

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE GRADO

JOSEFINA LOPEZ MARTINEZ

Pasto, diciembre de 1974

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO

DR. FREDERICO DIAZ VILLOTA

DR. FREDERICO DIAZ VILLOTA

DR. JOSE ANTONIO HOLANOS

DR. ROBERTO SANTACRUZ

"COMENTARIOS A LA LEGISLACION SOBRE FILIACION NATURAL"

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS
PASTO - COLOMBIA

No. 19553 Ej. 1.
Valor \$800 = Vol. _____
Fecha VI-8-7 Don. X
Fact. Punch Conje _____
Libreria Antor Cmc. _____

JOSEFINA LOPEZ MARTINEZ

Pasto, 1974.

Presidente de Tesis: DR. PEREGRINO DIAZ VILLOTA

JURADO de Tesis: DR. PEREGRINO DIAZ VILLOTA

DR. JOSE ANTONIO BOLAÑEZ

DR. SOFONIAS SANTACRUZ

" A MIS PADRES Y HERMANOS "

"La Facultad no se hace responsable
de las opiniones emitidas en esta
Tesis, las cuales deben conside-
rarse como propias de su autor"

CONTENIDO

Pág.

CAPITULO I

AMENDANTES A LA LEY 42 DE 1936.-

1.- Generalidades.....	1
2.- Diversas Clases de Hijos Señalados en el Código Civil de 1886.....	1
3.- Efectos Civiles que le correspondía a cada clase de hijo.....	4

CAPITULO II

LA LEY 45 DE 1936 O LEY 45 DE 1935.-

1.- Necesidad de la Reforma.....	6
2.- Contenido de la ley 45 de 1936.....	6
3.- Conclusión.....	28

CAPITULO III

UN AVANCE EN LA LEGISLACION, SEGUNDO CON

LA LEY 45 DE 1936.-

1.- Introducción.....	27
2.- Avance en la legislación de 1936.....	27
3.- Avance en la legislación de 1938.....	22

CAPITULO IV

LEGISLACION DE LOS NIÑOS RECONOCIDOS.-

1.- En cuanto a su posición frente a la Sociedad.....	38
--	----

AM
T
D346.2
L 864.

(CONTENIDO, Continuación)

Pág.

CONTENIDO

12.- En cuanto a la Responsabilidad de los padres para con los hijos.....	39
---	----

CAPITULO V

Pág.

LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.-

CAPITULO I

ANTECEDENTES A LA LEY 45 DE 1936.-

19.- Generalidades.....	1
29.- Diversas Clases de Hijos Señalados en el Código Civil de 1886.....	1
39.- Efectos Civiles que le correspondía a cada clase de hijo.....	4

CAPITULO II

LA REFORMA DE 1936 O LEY 45 DE 1936.-

19.- Necesidad de la Reforma.....	6
29.- Contenido de la ley 45 de 1936.....	6
39.- Conclusión.....	25

CAPITULO III

UN AVANCE MAS EN LA LEGISLACION, SURGIDO CON LA LEY 45 DE 1936.-

19.- Introducción.....	27
29.- Avance en la legislación de 1946.....	27
39.- Avance en la Legislación de 1968.....	32

CAPITULO IV

SITUACION LEGAL DE LOS HIJOS RECONOCIDOS.-

19.- En cuanto a su posición frente a la Sociedad.....	38
--	----

CAPITULO I

2º.- En cuanto a la Responsabilidad de los padres para con los hijos.....	39
---	----

CAPITULO V

LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.-

1º.- Rapto y Violación.....	45
2º.- Seducción.....	45
3º.- Escrito Privado de Confesión inequívoca de Paternidad.....	46
4º.- Relaciones Sexuales.....	47
5º.- Tratamiento Personal y Social durante el Embarazo y Parto.....	49
6º.- Posesión Notoria.....	50

CAPITULO VI

INVESTIGACION SUMARIA POR LOS JUECES DE MENORES.-

1º.- Procedimiento.....	53
2º.- Conclusión.....	55

CAPITULO VII

ACCION REVISORIA DE LAS SENTENCIAS DE LOS JUECES

<u>DE MENORES.-</u>	57
---------------------------	----

CAPITULO VIII

FALLAS DE LA LEGISLACION ACTUAL EN ORDEN A LA EQUI-

<u>DAD, EN LA SITUACION LEGAL DE LOS HIJOS NATURALES.....</u>	65
---	----

Reformas en Perspectiva.....	68
------------------------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	71
-------------------	----

CAPITULO I

ANTECEDENTES A LA LEY 45 DE 1936

10.- GENERALIDADES.-

Uno de los problemas más difíciles de resolver y en el cual el Estado ha tenido especial dedicación, es el de la organización de la familia y más concretamente lo relacionado con los hijos; la prueba de ello está en el artículo 91 del Código Civil que dice: - "la ley protege la vida del que está por nacer, el juez, en consecuencia tomará a petición de cualquiera persona o de oficio las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido siempre que se crea que de algún modo peligra".

El Código penal, condena el aborto con prisión de uno a cuatro años, no solo a la mujer que en cualquier forma lo causare, sino también a aquella que permitiere que otra persona se lo cause. Lo mismo sucede con la persona que procure el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada.

Las leyes laborales también dictan normas sobre la protección de la maternidad.

20.- DIVERSAS CLASES DE HIJOS SEÑALADOS EN EL CODIGO CIVIL DE 1886.-

El artículo 213 del Código Civil dice: "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo". La primera clase a que se refiere el Código, es la del hijo legítimo. Para que

se produzca este hecho, es necesario que el padre y la madre se hallen casados entre sí y que la concepción se produzca dentro del matrimonio, y que fué engendrado por el padre.

El artículo 236 expresa: "Son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse".

El artículo 237, indica la segunda clase de hijo: el legitimado, el cual adquiere esa calidad por el posterior matrimonio de sus padres pero bajo las reglas del artículo siguiente; el 238.

La misma disposición dice que el posterior matrimonio de los padres, legitima ipso jure a los hijos concebidos fuera de matrimonio y nacidos en él; y señala la regla, condición y forma cómo el padre presunto puede impugnar la paternidad, así:

- a) Cuando el hijo nace antes de los 180 días subsiguientes al matrimonio; demostrando que durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción se hallaba en absoluta imposibilidad física de tener acceso carnal a la madre.
- b) Si no tuvo conocimiento de la preñez de la madre al tiempo de casarse y si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido.
- c) Que esta reclamación se haga antes de expirar los 180 días subsiguientes al matrimonio, probando además lo expresado en los apartes a) y b) .

El artículo 238 indica la segunda forma ipso jure de legitimar a los hijos; y es a aquellos que uno y otro de los padres hayan reconocido como naturales de ambos con los requisitos le-

gales.

El artículo 239 indica que fuera de los casos de los artículos anteriores, se legitima a los hijos ya sea por escritura pública, o por acta de matrimonio, siempre y cuando este hecho sea aceptado por el legitimado, es decir, se trata de un acto bilateral de los padres con la consiguiente aceptación del hijo.

Respecto a la tercera clase de hijos o sea la de los hijos naturales, el Código decía que son aquellos hijos ilegítimos nacidos fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción y que han obtenido el reconocimiento de su padre o madre o ambos, por escritura pública o por testamento. Los hijos naturales, apenas eran considerados por la ley

Hay otra clase de hijos: los adulterinos y los incestuosos. Los primeros son los concebidos en adulterio, esto es, de dos personas de las cuales a lo menos una estaba casada con otra distinta al tiempo de la concepción. El Código hace la salvedad de persona que hayan contraído matrimonio putativo. Los segundos son los hijos habidos de dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, por lo cual sería nulo su matrimonio. La ley consideraba a esta clase de hijos, como de dañado o punible ayuntamiento.

Existía otra clase de hijo; el adoptivo, la ley lo define como el prohiijamiento de una persona o la admisión del lugar del hijo del que no es por naturaleza.

Así vemos, que antes de la ley 45 de 1936 se consideraron los hijos legítimos, legitimados, naturales, adulterinos, incestuosos y adoptivos.

La ley antes mencionada suprimió esa odiosa discriminación de los hijos incestuosos y adulterinos, dejando simplemente los i legítimos y los naturales. De esta manera se consideran solo cuatro clases de hijos: legítimos, ilegítimos, naturales y adoptivos.

32.- EFFECTOS CIVILES QUE LE CORRESPONDIA A CADA CLASE DE HIJO.-

Tanto los hijos legítimos como los legitimados, gozaban de todos los derechos civiles ya sean de alimentación, vestuario, educación, herencia, etc.

Los hijos naturales, apenas eran considerados por la ley en una quinta parte frente a la herencia en el primer orden de sucesión, y así se refería el Código diciendo que los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales, cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales; la herencia se dividirá en cinco partes: cuatro para los hijos legítimos exclusivamente, y una para los hijos naturales. Estos últimos pueden optar libremente por la herencia o por los alimentos a que tengan derecho según la ley.

En el segundo orden de sucesión la herencia se divide en tres partes, en el caso de que el difunto no haya dejado descendientes ni ascendentes legítimos y se reparte así: una parte para el cónyuge, otra para los hermanos legítimos y una tercera para los hijos naturales.

Sucede que si un padre de familia al morir, dejaba una herencia de \$ 100.000.00 y una descendencia legítima de diez hijos y además uno natural, la herencia al dividirse en cinco partes,

resultaba cada una de estas de \$ 20.000.00; repartida dicha herencia, el hijo natural recibía más cantidad que cada uno de los hijos legítimos. Al darse cuenta el legislador de esta anomalía, reformó la ley mediante el artículo 86 de la ley 153 de 1887, en el sentido de dejar totalmente sin herencia a los hijos naturales, - lo cual fué una gran injusticia, esto, en el primer orden de sucesión.

Con relación a los hijos adulterinos e incestuosos, no eran considerados por la ley, por lo tanto no tenían derecho a vocación hereditaria. Los hijos adoptivos, así como los anteriores no tenían derecho a herencia.

De esta manera, vemos que los únicos que gozaban de todas las garantías, tanto sociales como civiles, eran los hijos legítimos. Esto indica que sí era de gran trascendencia una reforma capaz de cambiar la situación de las personas, que como vimos anteriormente quedaban fuera de la ley o apenas eran consideradas por ella.

Esta nueva ley, resume en 30 artículos toda una línea de conducta que en adelante se seguirá respecto de personas que por causas ajenas a su voluntad se hallan en una situación especial frente a la ley o como lo dije antes, apenas consideradas por ella.

El artículo 13 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 esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento".

pone como condición CAPITULO II el estado de soltería de los padres, es decir, que no están casados entre sí al tiempo de la concepción sin tener en cuenta ninguna otra condición que haga más gravosa la situación del hijo natural ni las divisiones de la anterior legislación en naturales, adulterinos, incestuosos, sacrilegos etc.

LA REFORMA DE 1936 O LEY 45 DE 1936

1º.- NECESIDAD DE LA REFORMA.-

El legislador consciente de la necesidad social que implicaba el dictar normas sobre filiación natural, expidió la ley 45 de 1936. Una verdadera organización en la situación del hijo natural.

La Ley aludida, está inspirada en un sentido justiciero y humanitario de amparo al nacido fuera del matrimonio, ha dicho la Corte en alguna época.

2º.- CONTENIDO DE LA LEY 45 DE 1936.-

Esta nueva ley, resume en 30 artículos toda una línea de conducta que en adelante se seguirá respecto de personas que por causas ajenas a su voluntad se hallan en una situación especial frente a la ley o como lo dije antes, apenas consideradas por ella.

El artículo 1º 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 esta calidad respecto a la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento". Esta definición actual es más amplia que la anterior, pues

pone como condición a la filiación el estado de soltería de los padres, es decir, que no esten casados entre sí al tiempo de la concepción sin tener en cuenta ninguna otra condición que haga más gravosa la situación del hijo natural ni las divisiones de la anterior legislación en naturales, adulterinos, incestuosos, sacrílegos etc.

