sucesorales de la adopción simple, se presenta como una excepción dentro de la regla general de igualdad sucesoral, pero realmente se trata del desarrollo de la misma regla dentro de los límites propios del parentesco civil de dicha adopción, esto es, una consecuencia lógica de la limitación del parentesco civil a adoptantes, adoptivos e hijos de éste.

En desarrollo de la mencionada igualdad sucesoral, todas aquellas disposiciones que, de acuerdo y en ejecución de la orientación general del Código Civil y de sus reformas, consagraban privilegios o restricciones en favor o a cargo de la filiación legítima han quedado extendidas a las filiaciones extramatrimoniales y adoptivas, dentro de las disposiciones del Código Civil que han sido modificadas en el sentido mencionado, encontramos algunas, que quedan así:

La segunda causal de indignidad de atentado grave se predicará de los ascendientes o descendientes, cualquiera que sea su estado civil. Art. 1025 Numeral 2, anteriormente se hacía una aplicación analógica en este sentido.

La validez de los legados de cosa ajena previstos en los Arts. 1165, 1169 y 1174 del C.C. comprenderán a los ascendientes y descendientes cualquiera que sea su estado civil. Anteriormente se hacía una aplicación analógica en sentido restringido.

La regla de la inexistencia de sustitución testamentaria presunta

de los descendientes del asignatario que falta, se predica de cualquier filiación Art. 1221 C.C. anteriormente se hacía una aplicación analógica restringida.

Las asignaciones de la cuarta de mejoras de que habla el Art. 1226 numeral 4, 1242 inc. 2 y 3 y 1253 C.C. porción conyugal Art. 1236 y legítimas, han quedado modificadas.

La presunción de donación por pago de las deudas de un descendiente se aplica a los legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. Art. 1261 C.C.

La acción de revocación de donación que, en caso de impedimento del donante, pueden ejercerla los descendientes y ascendientes ya no tiene restricción por la clase de estado civil que tengan. Art. 1448 C.C.

El contrato de promesa sobre mejoras a que alude el Art. 1262 C.C. puede celebrarse, ascendientes y descendientes de cualquier clase.

La primera causal de desheredamiento Art. 1266 num. 1o. del C.C. sobre la injuria grave se predica de cualquier clase de ascendiente o descendiente. Anteriormente se hacía una aplicación analógica en este sentido.

La acción de reforma de testamento también beneficiará a los nuevos legitimarios y titulares de la cuarta de mejoras. Arts. 1274 y 1277 inc. 2 del C.C.

El interés que tienen los herederos en las acciones de impugna-

ción de la paternidad o maternidad legítima o extramatrimonial. Arts. 219, 220, 237, 404 del C.C. y 10, Ley 75 de 1.968 queda sujeto a la nueva organización sucesoral introducida por la Ley 29 de 1.982.

La acción de petición de herencia se ajustará a los derechos hereditarios que se organizan por los nuevos órdenes hereditarios, que son como siguen: primer orden hereditario los HIJOS, segundo orden hereditario, ASCENDIENTES y CONYUGE, tercer orden heredita rio HERMANOS y CONYUGE, cuarto orden hereditario los SOBRINOS y quinto orden hereditario el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

También algunas leyes reformatorias del Código Civil que adoptaban el criterio discriminatorio, deberán ajustarse a la igualdad sucesoral mencionada. Al respecto podemos citar las modificaciones:

La sucesión hereditaria del derecho del censo. Arts. 131 a 135 de la Ley 153 de 1.887.

El beneficiario del patrimonio de familia inembargable puede ser cualquier clase de hijo. Arts. 4 y 7 de la Ley 70 de 1.931. La ausencia de menores herederos para el ejercicio por el cónyuge del derecho preferencial de adjudicación Art. 30 ibidem, carece de restricción por cuestión de parentesco.

El derecho a consentir en la publicación de las cartas del difunto Art. 24 Ley 86 de 1946 pertenece hoy a cualquier descendiente o ascendiente, no tanto por el interés sucesoral (dueño de la carta), como por la igualdad del derecho a mantener su privacidad.

La protección de los derechos y situaciones sucesorales concretas o adquiridas bajo la vigencia de una ley, se predican no solo de cualquier filiación sino de cualquier clase de sucesión Art. 25 de la Ley 153 de 1.887.

