

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA JURIDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
DIRECCION

DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

MIGUEL CELIN MARQUEZ

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1986

4034428

DZ=0886

794

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA JURIDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
DIRECCION

T
346.017
C.392

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA JURIDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDEZ
DIRECCION

DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

MIGUEL CELIN MARQUEZ

Trabajo de Grado presentado co
mo requisito parcial para optar
el título de Abogado.

Director : Dr. CARLOS IGUARAN S.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA , 1986

CUERPO DIRECTIVO

RECTOR : Dr. JOSE CONSUEGRA HIGGINS
DECANO : Dr. CARLOS DANIEL LLANOS S.
SECRETARIO GENERAL : Dr. RAFAEL BOLAÑO
SECRETARIO FACULTAD: Dra. BLANCA FRANCO DE CASTRO
DIRECTOR DE TESIS : Dr. CARLOS IGUARAN SALAS

Barranquilla, Junio de 1986

Señor
DECANO FACULTAD DE DERECHO
Corporación Mayor para el Desarrollo Simón Bolívar
Barranquilla

En cumplimiento de la designación hecha por esa decanatura como director de tesis del egresado Miguel Celín Márquez, me permito rendir el correspondiente concepto una vez leída la obra presentada por este señor.

Trata el señor el tema de los hijos extramatrimoniales haciendo un análisis inicial de los antecedentes históricos, desde la época romana hasta nuestros días y comprende las legislaciones colombiana y francesa.

En el Capítulo III estudió los medios probatorios de esta filiación y el reconocimiento con los efectos que conlleva respecto de quien reconoce y de quien es reconocido.

En los Capítulos V y VI el egresado indicó las personas que pueden reconocer y del reconocimiento de hijos natos y de hijos fallecidos.

Más adelante en capítulos separados se dedica a las diferentes formas de efectuar el reconocimiento por acta entre vivos, por documento público, por testamento y aún por escritura privada.

El tema desarrollado por el autor se presenta a continuación en forma metódica y ordenada, observándose en el desarrollo de el aspecto histórico, social y legal, hasta las consecuencias de una investigación de la paternidad señalando los titulares de la acción y funcionarios competentes de conformidad con la ley.

En los capítulos finales se hace un estudio de la ley 29/82 o de los derechos sucesorales de los hijos extramatrimoniales, conocido también como la ley de la igualdad sucesoral. En lo tocante a estos puntos se observó el desarrollo de los aspectos jurídicos, económicos y sociales respecto de las relaciones fa

miliares y respecto de las obligaciones reconocidas entre el hombre y la mujer. Remata el autor con un estudio acerca de las ordenes sucesorales en la ley antes mencionada y de como en algunos aspectos la situación varía notablemente de acuerdo con la anterior legislación favoreciendo esta nueva ley a los hijos nacidos fuera de la institución del matrimonio civil.

La bibliografía utilizada es idónea y suficiente. El autor en su introducción y conclusión, deja ver su propio criterio frente al tema investigado.

En virtud de lo anteriormente expuesto, mi concepto es favorable para que una vez reunidos los demás requisitos exigidos por la ley, se le conceda al egresado Miguel Celín Márquez, el título de abogado.

Sin otro particular le reitero mi amistad.



Dr. CARLOS IGUARAN SALAS

Nota de Aceptación

.....

.....

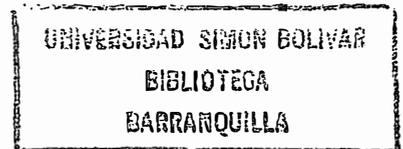
.....

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Junio 30/86



AGRADECIMIENTOS

Son tantas las personas a quienes debería dedicar esta obra, que no dispongo de espacio suficiente para dar las gracias a todas ellas.

La ayuda del doctor Carlos Iguaran Salas, quien me asesoró en la elaboración de ésta tesis.

A mis profesores que influyeron en mi preparación.

A mis padres, quienes en todo momento querían ver en mi a un ejemplar de la familia.

A mi esposa, quien siempre se preocupó para que lograra los éxitos que tanto anhelaba; ser abogado.

A mis hijos.