Una gran facilidad para demostrar la calidad de hijo natural con respecto a la madre soltera o viuda, la da la parte final de este artículo porque basta demostrar el hecho del nacimiento principalmente con la partida, para que pueda demostrar la filiación con respecto a la madre.

Las anteriores discriminaciones quedaron abolidas y subsistieron solamente las de hijos ilegítimos para los no reconocidos y la de hijos naturales para los reconocidos. Con el reconocimiento surge el estado civil de hijo natural con respecto al padre o madre reconocedor; salvo el caso de la madre cuyo hecho del nacimiento se demuestre conforme a lo anotado y la ley da lugar a la declaración judicial de filiación natural en los casos que ella determina. Cabe anotar también conforme a la observación anterior que la nueva ley dió facilidad para el reconocimiento de los hijos adulterinos llamados así en la legislación anterior, en las condiciones que la misma ley determina. Del mismo artículo comentado se desprende que la declaración judicial de reconocimiento de hijo natural, produce un efecto retroactivo a la fecha de la concepción, como se deduce del contexto de la disposición. En cuanto al estado del matrimonio, la ley garantiza en primer término el principio que se enuncia, pater is que nupcie demonstrant. Solamente en caso de impugnación de

la paternidad, en los términos de la ley es cuando cabe reconocimiento o declaración judicial de paternidad. Quedan así conciliados los intereses del hijo y la protección de la sociedad y la familia legítima.

En materia de filiación, quedaron los dos grupos de hijos legítimos e hijos naturales, lógicamente contándose a los primeros los legitimados, sea que lo hayan sido ipso jure o por el reconocimiento de los padres en el acta de matrimonio o en escritura pública de reconocimiento. No está por demás decir que los que se legitiman ipso jure, son los que se legitiman por el matrimonio y nacen en él.

El capítulo segundo señala el caracter irrevocable que tiene el reconocimiento de hijos naturales y las formas en que se puede hacer este reconocimiento; a saber:

- a) En el acta de nacimiento, siempre que se firme la partida por el padre reconocedor;
- b) Por testamento, acentuándose el caracter irrevocable de este reconocimiento, que no constituye en sí un acto dispositivo sino una declaración;
- c) La declaración del padre reconocedor, de caracter judicial, aunque la diligencia no hubiere tenido por objeto efectuar ese reconocimiento.

El inciso que guardaba reservas con respecto a la persona responsable de la paternidad distinta del reconocedor, perdió importancia frente a la ley 75 de 1968.

Es indudable que puede reconocerse al hijo simplemente

concebido antes del nacimiento y también que puede reconocerse al hijo natural que ha fallecido. Así lo afirma la generalidad de los doctrinantes.

Los efectos del reconocimiento se retrotraen a la concepción como ya quedó explicado, por el efecto declarativo que tienen, sea voluntaria o judicial. Por la necesidad de la aceptación del reconocimiento, especialmente cuando los efectos del mismo no se encaminen a proteger al hijo natural, sino a sus ascendientes. Ese reconocimiento posterior al fallecimiento del hijo natural se hace imposible e inoperante, salvo el caso que el beneficio no sea para el padre reconocedor sino para la descendencia del hijo fallecido. porque no sería lícito crearse una prueba para el propio beneficio del reconocedor. Así lo ha concretado en diversos fallos la Corte.

Todo aquello que afecta el libre consentimiento y lo anula en la generalidad de los actos y en las declaraciones de voluntad, lógicamente afecta a la confesión que constituye el reconocimiento de un hijo natural.

La Corte ha anotado con muy buen acuerdo, que la calidad de hijo natural se tiene por ministerio de la ley y que el reconocimiento es el medio para obtener dicha calidad.

El artículo 39 de la ley, es el que protege la estabilidad de la familia legítima y garantiza la presunción de paternidad con respecto al hijo nacido dentro del matrimonio. Por tal razón, prohíbe el reconocimiento o la declaración judicial de paternidad natural, sin que exista una sentencia ejecutoriada obtenida bajo demanda del marido que declare que el hijo no es suyo. Antes no-

cuando no hubieren tenido comunidad de habitación y siempre que té, que en esta garantía está interesada la sociedad misma y las la concepción hubiere ocurrido dentro de la presunción estable-bases de la organización familiar.

El inciso de este artículo, relacionado con la maternidad, a).- Cuando se llegare a acreditar la posesión notoria del esta en cuanto se atribuye a una mujer casada, se hizo necesario que la ley vigente hasta entonces al respecto, o sea la 153 de 1887 no daba lugar al reconocimiento como hijos naturales a los que provinieren de dañado ayuntamiento como los hijos adulterinos. La disposición comentada, despeja toda duda al respecto, pues, permite el reconocimiento de la calidad de hijo natural con relación a la madre del hijo cuya paternidad ha sido impugnada por el marido.

El artículo 49, concreta los casos precisos y taxativos de declaración judicial de paternidad. Señaló los cinco casos siguientes:

- a).- El de rapto o violación, siempre que el nacimiento dé lugar a la presunción concretamente coincidente con el ilícito, de acuerdo al artículo 92 del Código Civil.
- b).- En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio o esponsales, pero siempre que se exhiba un principio de prueba por escrito proveniente del presunto padre, suficiente para ser vero símil esta presunción legal.
- c).- Cuando exista carta u otro escrito emanado del pretendido padre, siempre que provenga de una confesión inequívoca de paternidad.
- d).- La existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre los presuntos padres del pretendido hijo natural aun

cuando no hubieren tenido comunidad de habitación y siempre que la concepción hubiere ocurrido dentro de la presunción establecida en el artículo 92 del Código Civil.

e).- Cuando se llegare a acreditar la posesión notoria del estado de hijo natural.

El inciso final de la disposición que comento, admite como contraprueba la imposibilidad física que hubiere tenido el presunto padre, de tener acceso a la mujer o a la de que ella hubiere tenido relaciones carnales con otro u otros hombres al tiempo de efectuarse la concepción.

La Corte se manifestó siempre estricta en la calificación de las pruebas en cada uno de estos casos a todo lo largo de la vigencia de esta ley 45 de 1936, considerando las disposiciones como exceptivas de una regla general contraria a la declaración judicial de paternidad; y con interpretación restrictiva sin aplicación alguna de analogía.

Consideraba que la legislación anterior que al respecto era la ley 153 de 1887, no permitía sino la limitada investigación de su artículo 68 con respecto a la paternidad natural. Esa ley limitó la amplitud originaria del Código. A la luz de la legislación anterior, la nueva tenía que considerarse con ese criterio restrictivo.

El artículo 50 indica que la posesión notoria del estado de hijo natural puede expresarse con relación a la madre; porque sería posible pensar que el solo hecho del nacimiento es suficiente para demostrar tal calidad. Sin embargo la experiencia enseña que hay casos en que esa situación no puede demostrarse con las

pruebas directas para ello; por el extravío, pérdida de actas de nacimiento o la falta de testigos o su ausencia, para acreditar el hecho. La disposición excluye la duda que posiblemente podía surgir al respecto si no existiera esta disposición especial.

El artículo 62 define y por lo mismo señala los requisitos de la posesión notoria de la calidad de hijo natural, con los elementos que son comunes a tal clase de posesión, a saber: tratamiento y fama; pues el contexto es claro, dice el artículo que consiste tal posesión en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal proveyendo a su subsistencia, educación, etc. y el que sus deudos y amigos provenientes del domicilio general lo hayan respetado como hijo y madre en virtud de tal tratamiento.

La Corte indicó que los actos del padre sobre el indicado tratamiento, deben ser permanentes, constantes, regulares, ostensibles y públicos, y esto último en razón de que la fama nace de ese tratamiento; se desprende de él como una consecuencia lógica y natural.

Siempre la Doctrina consideró que los testimonios que deponen sobre la posesión notoria del estado civil de hijo, ya sea en este caso o en el del 300 del Código Civil, es el resultado de los hechos que esos testigos exponen.

La calificación de la prueba no es por el concepto u opinión de los testigos, sino por los hechos en que ellos se respaldan, en que basan su concepto u opinión como deducción positiva de los hechos que ellos expongan.

Sin embargo entre este artículo y el 397 del Código Civil,

hay algunas diferencias que resultan de la misma comparación entre la filiación legítima y la natural. Así por ejemplo: el padre legítimo presenta sin reato y puede anotarse que con orgullo a sus hijos legítimos; y es algo que resulta de las restricciones sociales el que se resista a hacerlo tan explícitamente tratándose de un hijo natural; razón por la cual el artículo 60 no exige esa presentación que sí la exige el 397 del Código Civil.

El artículo 70 hace aplicables a la filiación natural las reglas que rigen con respecto a la filiación legítima contenidas en los artículos 395, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil.

El primero de los artículos citados fué subrogado por el artículo 19 de la ley 92 de 1938 enumerativa de las pruebas supletorias por falta de la prueba específica del registro civil, acreditada esa falta, se admiten como supletorios documentos auténticos, las partidas parroquiales de nacimiento, matrimonio o defunciones de personas pertenecientes a la religión católica, de declaraciones de testigos que hayan presenciado el hecho constitutivo del estado civil y la posesión notoria.

El 398 del Código Civil, fija el término de duración de la posesión notoria del estado civil en 10 años, en lo cual la ley 75 de 1968 estableció la reforma que anotaré en su lugar. El artículo 399 del Código Civil exige como prueba de la posesión notoria un conjunto de testimonios fidedignos que establezcan esa posesión de modo irrefragable; lo cual indica que los testigos contestes, claros y de reconocida credibilidad, serán por lo menos en número de tres; porque mal pueden considerarse como conjunto un número de dos testigos.

Los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil se refieren al efecto erga omnes recaído en el proceso de investigación de la paternidad, con la intervención del legítimo contradictor o de sus herederos, cuando él fallece antes de la sentencia. Es entendido que el legítimo contradictor, el padre o la madre lo son ejercitando su legitimación activa contra el hijo o viceversa.

Lo anterior dió lugar a que los primeros fallos de la corte en procesos de Investigación de la paternidad natural, con aplicación de la ley 45 de 1936, exigieran la presencia del legítimo contradictor. De acuerdo a esa doctrina no procedía la investigación de la paternidad natural, sino en acción intentada contra el padre. Esta doctrina fué modificada por la Corte desde el primero de octubre de 1945. Fué el Dr. Hernando Morales, como Juez Civil del Circuito de Bogotá, quien se pronunció contra esa doctrina en que se basaba la Corte.

Los tratadistas que la criticaron fueron los doctores Hernando Devis Echandía y Jorge Ramón Reyes M., en sus obras respectivas: "Investigación de la Paternidad Natural después de la muerte del Padre Presunto" y "Situación Jurídica del Hijo Natural en la Legislación Colombiana".

A raíz de la fecha indicada, enseña la Corte que cuando se procede a proponer la acción investigativa de la paternidad natural contra legítimo contradictor, de acuerdo al artículo 403 del Código Civil, el fallo tiene efecto contra todo el mundo, o sea "erga omnes"; pero que cuando la acción investigativa se propone después de muerto el legítimo contradictor, los efectos del fallo son relativos; esto es, perjudican a las personas que fue-

ron citadas al proceso como herederos del presunto padre.

En la calificación de los testimonios que deponen sobre la posesión notoria del estado civil de hijo natural, no puede exigirse que todos ellos abarquen con los hechos que les consta, de tratamiento y fama, el lapso de los 10 años. Basta que de su conjunto resulte claramente que durante los 10 años continuos el padre proveyó a la educación, subsistencia y establecimiento del hijo natural.

El artículo 82 de la ley, extiende todos los efectos civiles de la declaración de la filiación natural a los casos de los artículos 68, 69, 73 y 75 de la ley 153 de 1887.