Si analizamos la aplicación de la Ley 29 de 1.982 en otras materias tenemos que la igualdad sucesoral tiene una incidencia directa o indirecta en todas aquellas materias del derecho que en una u otra forma suponen o se remiten a la regulación hereditaria. En tal aspecto se encuentra el derecho tributario el cual tiene organizado el sistema impositivo de acuerdo a la participación hereditaria y la naturaleza de la asignación sean estas forzosas o no, y el derecho laboral en donde existe una mayor aplicación; puesto que los derechos del trabajador son elementos componentes de la masa hereditaria, pero que, por su naturaleza laboral, se encuentran reguladas de manera especial; sin embargo, con este tratamiento no pierde su naturaleza sucesoral. Por consiguiente, dicha reglamentación deberá adaptarse a la igualdad sucesoral, dando por suprimidas aquellas disposiciones que siguiendo el criterio tradicional, establecían discriminaciones filiales en la sucesión mortis causa de los precitados derechos, es decir que la aplicación de normas laborales estén conforme a la citada igualdad, así tenemos:

En la distribución de las remuneraciones laborales por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en caso de muerte, se tendrá en cuenta que: a) Los hijos reciban iguales cuotas; b) la falta de descendientes cobije a todos ellos sin distinción de estado civil; c) Los ascendientes son los que tuviere el hijo, sin distinción alguna, en lo demás debe conservarse el texto del Art. 204 C.S.T.

Las modificaciones citadas también se extienden a los beneficiarios forzosos del seguro de vida colectivo laboral. Arts. 293 y 300 C.S.T. También se habla de los beneficiarios de la cesantía y cito lo siguiente: "Los beneficiarios de la cesantía, en caso de muerte del trabajador serán los que correspondan a los nuevos órdenes sucesorales, de acuerdo a la interpretación jurisprudencial del Art. 212 C.S.T. Sentencia del 23 de Agosto de 1.957 G. J. No. 2186 y 2187".

Se conserva la participación igualitaria existente para hijos legítimos y extramatrimoniales en la pensión de jubilación por muerte del padre Art. 275 C.S.T. Leyes 33 de 1.973 y 5 de 1.969, Decreto Reglamentario 690 de 1.974, pero ampliada a los hijos adoptivos.

Por último deberá observarse la igualdad en los derechos y prestaciones laborales del sector oficial Decreto 1848 de 1.969 y Ley 33 de 1.973.

Luego los derechos hereditarios de los hijos son iguales cuantitativa y cualitativamente: lo uno en relación con las cuotas y lo otro, en cuanto a la posición jurídica excluyente de otros herederos, y que se refleja su importancia en la acción de petición de herencia. Art. 1321 y s.s. del C.C.

Si existe esta igualdad hereditaria esta comprende tanto lo activo como lo pasivo Art. 1411 C.C.

Entre los beneficios y cargas de los hijos extramatrimoniales y adoptivos simples tenemos que la igualdad hereditaria trae, entre otras las siguientes repercusiones que nos trae el autor Pe-

dro Lafont Planeta y son:

"1. Aumento del derecho de frutos y accesiones (Arts. 1395, num. 3 y 2328 C.C.).

2. Aumento de la cuota de bienes que pueden exigir para su entrega y disfrute directo o indirecto (Art. 2330 a 2333 C.C.)

3. Incremento del derecho legal de usufructo en favor de los padres Arts. 291, 276 C.C. y 1 de la Ley 29 de 1.982, debido al aumento de las cuotas de los hijos.

4. Igualdad del derecho al voto en la administración de la comunidad hereditaria (Art. 19 Ley 95 de 1.980).

5. Nivelación de las cargas de contribución a las obras y reparaciones de la comunidad (Art. 2327 C.C.).

6. Son herederos de mejor derecho, al igual que los hijos legítimos y adoptivos plenos (Arts. 1321 y s.s. C.C.).

7. Incremento del número de personas que pueden representar.

8. Incremento de la legítima rigurosa.

9. Nivelación de cargas impositivas".

5. IMPORTANCIA LEGISLATIVA.

Como una conclusión de todo el desarrollo histórico de las discriminaciones sucesorales, podemos establecer la gran importancia

que tiene la reforma sucesoral colombiana de 1.982.