Esas disposiciones se refieren al juramento que puede exigirse al pretendido padre natural, para el reconocimiento de la calidad de hijo, a la declaratoria de confeso, al caso del hijo concebido durante el rapto o durante la seducción de una menor; los cuales casos ya estan comprendidos en las disposiciones anteriores; el primero como un reconocimiento en diligencia judicial y los otros con base en la declaración de la paternidad, en acción investigativa de la misma.

El artículo 92 de la ley 45, reconoce el derecho que tiene la mujer que ha cuidado de la crianza de un niño y que de manera pública ha proveído a su subsistencia y lo ha presentado como hijo suyo para impugnar el reconocimiento que de él haya hecho un pretendido padre, señalándole el término de 60 días para esa impugnación, contados desde la fecha que tuvo conocimiento del reconocimiento hecho por el presunto padre. Se le reconoce además el derecho a conservar la custodia del niño hasta que no recaiga

mandamiento judicial de entrega.

El artículo 10 de la ley, concede legitimación activa para la acción de investigación de la paternidad natural a la persona o entidad que ha cuidado de la crianza de un menor cuando éste carece de representante legal.

El artículo 11 de la ley, garantiza la reserva del proceso a petición de parte; lo cual puede ocurrir cuando medie la necesidad de guardar el secreto en garantía de la fama de las personas que intervienen en el proceso.

El artículo 12 indica quienes tienen la legitimación activa y pasiva en el proceso sobre filiación natural. Desde luego, el mismo hijo tiene la personería por sí mismo; y si es incapáz representado por la persona que ejerce su patria potestad o su guarda. Además tienen personería las personas o entidades que han cuidado de la crianza y educación del menor y el ministerio público. Es necesario el mandato judicial a abogado inscrito, salvo cuando la acción la siga el ministerio público.

No siempre es necesaria la intervención del ministerio público. La acción puede intentarse por cualesquiera de las personas enumeradas en el artículo 12, con la prelación señalada en ese artículo, siendo así, que la intervención de cualesquiera de ellos en el orden prelativo, excluye a los otros.

Los artículos 13 a 17 de la ley, se refieren al ejercicio de la patria potestad con relación al hijo natural.

El artículo 13 cambió sustancialmente el concepto de patria potestad, originario del Código Civil, que en su artículo 288 la definía como "el conjunto de los derechos que la ley da

al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados! Ese conjunto de derechos no pertenecía a la madre.

Cambió el concepto porque se concretó en la definición del artículo 13 de la ley reformativa que esos derechos van encaminados al cumplimiento de los deberes que esa calidad impone a los padres. No solo derechos sino también deberes, y los derechos para facilitar el cumplimiento de los deberes. Además, faltando el padre ejerce la patria potestad la madre, mientras guarde las buenas costumbres y no pase a nuevas nupcias.

Los hijos bajo patria potestad se denominaban hijos de familia y el padre o madre en ejercicio de la patria potestad, padre o madre de familia.

El artículo 14 confiere la patria potestad sobre el hijo natural en primer término a la madre, lo cual resulta de la naturaleza de las cosas por ser ésta quien adquiere la calidad de madre natural desde el primero momento de la existencia del hijo y por el mismo hecho del nacimiento.

En segundo término, confiere la patria potestad al padre natural, siempre que no esté casado, lo cual se explica para no producir perturbaciones ni conflictos dentro de la familia legítima.

Son los intereses del hijo los que orientan al Juez, con conocimiento de ellos, para sustraer al hijo a la patria potestad y colocarlo bajo guarda, siempre a petición de parte debidamente legitimada.

La guarda pone fin a la patria potestad; y es aplicable - el inciso final que prohíbe dar la patria potestad al padre o -

madre que necesitaron ser vencidos en juicio contradictorio para ser declarados como tales. Por virtud del artículo 15 de la ley, los hijos naturales deben respeto y obediencia a sus padres naturales, tienen la obligación de cuidar de ellos en su ancianidad y en aquellas circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios. Sobre ambos padres recaen el cuidado personal de crianza y educación de los hijos; pero puede el juez, en caso de incompetencia física y moral confiar la custodia de los hijos a personas competentes, prefiriéndose a los ascendientes o a los consanguíneos más próximos, o de acuerdo con el artículo 26 de la ley, puede el juez colocarlos en establecimientos competentes y determinar de acuerdo con las fuerzas patrimoniales de los progenitores el monto de cada contribución, mediante proceso sumario con audiencia de los parientes. El juez reglamentará la frecuencia de las visitas de los padres a los hijos puestos bajo custodia distinta. Cuando falta uno de los padres, la crianza, educación y establecimiento recaen en totalidad al otro. Estos fallos judiciales no producen los efectos de la cosa juzgada y pueden por lo mismo revocarse o modificarse cuando cambian las circunstancias. Por la falta o insuficiencia de los padres, la obligación pasa a los abuelos de una u otra línea respectivamente, bajo reglamentación del juez.

Los suministros que tercera persona haga al hijo que se halle urgente de necesidad, se comunicará a los parientes a la mayor brevedad para que ellos asuman la responsabilidad del pago.

La ley 83 de 1946 orgánica de la defensa del niño, creó la jurisdicción especial de menores y atribuyó a los jueces de menores todo lo relacionado con guarda de éstos, alimentos, investie

gación de la paternidad, en una instancia especial y con conocimiento de hechos ilícitos cometidos por los menores. Así pues, el padre o madre natural tendrán que acudir al juez de menores cuando necesiten corregir y castigar a sus hijos naturales.

Si para el hijo legítimo hay libertad reconocida por la ley; concretamente en su artículo 254 del Código Civil en cuanto a la elección de su estado y profesión, con mayor razón tiene esa libertad el hijo natural aún antes de sobrepasar su mayor edad, pero mientras tanto los padres atienden a su conveniente educación. Los artículos 18 y 21, reforman íntegramente los órdenes

De los anteriores derechos se excepcionan aquellos hijos que por culpa de los padres quedaron en estado de abandono.

En el inciso segundo de la ley 45 de 1936, hay una variante con respecto a los derechos del padre o madre legítimos en ejercicio de la patria potestad, por cuanto ese inciso asimila los derechos y deberes del padre de familia en ejercicio de la patria potestad sobre el hijo natural a la de los guardadores, salvo la obligación de dar caución. Luego, como tiene que hacerlo el guardador, el padre de familia que administra bienes del hijo natural deberá restituir esos bienes con sus frutos previa rendición de cuentas, como lo hacen los guardadores, situación más desfavorable que en el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo legítimo, por cuanto el artículo 291 del Código Civil da al padre legítimo que ejerce la patria potestad sobre sus hijos legítimos, el usufructo de todos los bienes de ellos, con las excepciones que el mismo artículo enumera. Este usufructo legal exonera, como es lógico al padre, de una cuenta sobre los frutos naturales y civiles del hijo, administrados por él.

El artículo 16, guardando siempre la buena organización y tranquilidad del hogar legítimo, prohíbe a la persona casada tener en su casa al hijo natural sin el consentimiento del otro cónyuge.

El artículo 17 concede al padre o madre que no ejerce la patria potestad, legitimación para exigir el cumplimiento de sus deberes contra el padre de familia con ejercicio de la patria potestad o contra el guardador que incumple sus obligaciones para con el menor.

Los artículos 18 a 24, reforman íntegramente los ordenes ab intestato de sucesión, con el objeto de ubicar a los hijos naturales en los tres primeros ordenes de sucesión legal, dándoles la calidad de legitimarios, con derecho a la cuarta de mejoras; ellos o representados por su descendencia legítima.

Efectivamente, el artículo 22 sustituye al 1050 del Código Civil; y establece en primer término que la sucesión del hijo natural se rige por las mismas reglas del causante legítimo, ocupando los padres naturales el lugar que de acuerdo con tales reglas corresponde a los ascendientes legítimos.

Agrega, que cuando por falta de descendientes o de padres sean llamados a suceder los hermanos, vale decir en el cuarto orden de sucesión, la herencia se difiere a aquellos que fueron hijos legítimos o naturales del mismo padre, de la misma madre o de ambos. Indica que todos ellos suceden simultáneamente; pero que el hermano carnal llevará doble porción que el hermano materno o paterno; sin que la calidad de hijo legítimo de derecho a mayor porción que el que solo es hijo natural del mismo padre o madre.

Cabe aquí la observancia de que esta ley 45 como tampoco lo hizo la ley 75 de 1968 sobre bienestar familiar, no subsanó la situación de inequidad que resulta de comparar el cuarto orden legal de sucesión del causante que fué hijo legítimo con la del causante que fué hijo natural; porque en aquella no son llamados como herederos los hermanos naturales, en tanto que en ésta sí son llamados a la herencia los hermanos legítimos. Si estas leyes de prelación del hijo natural no hubiesen querido dejar esa diferencia inexplicable, en el cuarto orden de sucesión legal tendrían vocación hereditaria los hermanos legítimos con los naturales. Si la ley quiso terminar con la exclusión de los hijos naturales en las situaciones patrimoniales, no hay explicación para que el legislador continúe manteniendo esta diferencia. Es lógico que el cónyuge sobreviviente tenga en la sucesión del causante que fué hijo natural, los mismos derechos que en la sucesión del causante que fué hijo legítimo, como así lo consagra el artículo 22 de la ley comentada. El artículo 23 sustituye al 1240 del Código Civil.

El artículo 18 de la ley regula el primer orden de sucesión legal, haciendo concurrir con los hijos legítimos a los hijos naturales; y señalando para los hijos naturales la concurrencia con los hijos legítimos, una cuota igual a la mitad que corresponde a cada uno de los hijos legítimos; luego de deducida la porción conyugal. Sustituyó este artículo al inmediatamente vigente antes que era el 16 de la ley 153 de 1887.

En este orden de sucesión, por excluir esos herederos todo otro llamamiento, el cónyuge sobreviviente del causante no tiene la calidad de heredero y por determinación del artículo 1016 del Código Civil, su porción conyugal no es carga general

de la herencia en este caso, sino que ésta se determina teniendo en cuenta el número de los hijos legítimos mas uno por razón del cónyuge; y esta suma actúa como divisor de la mitad legitimaria, sacada del acervo líquido. El cuociente es la porción conyugal. Esta operación previa tiene por objeto solamente deducir la porción. Con el saldo del haber se partirá la herencia con la operación que indica Carrisoza Pardo: a saber, "multiplicamos por dos el número de hijos legítimos, a este número agregamos el número de hijos naturales. Dividimos por éste número el acervo por partir. El cuociente señala la suma que corresponde en herencia a cada uno de los hijos naturales. A cada uno de los hijos legítimos le corresponderá doble cuota".

El artículo 19 de la ley 45, sustituye el artículo 1046 del Código Civil, regulando el segundo orden legal de sucesión cuando el difunto no ha dejado descendientes legítimos, tienen vocación hereditaria los hijos naturales, los ascendientes legítimos de grado más próximo y el cónyuge. Dice el artículo 19 que la herencia debe dividirse en cuatro partes, una para el cónyuge y las tres restantes para los ascendientes legítimos y los hijos naturales; que no habiendo cónyuge, la herencia se divide por cabezas entre ascendientes legítimos e hijos naturales; que no habiendo hijos naturales, la herencia se divide en dos partes, una para el cónyuge y otra para los ascendientes legítimos; y que si solo hay un ascendiente legítimo del grado más próximo, éste sucede en la totalidad de la herencia.

A la división en concurrencia con los hijos naturales ca

be anotar que el artículo 23 de la misma ley, sustitutiva del artículo 1242 del Código Civil, ordenó que la mitad de los bienes previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en el artículo 1246 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y las reglas de la sucesión intestada y que lo que corresponde a cada uno en esta división es su legítima rigurosa.

Determina el inciso segundo que no habiendo descendientes legítimos ni hijos naturales o sus representantes legales con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de libre disposición por el causante.