Fue iniciativa parlamentaria, para adoptar esta reforma tuvo una gran demora tres años aproximadamente, para que tuviera eco en el Congreso de la República, y con una gran capacidad y madurez así como han abordado reformas civiles, penales, etc., tuvieron en cuenta el proyecto de Ley sobre la igualdad sucesoral de los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, para plasmarse posteriormente en la Ley 29 de 1.982, la cual está revestida de gran connotación universal y nacional, puesto que nuestro país, al adoptar esta ley, se está colocando dentro del concierto de las naciones que están arriba en el desarrollo y progreso de estos elementales y justos derechos que estaban reclamando los hijos extramatrimoniales. Y así Colombia asume el liderazgo legislativo de las igualdades sucesorales que se han hecho en el mundo, por la forma tan amplia como la ha extendido a todas las familias, sin restricción alguna. Si hacemos una revisión de las reformas realizadas por países como México, Francia, Inglaterra, Italia, Ecuador y Alemania tenemos que nuestro país las supera en la forma técnica y amplia como tomó el derecho herencial de los hijos.

Colombia estaba en mora de expedir una Ley de esta magnitud, puesto que hacían más de cuarenta y cinco años de discriminación sucesoral, y con la Ley 29 de 1.982, se pone fin a tan odiosa discriminación que ha existido en nuestro territorio y en el mundo entero. De esta forma registramos que es una ley muy trascendental y se estará disputando el honor con aquellas leyes que han marcado singular importancia en nuestro sistema jurídico, termina esta Ley con las discriminaciones sucesorales establecidas por la Ley 45 de 1.936 y deja abolidas estas discriminaciones, marcando

el desarrollo histórico y colocándose por encima de esta ley, que diera gran impacto en su época puesto que también marcó una etapa de importancia en la vida colombiana.

Una de las cosas que más debe resaltarse de la Ley 29 de 1.982, es el carácter técnico de su elaboración, la cual fue expresada en solo once artículos, en los cuales resume la igualdad de los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, así como reforma los artículos pertinentes del C.C., y de esta manera se logra adecuar nuestro sistema jurídico a la realidad social colombiana.

6. POR QUE EL CALIFICATIVO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL.

La denominación de hijo natural a hijo extramatrimonial, aparece por primera vez plasmado en el Decreto Ley 2820 de 1.974, se ha tomado la denominación de hijo natural, en oposición a la de hijo legítimo ; si bien tiene siglos de existencia, contiene un error claro: Porque los únicos hijos que no son "Naturales" son los "artificiales", y esta última clasificación solo puede asignarse a quienes sean el producto exclusivo de una procreación de laboratorio.

Este fue el criterio que guió al legislador ejecutivo cuando en el Decreto 2820 de 1.974 reemplazó el Término NATURAL, por el de EXTRAMATRIMONIAL, para calificar a los hijos que por nacer de padres no casados entre sí no son LEGITIMOS.

Pero no únicamente existe discriminación en el nombre que llevarán los hijos dentro del matrimonio y fuera de él, sino que anteriormente a la Ley 29 de 1.982, existía una discriminación herencial entre los hijos legítimos y extramatrimoniales, distinción

hecha por el Código Civil y las Leyes 45 de 1.936 y 75 de 1.968, por el solo hecho de su nacimiento, no se justifica, parece inconcebible que a finales de este siglo no se hubiera dado una ley que termine con la privación de la mitad de sus derechos sucesorales por el simple hecho de que sus padres estén casados. Ante la Ley todas las personas deben ser consideradas en igualdad de condiciones tanto en lo referente a sus derechos como a sus responsabilidades, pues es una irritante injusticia que los hijos naturales o extramatrimoniales sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se les niegue amplia y decidida protección a los que no nacieron en matrimonio, de lo cual no tienen ninguna culpa.

De acuerdo con el Derecho Romano, los hijos naturales se derivan de las uniones concubinarias, hoy toda unión libre fuera del matrimonio está calificada de desorden, aunque en Roma, el concubinato era una institución irregular, no arrastrando ninguna deshonra, ni para los que la practicaban, ni para los hijos, pero no producía ninguno de los efectos civiles, por ello la mujer no era elevada a la condición social del marido.

Algunos autores admiten que en el derecho clásico, los hijos nacidos del concubinato tienen un padre verdadero, derivándose de este principio la obligación de alimentos, además tenían para el padre las ventajas que, las leyes caducas unen solamente a la paternidad legítima y para el hijo el derecho a la sucesión del padre. Esta solución es contraria a la presunción "Is pater est quam muptiee demostrent", ningún texto de los jurisconsultos clásicos puede prestarle un apoyo serio.

En la legislación colombiana, la Ley 153 de 1.887 en su Art. 25 dice : "Los derechos legítimos o naturales se sujetan a la

posterior en cuanto su aplicación no perjudique a la sucesión legítima". Después de esta enunciación, tienen que transcurrir cuarenta años, para que se adoptara la Ley 45 de 1.936, que vie ne a legislar sobre el derecho del hijo natural, donde se le da ciertos derechos que hasta el momento no tenía para impugnar como hijo del padre o la madre al fallecer éstos, y hacerse parte en las sucesiones intestadas y en las testadas. Posteriormente, aparece la Ley 75 de 1.968, que modifica gran parte de la anterior Ley y, finalmente aparece la Ley 29 de 1.982 en donde los lleva a igualdad de derechos herenciales, puesto que las diferentes legislaciones no habían reconocido y dado la verdadera importancia a los hijos naturales.

Se ha querido dar definiciones sobre hijo natural y estas son: "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es HIJO NATURAL". "El hijo que haya sido reconocido o declarado tal sera HIJO NATURAL", y finalmente será "Hijo natural al tenido por madre soltera, o viuda por el solo hecho del Nacimiento". Hoy a todos estos hijos se les denomina HIJOS EXTRAMATRIMONIALES.

De acuerdo con el Artículo cuarto de la Ley 1 de 1.976, se habla de relaciones sexuales extramatrimoniales, y los comentaristaas han deducido que los hijos provienen de las relaciones extramatrimoniales y en consecuencia se llamarán HIJOS EXTRAMATRIMONIALES, como se vería Ley al continuar hablando de los hijos habidos fuera del matrimonio sigue utilizando el término Extramatrimonial; luego el calificativo de natural no ha sido abolido, ni sustituído por el de EXTRAMATRIMONIAL, ha sido la intención del legislador la de asimilar estos calificativos con el propósito de que, en el futuro, el "Natural" sea reemplazado por el "Extramatrimonial".

No hay disposición expresa alguna que haya derogado el calificativo de "Natural", tampoco puede hablarse de derogación tácita que haga el Artículo 1 de la Ley 29 de 1.982, puesto que no existe incompatibilidad entre lo Natural y lo Extramatrimonial, por el contrario se ajustan plenamente porque una característica del hijo natural es que su concepción se hubiera efectuado en época extramatrimonial. No obstante, del carácter imperativo del Art. 1 de la ley antes mencionada y de sus antecedentes, se desprende la intención educativa de la Ley en el sentido de exigir el empleo de la palabra Extramatrimonial, que permita, en un futuro, la sustitución a la de Natural. Por consiguiente, lo aconsejable es el uso de la expresión "HIJO EXTRAMATRIMONIAL" en vez de "HIJO NATURAL".

En la exposición de motivos del proyecto de Ley sobre la igualdad de derechos herenciales de los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos se dijo que: "La denominación de hijo natural en oposición a la de hijo legítimo,si bien tiene siglos de existencia contiene un error claro; porque los únicos que no son naturales son los artificiales y esta última calificación solo puede asignarse a quienes sean el producto exclusivo de una procreación de laboratorio". Este argumento parte de un error consistente en aceptar que esta terminología ha sido creada por el hombre para contraponer esas dos clases de hijos. Su creación obedeció, más bien a un criterio de liberación que de oposición. Ella surge y encuentra sus antecedentes en el derecho romano, con el propósito de precisar el derecho que regulaba todos sus aspectos, en efecto se llamaban hijos legítimos a aquellos nacidos bajo la protección de la ley, que eran aquellos nacidos de uniones legítimas, esto es, de matrimonios protegidos por la ley, y se le asignaba el calificativo de Natural a aquellos que, solo desde un punto de vista material o natural regulado por el derecho natural,

se consideraban hijos de determinada persona. Sin embargo, esta dualidad de calificación siguió conservándose a pesar de que mucho más tarde, el propio derecho romano que era de creación estatal también emprendiera ciertos aspectos de su regulación, como se desprende de la historia del derecho sucesoral.