El inciso tercero determina que habiendo hijos legítimos o naturales, la masa de bienes, una vez efectuadas las agregaciones o deducciones dichas, se divide en cuatro partes: dos de ellas que constituyen la mitad legitimaria; la cuarta de mejoras en favor de uno o más de los descendientes legítimos o sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y la cuarta de libre disposición.

Esta disposición que es posterior y que regula de manera general las sucesiones tanto testadas como ab intestato, tienen que preferir a las disposiciones anteriores y concretamente a la del inciso primero del artículo 19 que parte la herencia en concurrencia de ascendientes, hijos naturales y cónyuge, con perjuicio del derecho que tienen los hijos naturales a repartirse entre ellos su cuarta de mejoras.

Es de anotar que en este caso el cónyuge puede preferir su

porción conyugal que constituye la cuarta parte del acervo bruto y pesa como carga general de la herencia de acuerdo al artículo 1016 numeral 5º del Código Civil.

El artículo 20 sustituye el artículo 1047 del Código Civil y establece el tercer orden legal de sucesión dando vocación hereditaria a los hijos naturales y al cónyuge cuando el causante no dejó descendientes, ni ascendientes legítimos, ni padres naturales. Dice que la herencia se divide en dos partes, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales. Pero cabe la misma observación de prevalencia del artículo 23 de la misma ley 45 por razón de hermenéutica, pues esta ley da a los hijos naturales derecho a mitad legitimaria y a la cuarta de mejoras, lo cual reduce la herencia del cónyuge a una cuarta parte equivalente a su porción conyugal. El inciso de esta disposición enseña que cuando no hay cónyuge sobreviviente, la herencia corresponde íntegramente a los hijos naturales.

El artículo 21 de la ley sustitutivo del 1048 del Código Civil, regula el cuarto orden de sucesión legal que es el del cónyuge sobreviviente y de los hermanos legítimos.

El artículo 24 de la ley sustitutivo del 1223 del Código Civil, autoriza al donante o testador para distribuir la cuarta de mejoras entre sus descendientes legítimos, sus hijos naturales y los descendientes legítimos de éstos; y aún puede asignar a uno más de ellos dicha cuarta, con exclusión de los otros.

Autoriza a imponer gravámenes a los asignatarios de la cuarta de mejoras siempre que sean en favor de los mencionados descendientes.

CAPÍTULO III

primer escalón en la protección de los menores que surgían a la vida bajo el signo del desamparo y que luego había de requerir el interés del legislador, exteriorizándolo en la ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño y culminando en la ley 75 de 1968 sobre Bienestar Familiar, quedando todavía campo por recorrer.

II.- INTRODUCCIÓN.-

Dado el primer paso en esta reivindicación del espíritu imperante, humanitario e igualitario de los habitantes de país, necesariamente se seguirían las conquistas de esa parte más débil de la sociedad, que es el niño.

Como primera medida se imponía una jurisdicción especializada para la defensa del niño, para su amparo eficaz y para el juzgamiento de los ilícitos en que pudieran incurrir en razón de edad.

Ahora ya se está cayendo en la cuenta de que no solo el menor necesita una jurisdicción especializada, sino también el núcleo ambiental en que el niño nace y debe desarrollarse, necesita una red de una organización y de una vigilancia permanente estatal, que impida su disolución y el caos de responsabilidades de sus miembros con la lógica víctima que es el niño.

Ya se encuentra al estudio del legislador la jurisdicción especial de la familia.

La ley CAPITULO III de jurisdicción de menores y sometió a ella a los menores de 18 años con orientación a proporcionarles asistencia y protección.

UN AVANCE MAS EN LA LEGISLACION, SURGIDO CON LA LEY 45
DE 1936
ne sola instancia de los jueces a que dieran lugar las infracciones penales cometidas por los menores de 18 años; así como también de las situaciones de abandono o peligro moral o físico que afectan los menores de edad. Exigió como calidades para ser jueces de menores, las que exige la ley para ser juez superior y además, el ser casado y padre o madre de familia, la veracidad y las ciencias educativas y una ejemplar conducta moral.

1º.- INTRODUCCIÓN.-
Dado el primer paso en esta reivindicación del espíritu imperante, humanitario e igualitario de los habitantes de país, necesariamente se seguirían las conquistas de esa parte más débil de la sociedad, que es el niño.

Como primera medida se imponía una jurisdicción especializada para la defensa del niño, para su amparo oficioso y para el juzgamiento de los ilícitos en que pudieran incurrir menores de edad. El artículo 39 de la ley 75 de 1936 lo constituyó en defensor de menores, con mayor amplitud de funciones.

Ahora ya se está cayendo en la cuenta de que no solo el menor necesita esa jurisdicción especializada, sino también el núcleo ambiental en que el niño nace y debe desarrollarse, necesita más todavía de una organización y de una vigilancia permanente estatal, que impida su disolución y el desvío de responsabilidades de sus miembros con la lógica víctima que es el niño. Las facultades del juez para investigar la situación física, de educación y de moralidad del menor, facultado para intervenir en la administración de sus bienes.

Ya se encuentra al estudio del legislador la jurisdicción especial de la familia.

El promotor de menores tiene legitimación para pedir la intervención de los menores bajo patria potestad.

2º.- AVANCE EN LA LEGISLACION DE 1946.-

La ley 83 de 1946 creó la jurisdicción de menores y sometió a ella a los menores de 18 años con orientación a proporcionarles asistencia y protección.

Los jueces de menores conocerían privativamente y en una sola instancia de los procesos a que dieran lugar las infracciones penales cometidas por los menores de 18 años; así como también de las situaciones de abandono o peligro moral o físico en que se hallen los menores de edad. Exigió como calidades para ser jueces de menores, las que exige la ley para ser Juez Superior y además, el ser casado y padre o madre de familia, la versación y las ciencias educativas y una ejemplar conducta moral.

Los jueces de menores pertenecen a la rama jurisdiccional, así como al personal subalterno y tienen la colaboración del promotor curador de menores. El artículo 39 de la ley 75 de 1968 lo constituyó en defensor de menores, con mayor amplitud de funciones.

La ley comentada concede al juez de menores, atribuciones de orden civil, como son la de suspender la patria potestad y la de conferir la guarda de menores, investigar la paternidad e imponer alimentos.

La ley aludida, en su artículo 24 modifica el trámite, ampliando las facultades del juez para investigar la situación física, de educación y de moralidad del menor, facultándolo para proveer en la seguridad de sus bienes.

El promotor de menores tiene legitimación para pedir la guarda de los menores que no se encuentren bajo patria potes-

tad. el artículo 33 de la ley 73 de 1968 aporta que si hay en

Por medio del artículo 66 de la ley originaria orgánica de la defensa del niño, se dotó al procedimiento civil ante los jueces de menores, del principio inquisitivo, mediante el cual el juez puede decretar pruebas oficiosamente.

Por el artículo 69 y siguientes de la ley 83, los jueces de menores pueden conocer de los procesos de alimentos. El procedimiento se caracteriza por el sistema de audiencias, esto es, prevalece el principio de la oralidad. Naturalmente que de todas las audiencias quedan las respectivas actas firmadas por todas las personas que en ellas intervienen.

El juez señala la cuota alimenticia en proporción al patrimonio de la persona obligada y a las circunstancias económicas del beneficiario de los alimentos; de acuerdo a las reglas generales que prevalecen en la acción de alimentos, en la cual sus requisitos esenciales son:

- a) la mayor riqueza de alimentantes
- b) la pobreza del alimentario.

Estas, en proporción relativa que califica el juez para regular la cuota alimenticia. Desde luego que en estos requisitos debe tenerse en cuenta el número de personas a cargo del alimentante.

En cuanto al embargo de salarios y sueldos por razón de alimentos, se alteró la regla general de inembargabilidad de las cuatro quintas partes de esta clase de ingresos por razón de lo vital que es esta prestación alimentaria, dando lugar a la retención de hasta el 50% de las cantidades devengadas. A

esto, el artículo 36 de la ley 75 de 1968 anota que si hay embargo anterior, la nueva orden de retención se haga efectiva por la diferencia entre la cantidad embargada y el 50% anotado.

Además, el artículo 33 de la nueva ley, adicionó el 2495 del Código Civil, incluyendo el caso dentro de la quinta causal de prelación de la primera clase de créditos.

El artículo 77 de la ley 83, señala como delito de estafa la ocultación total o parcial de sueldos, jornales o bienes por parte del padre, patrón o empresarios obligados a la retención.

El artículo 78 prevee como delito el no cumplimiento del pago de una pensión alimenticia si el padre sentenciado a pagarla que pudiese hacerlo, no la cumple durante tres meses. Señala como sanción, multas de 10 a 300 pesos y prisión de 10 meses a un año.

El artículo 80 impide a una persona demandada por alimentos, contra las personas que determina el artículo 411 del Código Civil en defecto del padre.

Sobre la investigación de la paternidad natural, la ley 83 de 1946 con sus artículos 85 y siguientes, reconoció el derecho que tiene todo menor a saber quienes son sus padres y autorizó a los jueces de menores, para adelantar el respectivo proceso investigativo, concediendo a la madre la acción desde el quinto mes de ingravidéz.

Impuso al Consejo Nacional de Protección Infantil y a las defensas de menores, el deber de iniciar la investigación respectiva.

El artículo 18 de la ley 75 de 1968 estableció la acción revisoria contra las sentencias dictadas por el juez de menores por la vía ordinaria ante la jurisdicción civil. (Este aspecto lo trataré oportunamente en el capítulo 7º de esta tesis).

Los procesos civiles que se surten ante los juzgados de menores están exentos de papel sellado y libres de costos para la madre y el niño.

El procedimiento investigativo de la paternidad natural, se regula en los artículos 90 a 95 de la ley 83 de 1946. El juez califica la legitimatio ad procesum de la demanda, la cual tiene que ser acompañada de un principio de prueba en que ella se funde.

La demanda se notifica personalmente al presunto padre, quien dispone de ocho días para contestarla. Claro está, con la contestación puede terminarse el proceso si media reconocimiento y en tal caso procede a regularse la cuota alimenticia. Si hay oposición, el término de prueba es de 20 días y luego viene la audiencia de trámite en la cual se formulan los alegatos. El juez dispone de un término de ocho días para pronunciar su fallo.

En el referido juicio revisoria del fallo del juez de menores, los intereses del menor son defendidos por un curador nombrado por el juez, previa su notificación de la demanda revisoria. El padre declarado como tal, que promueve el proceso revisorio, debe pagar los honorarios del curador. El artículo 96 fijaba un término de caducidad de dos años para todas las partes, que luego fue reformado por la ley 75 de 1968.

39.- AVANCE EN LA LEGISLACION de 1968.-

Pero más fuerte fué este avance de conquistas en beneficio de los hijos naturales, y en general de la protección del menor con la ley 75 de 1968.

En el artículo primero, concreta los casos de reconocimiento de hijos naturales, acentuando su característica de acto jurídico irrevocable, así:

a).- En el acta de nacimiento, siempre que la firme quien reconoce. El funcionario del registro civil exige los nombres de los padres, cuando el declarante no es el presunto padre y ordena llevar un libro especial para la inscripción del nombre del padre con expresa limitación de expedir copias y si no es por orden de la autoridad judicial y policiva, o de las personas legitimadas para la investigación de la paternidad natural. El funcionario del registro civil queda convertido en primer investigador de la paternidad, con el deber de citar al presunto padre sobre la inscripción y exigirle en el acto de la notificación, exprese si acepta o niega la paternidad que se le asigna. Si la niega, el funcionario comunica el hecho al defensor de menores a fin de que éste inicie la investigación de la paternidad ante el juez de menores. Igual comunicación hace si por cualquier circunstancia no puede hacerse la notificación en el término de 30 días o si en la partida de nacimiento no se expresó el nombre de los padres o de cualquiera de ellos.

b).- Quedó en segundo caso el reconocimiento por escritura pú-

No existiendo estas pruebas, es indispensable la declaración blica.

c).- El tercer caso es el de reconocimiento por testamento, con la misma indicación de la ley 45 de 1936 de que la revocación del testamento no implica la revocación del reconocimiento.

d).- El caso cuarto es el del reconocimiento contenido en confesión judicial, auncando ese no haya sido el objeto principal del acto que lo contiene.

La innovación de esta ley en cuanto a esto, está en que las personas legitimadas para pedir la investigación de la paternidad natural, pueden pedir la declaración juramentada de parte con su consiguiente confesión ficta, en caso de que el notificado no compareciere sin causa justa. Advierte la ley que la declaración judicial de confeso es revisable en proceso ordinario ante los jueces civiles.

Frente a los reconocimientos está la investigación judicial de la paternidad natural, que establece el artículo segundo modificando a la ley 45 de 1936.

De tal modo que cuando existe reconocimiento de la paternidad natural, por el presunto padre o madre o se puede demostrar la maternidad natural por el hecho del nacimiento, bastan estas pruebas para que el hijo natural pueda demostrar su paternidad natural erga omnes y especialmente en los respectivos procesos de sucesión para que con la sola prueba, se reconozca su calidad de heredero. Con mayor razón en otros procesos donde es necesaria la demostración de la calidad de sucesor, del padre.

No existiendo estas pruebas, es indispensable la declaración de paternidad.

El artículo 8º de la ley 75 de 1968 indica a los jefes de hospitales, clínicas y casas de salud, que reciban a una mujer embarazada, la obligación de establecer la fecha probable de la iniciación del embarazo y todos los datos tendientes a indagar sobre el paradero del padre, y ocurrido el alumbramiento deben anotar los caracteres de la criatura. Además, deben suministrar informes con estos datos al juez de menores, quien los tendrá en cuenta en los procesos de investigación de la paternidad.

El artículo 17 de la ley 75, determina que el estado civil reconocido en la sentencia dictada por el juez de menores, surte todos los efectos legales mientras no sea infirmada en el juicio de revisión de que trata el artículo 18 de la misma ley; y retarda corregir el acta de nacimiento mientras no se haya vencido el término señalado para incoar la acción revisoria o mientras no se produzca el fallo en el respectivo proceso.

Sobre la acción revisoria, trataré en el capítulo 7º.

En la ley 75 de 1968, hay un artículo que tiene importancia tangencial en cuanto a la guarda de menores, pero de capital importancia para éstos como conquista de los derechos de las mujeres, al declarar que éstas pueden ser tutoras o curadoras en los mismos casos que los varones y que se habilitan de edad por el hecho del matrimonio.

El artículo 25 de la misma ley, concede jurisdicción a los jueces de menores para la provisión de las guardas legítimas y dativas dando preferencia a las dativas, a las personas

señaladas por el juez de menores.

El artículo 27 autoriza la adopción del hijo natural por su padre o madre conjuntamente con el otro cónyuge, advirtiéndose que en la sucesión del progenitor adoptante, tiene cumplidos sus derechos como hijo natural.

El artículo 28, sustitutivo del artículo 284 del Código Civil, autoriza al juez de menores para entregar en adopción a los menores de 16 años, que se encuentren moral o económicamente abandonados por sus padres y autoriza además, poner fin a la adopción cuando lo juzguen conveniente, de oficio o a petición de parte con audiencia del defensor de menores. Pondrá término a la adopción si dentro de los dos años siguientes a la entrega del menor, lo solicitare el adoptante. Esta clase de adopción produce todos los efectos legales de la adopción realizada por intermedio de los jueces civiles. El artículo 30 concedió efecto retroactivo a la ley 45 de 1936, en cuanto a la vocación hereditaria de los hijos naturales.

El artículo 31 modifica al 411 del Código Civil, e incluye en el renglón 5º de la enumeración de alimentarios a los hijos naturales, a su posteridad legítima y a los nietos naturales y en el renglón sexto a los ascendientes naturales.

El juez de menores conoce no solamente del proceso de alimentos, sino también del ejecutivo para el pago de ellos, decretados en favor de un menor o de una mujer grávida. En este caso, las apelaciones se conceden para ante el Tribunal Superior respectivo. No se admite otra excepción que la de pago.

Esta ley, modificó la denominación del cargo de curador

por la de defensor de menores. la formación de proyectos rela-

Los artículos 40 y siguientes de la ley 75, protegen por igual a los menores sean hijos legítimos o naturales, con sanciones de orden penal y más propiamente son disposiciones encaminadas a la protección de la organización familiar y el cumplimiento de los deberes familiares.

El capítulo tercero de la ley, crea y regula el funcionamiento del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, como entidad descentralizada, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; traspasa al nuevo instituto los bienes que administraba el Concejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia, y los sustituye en todos sus derechos y aspectos. Coloca bajo la dependencia de la nueva fundación al Instituto Nacional de Nutrición, incorporándolo a la nueva organización.

El Instituto, asesora al presidente en la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, que tienen como objetivo la protección de la familia y de los menores; recibe y distribuye los auxilios con destino a programas de bienestar social y de la familia y controla su inversión. Promueve la formación de personal especializado en el manejo de establecimientos de asistencia infantil y de rehabilitación de menores. Coordina y orienta la acción de establecimientos públicos y privados en lo tocante a salud, educación y rehabilitación de menores. Está facultado para crear cargos de defensor de menores y hacer los nombramientos. Promueve la formación de personal especializado para el ejercicio de los cargos de juez y defensor de

menores. Asesora al gobierno en la formación de proyectos relacionados con la guarda de menores, con la asistencia prenatal, con el mejoramiento de la dieta alimenticia de la mujer en el periodo de lactancia y del niño en el preescolar; en el servicio de medida preventiva escolar y en lo relacionado con el trabajo de los menores.

Se lo faculta expresamente para delegar funciones. La ley autoriza al gobierno para formar los estatutos del Instituto de Bienestar Familiar e indica cómo se forma su junta directiva.

La presidencia del instituto corresponde a la Primera Dama de la Nación, o sea la esposa del presidente de la República, o en su defecto a la persona a quien éste designe.

La Directiva del organismo, es la que superiora al Instituto; y el Director tiene la representación jurídica del mismo y cumple y hace cumplir los estatutos y las decisiones de la Junta Directiva.

Por medio del artículo 66 de la ley, el Instituto de Bienestar Familiar tiene en las sucesiones intestadas los derechos que corresponderían al municipio de la última vecindad del causante, conforme al artículo 85 de la ley 153 de 1887 y todos los derechos que correspondían a otras instituciones en relación con bienes vacantes y mostrencos.

Como los demás institutos descentralizados, tiene la supervigilancia de la Contraloría General de la República, en cuanto a su movimiento económico.

C A P I T U L O I V

SITUACION LEGAL DE LOS HIJOS RECONOCIDOS

1º.- En cuanto a Su POSICION FRENTE A LA SOCIEDAD.-

La situación legal de los hijos naturales reconocidos es firme y clara; tienen un estado civil definido, como lo tienen los hijos nacidos dentro del matrimonio, con su condición de hijos legítimos. El reconocimiento los coloca en una condición irrevocable del estado civil: "la de hijos naturales".

La legislación vigente, que hasta ahora lo es en forma predominante, la ley 75 de 1968, por razón de la filiación da lugar a tres clases de hijos, así:

- a) los legítimos
- b) los naturales
- c) los ilegítimos.

Puede decirse que esta última clase constituye un estado transitorio de los hijos no legítimos, quienes esperan su reconocimiento o la declaración judicial de la filiación para ubicarse ya definitivamente en la clase b) antes mencionada, que corresponde a la de los hijos naturales.

La aspiración del legislador en la legislación vigente, es la de que existan solamente las dos clases de hijos: los legítimos y los naturales, para que ambos se encuentren protegidos.

dos, ya por sus padres legítimos, ya por sus padres naturales.

2º.- EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES PARA CON LOS HIJOS.-

Mejor aún, la orientación de la ley es la de que todo hijo tenga sobre sí unos padres responsables, ya sean legítimos o naturales.

Esta responsabilidad paterna no es puramente romántica, sino efectiva, con responsabilidades de carácter civil y con responsabilidades de carácter penal.

La responsabilidad civil con padres que están obligados a alimentar, educar y establecer de acuerdo a su rango social a sus hijos, ya sean legítimos o naturales, y con efectos que trascienden sobre el ejercicio de la patria potestad, la guarda, las responsabilidades extracontractuales y a las asignaciones forzosas en la sucesión por causa de muerte.

En la responsabilidad de carácter penal, la ley (ley 75 de 1968, art. 40), prevé y sanciona el substraerse sin justa causa a las obligaciones morales o alimentarias debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, o a cónyuge aún al divorciado sin su culpa que no haya incurrido en adulterio. La pena es de seis meses a dos años de arresto, y multa de mil a cinco mil pesos. Hay una prelación de parentezco para determinar esta responsabilidad; pero esta prelación se determina primeramente en favor de la ascendencia y la descendencia legítima.

La malversación o dilapidación de bienes administrados bajo patria potestad, tutela o curatela, dan lugar a sanciones penales. Esta clase de delitos se incorporaron al Código Penal, con el rubro de "Delitos contra la asistencia familiar".

Ya antes anoté cuales son las formas de reconocimiento de hijos naturales, en vigor legal, en esta forma:

- a) en el acta de nacimiento,
- b) por escritura pública
- c) en el testamento
- d) en confesión judicial.

Las pruebas respectivas resultan de los hechos anotados, y otorgan legitimación plena para hacer valer la calidad respectiva del estado civil. Así, pues, en un proceso de alimentos o de sucesión, bastará presentar la copia del acta de registro de nacimiento para que el juez reconozca como tal al hijo natural que trata de hacer valer sus derechos; o la copia auténtica de la escritura de reconocimiento; o la del testamento, en copia expedida por el notario ante quien se otorgó, o ante quien se protocolizó; o también la copia auténtica del auto judicial que contiene su confesión.

Cuando la partida de nacimiento no está firmada por el padre, es evidente que no constituye prueba de reconocimiento aun cuando en la partida se hubiere anotado el nombre del padre natural, salvo el caso del inciso 2º del numeral 1º, del artículo 1º de la ley 75 de 1968. En tal caso, la partida tiene que complementarse con la aceptación de su paternidad, hecha por el padre ante el notario en el acto en que éste lo notifica de que -

fué indicado como el padre natural de la criatura cuyo nacimiento se inscribe.

El principio de firmeza del estado civil, da carácter permanente e irrevocable a los hijos reconocidos por los medios estudiados. Como ocurre en el caso de la revocación del testamento, el reconocimiento efectuado en el testamento revocado, permanece firme y tiene la característica de irrevocable en cuanto a esta declaración.

Una excepción al principio de firmeza del estado civil es el cambio que sobreviene cuando se pronuncia una sentencia en juicio contradictorio de desconocimiento de la paternidad o maternidad legítima, cuando la acción prospera, caso en el cual el hijo sufre una especie de capitis diminutio, dejando de ser hijo legítimo y adquiriendo la situación de hijo ilegítimo, que como anoté, ya es de suyo transitoria, pues los hijos ilegítimos tienen siempre la aspiración de obtener su reconocimiento o declaración de hijos naturales.

Es el caso de los numerales 2 y 3 del artículo 3º de la ley 75 de 1968, sobre que el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como hijo natural, salvo en los siguientes casos:

a).- Cuando fué concebido durante divorcio o separación legal de los cónyuges, sin que hubiere mediado reconciliación privada de los mismos.

b).- Cuando el marido desconoce al hijo, siempre que la acción de impugnación se haya propuesto dentro de los 60 días, término de que trata el artículo 217 del Código Civil, o lo

impugnaron los herederos dentro de los 60 días a partir de la muerte del padre, cuando éste murió antes del vencimiento del término de que dispone para iniciar la impugnación, siempre - que el juez apruebe ese desconocimiento, con conocimiento de causa y audiencia de quienes deben intervenir con legitimación pasiva.

c).- Cuando la sentencia ejecutoriada demuestre que el hijo - no es del marido.