El uso de esta terminología (Natural) se ha arraigado hasta nuestros días, y deberá suprimirse en el futuro, en efecto, de acuerdo con las actuales condiciones son naturales tanto los unos como los otros y son tan legítimos tanto los llamados hijos legítimos como los naturales, puesto que ambos gozan de la protección legal y estatal. Luego no se justifica ningún calificativo y simplemente asignársele la denominación de hijos, los cuales, cuando fuera necesario, se distinguirán en matrimoniales y extramatrimoniales. Se ha dicho que si lo que se pretende es buscar oposición de calificativos, también hubiera sido más acertado señalar como correlativo de los hijos extramatrimoniales a los hijos matrimoniales y no conservarle a estos el privilegio de la legitimidad, por consiguiente es mejor utilizar la denominación "HIJO EXTRAMATRIMONIAL" frente a la de "HIJO NATURAL" que se entienden como expresiones sinónimas, pero con la utilización de la terminología Extramatrimonial por la Ley, parece restringirle el uso de la palabra Natural, y así es como la literatura jurídica le concede un uso general.

La utilización de la palabra EXTRAMATRIMONIAL, no se trata de una mera obligación sino más bien de un derecho de uso forzoso para beneficio del individuo y la sociedad, es ante todo, parte integrante del derecho a la intimidad, que debe ser respetado por lo demás, es así como está reservado exigir la prueba de la filiación de una persona, sino en los casos indispensables, para fines personales o patrimoniales (Inciso del Art. 116 Decreto 1260 de 1.970 - No. 1), luego la corresponde al titular describir su

propio estado civil, de acuerdo a sus propios intereses.

Es así como la Ley comenzó a desestimular el uso generalizado que en la sociedad tenía el calificativo de "Natural", y ha hecho posible la adopción de un nuevo calificativo "Extramatrimonial". Más aún, esta situación social permitirá hoy día la abolición de todo calificativo para las filiaciones, que en adelante se denominarán como Filiación Legítima, Filiación Extramatrimonial y Filiación Adoptiva.

Es preciso finalmente tener muy claro que la sinonimia que existe entre la antigua expresión "Hijos Naturales" con la nueva "Hijos Extramatrimoniales" no conlleva igualdad de derechos en ambas legislaciones. Ellos a partir de la Ley 29 de 1.982, se encuentran equiparados frente a los demás hijos, llámense "Naturales" o "Extramatrimoniales", o correspondan a la antigua o la nueva regulación, por ello, llamaremos a los hijos habidos fuera del matrimonio "HIJOS EXTRAMATRIMONIALES".

BIBLIOGRAFIA

SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL. Derecho de Familia, Santiago de Chile, Imprenta Universal. Año de 1.982.

CASTRO JOSE FELIX. La Paternidad Responsable. Bogotá, D.E. Colombia, octava edición. 1.980.

COLE GDH. Historia de las Ideas Politicas. Medellín Colombia. Ediciones Colombianas 1.974.

DE ALMEIDA JOSEFINA AMEZQUITA. Lecciones de Derecho de Familia. Edit. Temis. Bogotá Colombia. 1.980.

DE LONDOÑO GARICA GLADYS. Cartilla de Derecho de Familia. 1.980.

LAFON PIANETTA PEDRO. Igualdad Sucesoral Ley 29 de 1.982. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia. 1.982.

ORTEGA TORRES JORGE. Código Civil. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1.979.

GOMEZ PIEDRAHITA HERNAN. Introducción al Derecho de Familia. Ediciones Librería Profesional. 1.982.

BOLAÑOS MUÑOZ JOSE ANTONIO. Principios generales del Derecho de Familia. Conferencia. Pasto Colombia. 1.980.

VALENCIA ZEA ARTURO. Derecho Civil. Tomo I. Parte General y personas. Cuarta edición. Bogotá Colombia. Editorial Temis. 1.966.

PROMOTORA DE EDICIONES LTDA. EL MUNDO. Nuevo Código Penal. Libros del Mundo. Imprenta el 25 de marzo de 1981 en talleres Promotora de Ediciones del Mundo, Medellín Colombia.

RAMIREZ GRANDA JUAN D. Diccionario Jurídico, Editorial Claridad. Buenos Aires, Argentina 1.976. Octava Edición.

DEVIS ECHANDIA HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Sexta edición. Editorial ABC. Bogotá, D.E. 1.979.

LOPEZ MORALES JAIRO. Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema. Ediciones Lex Ltda. Bogotá D.E.

NUÑEZ CASTILLO ADOLFO. Derecho de Familia (El hijo Natural frente a la Legislación Colombiana), Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. D.E., Colombia.