El hijo también tiene acción para reclamar contra su legitimidad presunta, siempre que hubiere nacido después del décimo mes de la fecha del abandono definitivo del hogar conyugal efectuado, por alguno de los cónyuges. La acción puede iniciarse en cualquier tiempo. De ella conoce el juez de menores cuando el hijo fuere menor de 16 años, con audiencia del marido, de la madre, o de sus herederos; o el juez civil competente por la vía ordinaria. Pero no podrá ejecutar esta acción con aspiración a obtener la maternidad natural, cuando - ella se atribuye a una mujer casada.

Despejado el problema creado con la impugnación, ya es admisible un reconocimiento de hijo natural, por los medios - legales con respecto al hijo que por resultado de los fallos judiciales, pasó a la clase de los hijos ilegítimos.

Concluyo este capítulo, insistiendo en la conquista que resultó en favor de los hijos naturales con las leyes, 45 de 1936 y 75 de 1968, al dar opción a todos los hijos ilegítimos y aún más, a reconocerles su poder y pleno derecho a investigar y obtener la declaración de la paternidad natural con reg

pecto a sus progenitores. Pasó a la historia todo aquello de los hijos de punible o dañado ayuntamiento, a quienes no les estaba permitido obtener la declaración de su filiación natural.

LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

La investigación de la paternidad natural bajo el régimen de la ley 75 de 1968, amplió los casos de investigación en un radio mayor y con carácter menos restrictivo en cada una de las situaciones básicas de la declaración de paternidad, con respecto a la investigación de la paternidad natural bajo la ley 45 de 1936, que fue taxativamente limitada a los cinco casos enumerados en el artículo 49 de dicha ley.

La ley 75 de 1968, ~~en su artículo 49~~ amplió la investigación investigativa. Los cinco casos del artículo 49 de la ley 45, buscaban la declaración judicial de paternidad y establecían en ella su fundamento jurídico. El artículo 49 de la ley 75 de 1968 establece los casos que enumera como presunción de la paternidad natural y base de la declaración judicial.

Por consiguiente, establece esas presunciones legales de paternidad natural. Lo cual es a cada caso la característica propia de las presunciones de este orden. Según las reglas establecidas los hechos señalados surgen la prueba de que si bien admite la contraria, o prueba en contra, ella tiene que ser lo suficientemente fuerte como para destruir la presunción legal. Lo cual quiere decir que estas

C A P I T U L O V

LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

La investigación de la paternidad natural bajo el régimen de la ley 75 de 1968, amplió los casos de investigación en un radio mayor y con caracter menos restrictivo en cada una de las situaciones básicas de la declaración de paternidad, con respecto a la investigación de la paternidad natural bajo la ley 45 de 1936, que fué taxativamente limitada a los cinco casos enumerados en el artículo 4º de dicha ley.

La ley 75 de 1968, en primer término amplió la orientación investigativa. Los cinco casos del artículo 4º de la ley 45, buscaban la declaración judicial de paternidad y establecían en ella su fundamento jurídico. El artículo 6º de la ley 75 de 1968 establece los casos que enumera como presunción de la paternidad natural y base de la declaración judicial.

Por consiguiente, establece seis presunciones legales de paternidad natural, lo cual da a cada caso la característica propia de las presunciones de este orden, según las cuales, establecidos los hechos fundamentales surge la prueba básica que si bien admite lo contrario, o prueba en contrario, ella tiene que ser lo suficientemente fuerte como para destruir la presunción legal. Lo cual quiere decir que estos

casos ocuparon un grado probatorio muy alto, en orden a la demostración de la paternidad natural.

19.- RAPTO Y VIOLACION.-

El primer caso del artículo 69; o primera presunción de paternidad es el de raptor o violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

El artículo 92 del Código Civil, establece la presunción del derecho, con lo cual no admite prueba en contrario de que la concepción ha precedido al nacimiento, no menos de 180 días y no más de 300 contados hacia atrás desde la media noche en que principia el día del nacimiento. Luego en el caso de raptor o de violación, el nacimiento tiene que ocurrir entre los 180 y los 300 días de que trata la presunción del artículo mencionado.

Son estos los requisitos esenciales de este caso y que por lo mismo deben estar plenamente demostrados para que la presunción de paternidad se considere vigente. En primer lugar, el hecho del raptor o el hecho de la violación naturalmente con sus circunstancias de tiempo y lugar, y el hecho del nacimiento con iguales circunstancias y dentro de los términos de la presunción de la concepción.

20.- SEDUCCION.-

El numeral 20 del artículo 49 de la ley 45, mencionaba este caso como realizado mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siem-

pre que existiera un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción. El numeral 2º del artículo 6º de la ley 75 de 1968, deja escuetamente este caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.

Suprime aquello de los esponsales que en realidad no tiene importancia práctica y lo del principio de prueba por escrito, que hacía más gravosa la demostración del caso bajo vigencia de la ley 45.

Bajo el régimen de la ley 75, basta demostrar estos dos elementos, la seducción realizada en las circunstancias que el numeral segundo anota, hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio; y lógicamente que la concepción haya ocurrido en el lapso de la seducción con operancia de la presunción del artículo 92 del Código Civil.

32.- ESCRITO PRIVADO DE CONFESION INEQUIVOCA DE PATERNIDAD.-

El numeral 3º expresa "si existe carta u otro escrito, cualesquiera que sea del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad".

El requisito esencial de este caso es, que exista carta u otro escrito privado proveniente del presunto padre. De acuerdo a las reglas generales probatorias, cuando a un proceso contradictorio de cualquier aspecto se agregan como prueba un documento privado que no lleva el sello de la autenticidad, ocurre lo previsto en los artículos 252, numeral 3º y 276 del Código de Procedimiento Civil, sobre reconocimiento

implícito de la prueba, s no, se lo tacha de falso por la parte contraria.

Cuando hay tacha de falsedad, se tramita una incidencia prevista en los artículos 289 y 293 del Código de Procedimiento Civil.

Si la falsedad no se demuestra, el documento obra como prueba y este elemento de la presunción del artículo 39 obra en su plenitud.

El segundo elemento de la presunción es, que el escrito contenga una confesión inequívoca de paternidad. Está al criterio del juez, decidir o proferir su discusión sobre la fuerza y nitidez del elemento.

42.- RELACIONES SEXUALES.-

La ley 45 de 1936 establecía el caso de relaciones sexuales pero con los requisitos de notoriedad y estabilidad; y comprendía la presunción del artículo 92 del Código Civil, con respecto a la concepción dentro del lapso de esas relaciones sexuales notorias y estables.

El numeral 49 de la ley 75 de 1968, suprimió la notoriedad y estabilidad de las relaciones sexuales y aún aclaró que ellas 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.

Como las relaciones sexuales son por su misma naturaleza de ocultamiento y reserva, moralmente imposibles de demostrar, el numeral 3º da lugar al indicio que resulta del trato personal y social que tuvieron los presuntos padres y sobre el cual depondrá la prueba testimonial. Desde luego, los testimonios tendrán que indicar las circunstancias y los antecedentes y además, las cualidades que el inciso enumera de intimidad, continuidad y la naturaleza misma de esas relaciones que contribuyen a dar credibilidad a la prueba.

Otro inciso del mismo numeral, da cabida a la contrapueba demostrativa de la imposibilidad física en que el presunto padre estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción; la contrapueba de que la madre tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres.

El mismo inciso autoriza destruir esta contrapueba, si el padre acogió por hechos positivos como suyo al hijo.

El inciso 2º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, admitía igualmente esta contrapueba de comercio sexual coetáneo, al tiempo de la concepción.

La ley 75 cambió radicalmente la presunción de las relaciones sexuales al suprimir la notoriedad y la continuidad, durante la vigencia de la ley 45. La jurisprudencia de la Corte, rechazaba la prueba de las relaciones sexuales, aun cuando hubieren sido permanentes, pero si quienes las sostenían no las hubieren descubierto antes, en su ambiente social. En consecuencia, rechazaba los testimonios de quienes

voluntaria o casualmente sorprendieron a los amantes, o fueron depositarios de sus confidencias y de ello dedujeron los vínculos que los unían.

Igualmente rechazaban el testimonio de la servidumbre de los amantes por considerarlo ineficaz para demostrar la estabilidad y notoriedad de las relaciones.

Bajo la ley vigente, los elementos de la presunción en el caso cuarto, son simplemente éstas:

- a) La demostración de las relaciones sexuales, y
- b) el nacimiento del hijo en el lapso determinado por la presunción del artículo 92 del Código Civil.

50.- TRATAMIENTO PERSONAL Y SOCIAL DURANTE EL EMBARAZO Y PARTO

Este caso nuevo, que no lo contemplaba la ley 45 de 1936 está previsto en el numeral 5º del artículo 6º de la ley 75 de 1968. Se trata de la atención que el presunto padre del pretendido hijo natural, prestó a la madre durante el embarazo y el parto, de modo que por sus características haya sido ciertamente indicativo de la paternidad.

Ese trato personal y social especialísimos durante el lapso a que se refiere la ley, tiene que estar demostrado con hechos fidedignos. Esto es, los declarantes tienen que indicar con toda claridad, hechos reiterados demostrativos de ese tratamiento a la madre como característico de quien tenga sobre sí la responsabilidad de la circunstancia de gravidéz en que ella se encuentra. Por demás está decir que estos testimonios tienen que estar dotados de una gran credibilidad calificada

por el Juzgado.

Son significativos los términos de personal y social unidos por la conjunción. De la unión de estos términos, se saca que la ley quiere no simplemente un tratamiento personal similar al del marido, en tales circunstancias, sino también ostensible frente al vecindario lo cual le daría la calidad de tratamiento no solo personal, sino también social. Por lo demás, los elementos del tratamiento que se exte-

Concretamente, podrían señalarse las atenciones personales, suministro de alimentos, de atención médica de los elementos preparativos del acontecimiento en espera y los propios del hecho mismo, relacionados con la atención de parto, como la llamada del facultativo, de las enfermeras y otros aspectos.

Expresamente, la ley concede al demandado de manera expresa las excepciones de imposibilidad para engendrar en la época en que se presume la concepción y la del comercio carnal, que en el mismo lapso hubiera tenido la madre, con persona diferente al presunto padre.

6º.- POSESION NOTORIA.-

El caso 5º del artículo 4º de la ley 45, es igual al 6º de la ley 75 de 1968. "cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo".

Dije ya en capítulo anterior, que hay una diferencia justamente muy apreciable entre la posesión notoria del estado civil del hijo y la posesión notoria del hijo natural,

porque en el primero el tratamiento se complementa con la presentación ante deudos y amigos; y que no puede exigirse esta presentación en el caso del hijo natural; porque la ocurrencia ordinaria en tales casos, es la de que el presunto padre no lo haga como sí lo hace con orgullo el padre legítimo.

Esto, porque la sociedad protege y acoge a la familia legítima y repudia todo lo que atente contra su organización.

Por lo demás, los elementos del tratamiento que se exteriorizan con proveer a la subsistencia, educación y estabilidad y establecimiento de los hijos, se repiten en la legislación para una y otra paternidad.

El elemento de la posesión notoria del estado civil que el jurista Josserand denomina fama, consiste en que el vecindario del domicilio, las gentes de ese vecindario reputan a una persona como hijo del determinado padre en virtud del tratamiento que éste le ha dado. En el vecindario entran en primer término los deudos y amigos del presunto padre.

El tercer elemento de la posesión notoria del estado civil que Josserand lo denomina "Prescripción", tenía en el artículo 398 del Código Civil un término de 10 años continuos por lo menos.

Esta disposición fué modificada por el artículo 9º de la ley 75 de 1968, que dice lo siguiente: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado cinco años por lo menos". Con esto, quedó reducido a la mitad el término de duración de todo estado civil.

En el párrafo del artículo 90 se prevee a computar ese lapso con el tiempo transcurrido con anterioridad a la ley. Esto es, se le da un efecto retroactivo.

Resta anotar lo que ya había observado antes por la aplicación que el artículo 79 de la ley 45 hace de varias disposiciones del código civil, que se necesita demostrar la posesión notoria con un conjunto de testimonios fidedignos y dije ya que esta palabra, conforme lo ha interpretado la jurisprudencia, indica que los testimonios para demostrar la posesión notoria deberá ser de tres por lo menos.

Como recapitulación de lo anotado en esta parte de la tesis, puede señalarse que todos estos casos de presunción, necesitan la declaración judicial en sentencia ejecutoriada; que puede tener un trámite de única instancia ante el juez de menores; pero que es revisable por la vía ordinaria; o el trámite propio de un proceso ordinario ante la jurisdicción civil, cuya primera instancia radica en los juzgado civiles del circuito, y su segunda instancia ante los Tribunales Superiores y admite casación, por la naturaleza del asunto, ya que se trata del estado civil de las personas.

C A P I T U L O V I

INVESTIGACION SUMARIA POR LOS JUECES DE MENORES

1º.- PROCEDIMIENTO.-

Los artículos 12 a 18 de la ley 75 de 1968, regulan la jurisdicción investigativa de la paternidad natural por el juez de menores. Tal investigación se inicia en primer término por el defensor de menores que tenga conocimiento de la existencia de un niño de padre o madre desconocidos ya sea por el aviso que le de el notario o por cualquier otro medio de información. El punto inicial como todo proceso de carácter civil, es la demanda. En la relación de los hechos, tiene que suministrar todos los datos y en la parte de pruebas indicar las que considere conducentes.

La demanda puede iniciarse desde el embarazo, cuando la madre así lo solicita al defensor de menores; ya anoté antes que están legitimados también para promover la demanda: la persona que ejerza sobre el menor la patria potestad y la guarda; la persona natural o jurídica al cuidado de la criatura, o de la crianza del menor y su educación y el Ministerio Público.

Cuando el defensor de menores no haya iniciado la demanda, es un litis consorte necesario del proceso.

El trámite a seguir es el siguiente:

a).- La notificación personal al demandado y al defensor de menores cuando interviene como litis consorte necesario. El término de que dispone el demandado para contestar la demanda es de 8 días.

b).- Cuando el demandado no acepta la paternidad de manera expresa, el negocio se abre a prueba por el término de 20 días. Durante el término probatorio se practican las pruebas pedidas por las partes y las que el juez decreta de oficio.

Así pues, el principio que predomina en este proceso es inquisitivo.

El juez tiene plena iniciativa en la investigación de la paternidad.

Si él lo considera necesario, puede ampliar el término probatorio hasta por diez días mas.

La declaración de parte es predominante en este proceso; el juez debe exigir juramento al demandado, mediante una sola citación personal.

Las pruebas se evacúan en audiencia de trámite, con intervención de las partes, siendo pertinente esclarecer todo lo relacionado con la filiación del menor y la situación económica de éste y del demandado en orden al fallo de alimentos.

Si la declaración de parte tiene como resultado positivo el reconocimiento del hijo, el juez pronuncia inmediatamente el fallo, ordenando la inscripción en el

registro del estado civil, proveyendo sobre la patria potestad o guarda del menor; disponiendo sobre el pago de alimentos, y en su caso a la asistencia de la madre.

Surtido el término probatorio, se practica la audiencia de trámite para alegar.

c).- Cumplida esta audiencia, el juez tiene ocho días para dictar su sentencia.

En el fallo se decide sobre la filiación demandada y sobre los demás puntos ya anotados de guarda, patria potestad y alimentos y la anotación en el registro, pero esta última, con posterioridad a la caducidad del término para promover la acción revisoria.

Sobre esta acción revisora trato en el capítulo siguiente.

29.- CONCLUSION.-

Esta acción investigativa ante el juez de menores, es desde luego muy útil para la protección del menor y por ello se surte en un juicio bastante sumario y con las amplias facultades de investigar del principio inquisitivo.

En la práctica, presomina entre los jueces de menores un criterio paternalista que los lleva a dictar su fallo de única instancia, favorable al menor con base en meros indicios. El factor de compañerismo entre los jueces y defensores de menores, la cercana influencia que ejerce sobre ellos el Instituto de Bienestar Familiar, son factores que amparan

y desarrollan este criterio que se orienta a señalar un responsable que garantice el amparo económico, moral y social del menor, determinando que la balanza de la justicia se incline por el lado del menor, su protección, aún en el caso en que la realidad procesal probatoria ofrezca duda.

Como se verá en el capítulo siguiente, la acción revisoria es más gravosa para el padre que ha sido reconocido como tal, por el juez de menores. De este modo los declarados padres ante el juez de menores, de escasos medios económicos, no tienen más remedio que cargar con la paternidad, no solo por el resto de los días, sino en su herencia si llegaren a dejar alguna.

El fallo inapelable del juez de menores, no tiene para ellos garantía alguna cómoda, como lo sería una apelación para ante los Tribunales Superiores; o una consulta. Sería la garantía que exige la equidad en materia tan importante como esta de tan delicado estado civil.

El fallo se convierte en definitivo al vencimiento del término de caducidad de la acción revisoria, con todos los efectos de la cosa juzgada, por lo menos en cuanto al fallo de paternidad que no el de alimentos. Siendo así, que de ordinario los asuntos que se relacionan con el estado civil, gozan de la garantía de donde se puede anotar, la cual es la de las dos instancias; y de juez plural en la segunda. Y más aún, todos ellos tienen o dan lugar al recurso de casación.

CAPITULO VII

La argüya en expresar que si el nuevo Código de Procedimiento Civil no había acogido de manera expresa la acción revisoria, es porque la había convertido

ACCION REVISORIA DE LAS SENTENCIAS DE LOS JUECES DE

título 379.

MENORES

Efectivamente, que este artículo amplió el recurso de revisión. Anoté antes que el artículo 18 de la ley 75 de 1968, estableció de manera clara e indudable la acción revisoria de la sentencia declarativa de la paternidad dictada por el juez de menores; y señaló la vía ordinaria ante el juez civil competente.

El nuevo Código de Procedimiento Civil, se expidió - mediante los decretos 1400 y 2019 de 6 de agosto de 1970 y 26 de octubre del mismo año. Desde luego, sus disposiciones son posteriores a la ley 75 de 1968.

Este nuevo código, en sus artículos 410 y siguientes, expresa por vía enumerativa algunas acciones que se tramitan por la vía ordinaria y en ellos no aparece expresamente la acción revisoria de la ley 75 de 1968.

Esta circunstancia y la de que el artículo 379 del - Código de procedimiento civil, amplió el recurso extraordinario de revisión en relación al Código anterior que lo limitaba considerablemente y su procedencia la sometía a la decisión de la Corte Suprema de Justicia, motivaron el que algunos tribunales superiores de Distrito Judicial resolvieran tener la acción revisoria que se había intentado ante los juzgados, como un regular recurso extraordinario de revisión.

La argumentación consistía en expresar que si el nuevo Código de Procedimiento Civil no había acogido de manera expresa la acción revisoria, es porque la había convertido en un recurso de revisión, el que se señala en el citado artículo 379.

Efectivamente, que este artículo amplió el recurso de revisión haciéndolo procedente no solo contra las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema, Tribunales superiores, si no también ante los jueces de circuito, municipales y de menores, exceptuando únicamente lo de los jueces municipales en única instancia.

Especialmente reforzaban el argumento con esto de que, si el artículo expresaba que si procedía el recurso de revisión contra las sentencias de los jueces de menores, es porque el nuevo Código había suprimido la acción revisoria y en cambio de aquello, la sustituía por el recurso de revisión.

En esta forma, fracasaron muchas acciones revisorias, porque tropezaron con este obstáculo interpretativo que dió con los expedientes, unos de completa tramitación y ya para el fallo, al archivo de los respectivos tribunales.

Porque si se había propuesto la acción revisoria, era porque se buscaba una amplitud de prueba y un juzgamiento sin restricciones, pero no se aspiraba a someterse a las taxativas causales de revisión del artículo 380 de la obra citada; y mas frente a la amenaza de fuerte multa, desde luego que el artículo 383 obligaba a constituir una caución pa-

ra garantizar el pago de perjuicios de costas y multas si el recurso es denegado o resulta fallido.

Las causales del recurso de revisión son las siguientes:

- a).- Encontrar después de pronunciada la sentencia, documentos que hubieran variado la decisión, siempre que el recurrente - no hubiera podido aportarlo al proceso por fuerza mayor o caso fortuito.
- b).- Fallo de la Justicia penal, declarando falsos documentos que fueran decisivos en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
- c).- Si la sentencia se basó en declaraciones de testigos que fueron condenados por falso testimonio, teniendo en cuenta - tales declaraciones.
- d) Cuando la sentencia se dictó con base en dictámen de peritos, que en proceso penal fueron condenados por motivo de esa prueba.
- e).- Si la sentencia penal declaró que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
- f).- Si se demuestra que hubo colusión u otra maniobra dolosa de las partes en el momento en que se pronunció la sentencia, cuando se ha causado perjuicios al recurrente.
- g).- Si el recurrente no fué notificado o debidamente emplazado en el proceso en que se dictó la sentencia o no fué bien representado sin hacerse el saneamiento de nulidad.
- h).- Por nulidad originada en la sentencia que puso fin al

proceso cuando no sea susceptible de recurso dentro de éste.

i).- Cuando la sentencia fué contra la cosa juzgada sustancial, cuando el recurrente no pudo alegar la excepción en el proceso por no haber concurrido a él personalmente o haberlo ignorado y no se propuso por nadie la excepción de cosa juzgada y si se propuso fué rechazada.

Como se ve, por esta enumeración el recurso extraordinario de revisión es más amplio que en el Código anterior, pero indudablemente limita la revisión a casos muy específicos que impiden la amplitud completa probatoria de alegaciones.

Afortunadamente la Corte Suprema de Justicia expresó doctrinariamente su sentir contrario en varias providencias.

El Honorable Tribunal Superior de Pasto ha aceptado esta nueva interpretación de la Corte que deja libre paso a la acción revisoria establecida por el artículo 18 de la ley 75 de 1968.

Basta citar la sentencia de la Corte pronunciada en demanda de Alfredo Escobar contra Edilia del Socorro Vélez y otra de 26 de octubre de 1972.

En primer lugar, la corte acentúa y subraya la diferencia entre la acción de revisión y el recurso de revisión y cita reiterada jurisprudencia anterior, a este respecto dice la Corte: "la revisión por la vía del juicio ordinario no equivale ni se asimila al recurso extraordinario de revisión, sino que constituye un medio o posibilidad de ventilar en

juicio ordinario el mismo asunto que ha sido tramitado y resuelto por vía especial, cuando así lo autoriza la ley..... El recurso extraordinario de revisión se refiere a aquellas sentencias que producen cosa juzgada material y que por lo mismo no son susceptibles de revisión por la vía ordinaria. La Corte ya ha tenido la oportunidad de recordar y poner de relieve la diferencia que existe entre la revisión por la vía ordinaria y la del recurso extraordinario de revisión, como puede verse por ejemplo en las sentencias de 11 de julio de 1945. (G.J. LIX, 2022, 338 y 339); y de 14 de octubre de 1946 (G.J. LXI, 335). La revisión por la vía ordinaria - tiene carácter de acción, en tanto que la extraordinaria - constituye recurso. (C.J. 484); de modo que ellos no se confunden y se les puede invocar indistintamente porque son de naturaleza y finalidades diferentes. (Casación Civil, 11 de septiembre de 1969; CXXXI, pág. 194).

La Corte rastrea en los antecedentes de la ley, por ejemplo en las exposiciones de motivos en el Senado y la Cámara, cuando se debatía el proyecto de ley sobre bienestar familiar.

En el del Senado se encuentra que dijo: "la interpretación y aplicación de la ley 83 de 1946 dió lugar a serias dificultades sobre los efectos del fallo de juez de menores, en materia de paternidad. La reforma procura solucionarlos dejando a salvo los derechos de las partes y de terceros sin perjuicios de la seriedad y seguridad debidas al estado civil. El fallo del juez de menores es naturalmente eficaz, pero es revisable por la vía ordinaria, a petición de parte -

dentro de los dos años subsiguientes a su publicación..."

Mas adelante agrega esa exposición de motivos: "la decisión de estado que dicta el juez de menores por cuanto es impugnabile o revisable, no se traslada a la partida de estado civil sino una vez expirado el término que se señala para incoar el derecho en juicio sin que éste se hubiera intentado, o luego de conocerse el fallo en firme en que él concluyó, si la parte vencida apeló a ese remedio".

En el mismo Senado en ponencia posterior, se comparó - la acción y el recurso como diferentes, así: "al lado de este recurso extraordinario de revisión consagrado por el artículo 543 del Código Judicial a que alude el artículo 18 del proyecto, el procedimiento civil en orden a garantizar mejor los derechos que las partes han controvertido, reconoce la acción ordinaria de revisión de las sentencias proferidas en un juicio especial, cuando así lo determina la ley. Esta acción ordinaria de revisión se diferencia del recurso extraordinario previsto en el 542 citado, en que la cuestión controvertida ha sido fallada en juicio especial, puede replantearse y probarse sin limitación a condiciones preestablecidas - como las propuestas en el recurso extraordinario".

La Corte se detiene a analizar que cuando se dictó la ley 75 de 1968 existía el recurso de revisión y las acciones de revisión; y que claramente la ley estableció la acción de revisión, en la cual la cuestión sub judice es el fenómeno jurídico de la filiación natural y que el juez civil puede estudiar y ponderar las mismas pruebas que este último tuvo

en cuenta para hacer la declaración impetrada y por ende llegar a la misma, conclusión o a otra distinta. Ello no obsta para que analice también los nuevos medios de prueba que se aduzcan en el proceso de revisión tendientes a demostrar que, por ejemplo durante la época en que se presume ocurrida la concepción, la madre tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres, o que el pretenso padre estaba incapacitado para engendrar.

Se argumentaba que el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil que determina la competencia de los jueces de circuito en primera instancia, no enumera acción alguna de revisión y menos la revisión de las sentencias dictadas por los jueces de menores. Más cabe observar que esta enumeración no es taxativa o exhaustiva, tanto más que el numeral 12 expresa que son de su conocimiento las demás acciones que no esten atribuidas a otro juez.

Ni tampoco es obvio el trámite de la acción revisoria ante los jueces del circuito, el que no figure entre las disposiciones especiales señaladas en el capítulo III, título 21 del Código de Procedimiento Civil, porque también las acciones que en ese capítulo se regulan de manera especialísima, no excluyen otras; y tampoco es una enumeración taxativa tanto más cuanto el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, da amplia acogida en el proceso ordinario a todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial.

Por otro lado, lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 75 de 1968 no pugna contra disposición alguna del nuevo Código de Procedimiento Civil y no ha sido expresamente derogado.

gado.

De todo lo expuesto, resulta claro que subsiste la acción revisoria en proceso ordinario de las sentencias dictadas por los jueces de menores en los procesos investigativos de la paternidad natural, con conocimiento de los jueces civiles del circuito en primera instancia.

Para proponer esta acción, hay dos términos de caducidad:

- a).- Para el demandado es el de dos años, siguientes a la publicación del fallo.
- b).- El de cinco años para el demandante contados a partir de la misma fecha.

La acción pasa a los herederos de las partes y al cónyuge en su caso dentro de los mismos términos.

En la misma sentencia antes citada, la Corte anota que estos términos no constituyen una prescripción sino un término de caducidad; diversidad conceptual que tiene sus consecuencias diferentes: la prescripción sólo puede decretarse a petición de parte y la caducidad extingue ipso jure el derecho sometido a término.

Las leyes comentadas, han ido despejando esta situación contraria a la equidad; pero quedan todavía algunas disposiciones bastante antiguas que afectan a los hijos naturales de la obtención de determinados derechos que no pueden aplicarse, sino por olvido o desidia del legislador.

Realmente, la organización social protectora de la familia debidamente organizada, requiere positivamente una lógica diferencia de situaciones entre los hijos legítimos y los naturales. Pero cuanto menor sea el grado que marque la diferencia en las situaciones, mayor será el equilibrio social.

C A P I T U L O VIII

FALLAS DE LA LEGISLACION ACTUAL EN ORDEN A LA EQUITAD,

EN LA SITUACION LEGAL DE LOS HIJOS NATURALES. REFORMAS

EN PERSPECTIVA

El gran avance legislativo comentado en los capítulos anteriores, subsanó en gran parte la situación de parias en que se encontraban los hijos naturales, sin que ellos hubieran tenido responsabilidad alguna en el hecho de su nacimiento. El concepto social reinante de repudio de todo nacimiento que no hubiese ocurrido dentro de matrimonio, excluía de por vida a los hijos así nacidos, de multitud de oportunidades, tanto en el orden económico como en el orden educativo. Especialmente en este último la exigencia de la partida de nacimiento con la característica de hijo legítimo para su admisión en los planteles educativos, excluía automáticamente a los hijos naturales de los medios educativos. Consecuentemente, les quedaba cerrado su acceso a la educación secundaria y profesional.

Las leyes comentadas, han ido despejando esta situación contraria a la equidad; pero quedan todavía algunas diferencias bastante acentuadas, que desplazan a los hijos naturales de la obtención de determinados derechos que no pueden explicarse, sino por olvido o desidia del legislador.

Realmente, la organización social protectora de la familia debidamente organizada, requiere positivamente una lógica diferencia de situaciones entre los hijos legítimos y los naturales. Pero cuanto menor sea el grado que marque la diferencia en las situaciones, mayor será el equilibrio social resultante.

A continuación me permito indicar algunas fallas que se pueden observar en la referida diferenciación y que el legislador podría cubrir con un nuevo avance legislativo:

- a).- Formación de centros dependientes del Instituto de Bienestar familiar, que provean alimentación y cuidado de los menores ilegítimos, esto es, aún no reconocidos y mientras la investigación de la paternidad se defina con fallo favorable al menor. Esto evitaría la marcada parcialización de los jueces de menores, que los lleva a buscar un responsable de esa alimentación, con pruebas insuficientes.
- b).- Los ilegítimos bajo esa protección especial del Instituto de Bienestar Familiar, tendrían además, derecho a becas durante el lapso indicado de la investigación de la paternidad.
- c) .- Esa protección se extendería aún en el caso de que la calidad de ilegítimo le provenga por falta de reconocimiento del padre o de la madre.
- d).- El derecho de representación, en la aceptación de la herencia, debe comprender a la descendencia natural, tanto en la de los hijos legítimos como en la de los hijos na-

turales y hermanos legítimos y naturales. Porque es aquí donde se nota muy marcada diferencia.

Bajo la legislación vigente ocurren los siguientes casos respecto a este último aspecto, así:

1º.- Los hijos naturales no pueden representar a su padre para aceptación de herencias. Así, en el caso de que su padre hubo muerto antes del causante, el hijo natural queda desplazado de la herencia.

2º.- En el cuarto orden de sucesión, que es el de los hermanos, cuando el causante fué hijo legítimo en concurrencia con el cónyuge sobreviviente, los hijos naturales de uno de los hermanos legítimos que murió antes del causante, quedan también sin vocación hereditaria.

Hay una gran diferencia en el mismo orden de sucesión antes anotado, cuando el causante fué hijo legítimo de cuando el causante fué hijo natural. En el primer caso, sólo son llamados a heredar los hermanos legítimos; y en el segundo caso son llamados los hermanos legítimos y los hermanos naturales. Nos preguntamos si hay razón alguna para mantener diferencia tan notoria.

El profesor Dr. Hernando Carrisoza Pardo en su obra titulada "Las Sucesiones", pág. 188, anota lo siguiente al respecto: "también debe advertirse que los hermanos naturales no concurren con los hermanos legítimos en la sucesión

del hermano hijo legítimo.

Como se ve, esto constituye un error imputable a la nueva ley 45 de 1936 que debió haber llenado la omisión - indicada siempre anotada como error del código.

Los jueces de menores, quedarán incorporados en el nuevo estatuto; y la familia natural obtendrá un mejor -

REFORMAS EN PERSPECTIVA.-

Al estudio del Congreso, se encuentran tres proyectos de ley relacionados con la organización de la familia; el que crea la jurisdicción de la familia, el de divorcio y separación de cuerpos, cuyo estudio sufrió suspensión; y el de igualdad de derechos de mujeres y hombres.

El mundo moderno tiene características que exigen - ciertamente una revisión de todas esas disposiciones del libro primero del Código Civil, que proveen a la organización familiar, pero sin la unidad de reglamentación que se ría de desear y con desuetud de muchas de las normas, por los cambios que la sociedad ha obtenido en el siglo de existencia del Código.

Los proyectos antes mencionados proveen al mejoramiento y actualización del Código.

El nuevo estatuto de la familia, cubre las exigencias y fallas que se observan en nuestra legislación jurídica vigente.

Pero lo que atañe a esta tesis en materia de reformas en perspectiva y como parte de ese estatuto, es la jurisdic

ción especializada que se proyecta crear, o sea los jueces de familia, con sus salas respectivas en los tribunales superiores y en la Corte.

Los jueces de menores, quedarán incorporados en el nuevo estatuto; y la familia natural obtendrá un mejor puesto en la nueva organización legal.

La justicia especializada de la familia conocerá en los dos campos, civil y penal que abarca la nueva reglamentación.

En el ramo civil, quedará previsto todo lo relacionado con los derechos civiles, familiares, los patrimoniales, patria potestad en colaboración de ambos padres, guardas, domicilio, cogobierno de la familia con intervención del juez para dirimir discordias, provisión de alimentos a los hijos en casos de divorcio y separación y todos los mutuos deberes y derechos de las personas integrantes de la familia.

En todos estos aspectos civiles, mucho tienen que ver las nuevas normas en estudio con la filiación natural.

En el campo penal, ya la ley de Bienestar Familiar enfocó sanciones de este orden por situaciones ilícitas que afectan a la protección y estabilidad de la familia legítima y natural, algunas de ellas demasiado drásticas y que se prestan a interpretaciones injustas, determinadas -

por un exceso proteccionista.

El estudio detallado que el legislador ha abocado de todos esos proyectos, permite esperar que la nueva - legislación complemente y revalúe en forma satisfacto - ria la situación de la familia legítima y natural, como cuestión básica y fundamental del Bienestar Social.

F I N

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

B I B L I O G R A F I A

DERECHO COLOMBIANO. Ediciones de 1967 a 1974

JURISPRUDENCIAS DE
LA CORTE. 1969-1974

TRATADO DE DERECHO CIVIL. comentarios Ortega Torres.

DERECHO COLOMBIANO DE FAMILIA. Fernando Hinestroza.

DERECHO DE FAMILIA. Enrique López de la Pava.

DERECHO DE FAMILIA. Roberto Suárez Franco.

LA FAMILIA EN LA ESTRUCTURA

POLITICO-JURIDICA COLOMBIANA. Jorge Umaña Luna.

AN

T

19553

D346-2

L864

Ej.1. López Martínez, Josefina

Ej.1.

Comentarios a la legislación sobre filiación natural

NOMBRE Luis Bastidas P.

No. del Carnet 8451133

NOMBRE Joneth Borbano

No. del Carnet 108.

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

CENTRO DE BIBLIOTECAS

AN

T

D346.2

L864

Ej.1.

19553