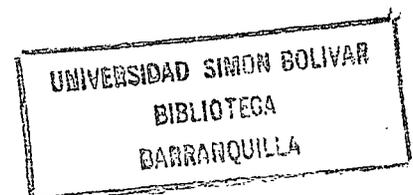
A todos ellos, gracias.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	4
1.1 CLASES DE FILIACIONES	5
2 BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS	8
2.1 ROMA	8
2.2 EL FEUDALISMO	9
2.3 COLOMBIA	10
2.4 FRANCIA	11
3 CARACTERES DE RECONOCIMIENTO CONSIDERADOS COMO MEDIO DE PRUEBA	14
3.1 NATURALEZA MIXTA DEL RECONOCIMIENTO	14
3.2 CARACTERES QUE DERIVAN DEL RECONOCIMIENTO COMO MEDIO DE PRUEBA	15
3.3 RECONOCIMIENTO COMO ACTO DECLARATIVO	16
3.4 RECONOCIMIENTO COMO ACTO IRREVOCABLE	17
4 CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO CONSIDERADO COMO MEDIO DE CREACION DE LA FILIACION	20

4.1	RECONOCIMIENTO COMO ACTO VOLUNTARIO DISCRECIONAL	20
4.2	RECONOCIMIENTO COMO ACTO UNILATERAL	21
4.3	RECONOCIMIENTO CREA EFECTOS "ERGA OMNES"	21
4.4	RECONOCIMIENTO COMO ACTO ANULABLE	22
5	PERSONAS QUE PUEDEN EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO	23
5.1	RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR "INTERDICTO"	25
5.2	RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR UN MENOR DE EDAD	26
5.3	RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MANDATARIO	28
5.4	RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MUJER CASADA	30
6	DE LOS HIJOS QUE PUEDEN SER RECONOCIDOS COMO EXTRAMATRIMONIALES	31
6.1	RECONOCIMIENTO DEL HIJO QUE AUN NO HA NACIDO	34
6.2	RECONOCIMIENTO DEL HIJO FALLECIDO	36
7	FORMAS DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO	41
7.1	RECONOCIMIENTO POR ACTO ENTRE VIVOS	43
7.2	RECONOCIMIENTO EFECTUADO EN EL ACTA DE NACIMIENTO	43
7.3	RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR ESCRITURA PUBLICA	44

7.4	RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MANIFESTACION HECHA ANTE UN JUEZ	45
7.5	RECONOCIMIENTO EFECTUADO EN ACTO TESTAMENTARIO	47
7.6	IMPOSIBILIDAD DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO PRIVADO (ESCRITURA PRIVADA)	50
8	EFFECTOS DEL RECONOCIMIENTO	51
8.1	PRUEBA DEL VINCULO DE FILIACION	51
8.2	OBLIGACION ALIMENTARIA	52
8.3	EXTENSION DEL DEBER ALIMENTARIO	53
8.4	SANCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA	54
8.5	EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	56
8.6	SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD	58
9	IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO	61
9.1	CASOS EN QUE ES POSIBLE LA IMPUGNACION	61
9.2	PROCEDIMIENTOS DE PRUEBA ADMISIBLE PARA IMPUGNAR UN RECONOCIMIENTO	63
9.3	LA ACCION DE IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO	64
9.4	QUIENES PUEDEN EJERCITAR LA ACCION DE IMPUGNACION	65
9.5	DIFERENCIA ENTRE LA ACCION DE IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO Y LA ACCION DE NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO	66



10	LA FUNCION DEL ACTA DE NACIMIENTO Y DE LA POSESION DE ESTADO EN LA PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	69
10.1	EL RECHAZO DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO Y DE LA POSESION DE ESTADO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	69
10.2	LA FUNCION DEL ACTA DE NACIMIENTO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	70
10.3	LA POSESION DE ESTADO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	71
11	INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD	72
11.1	COMPETENCIA	72
11.2	EFFECTOS DE LA SENTENCIA DECRETADA EN PROCESO DE INVESTIGACION DE PATERNIDAD NATURAL	73
11.3	ACCION Y PROCEDIMIENTO	74
12	PRESUNCIONES DE PATERNIDAD	77
13	DERECHOS SUCESORALES DE LOS HILOS EXTRAMATRIMONIALES	83
13.1	SISTEMA ANTERIOR	83
14	AMBITO DE LA LEY 29 DE 1982	85
14.1	FINES	85
14.1.1	Jurídico	85
14.1.2	Económico, social	86

14.2	NATURALEZA JURIDICA DE LA IGUALDAD	86
14.3	RELACIONES FAMILIARES	86
14.4	RELACIONES SUCESORALES	89
15	ALCANCE DE LA IGUALDAD SUCESORAL	91
15.1	EXCEPCIONES A LA IGUALDAD SUCESORAL	92
16	SISTEMA ACTUAL (ORDENES HEREDITARIOS)	95
17	PRIMER ORDEN HEREDITARIO	102
17.1	HEREDEROS ABINTESTATO : LOS HIJOS	102
17.2	CLASES DE HIJOS	103
17.3	TODOS LOS HIJOS SON HEREDEROS EXCLUYENTES DE LOS DEMAS	105
17.4	EXCLUSION DE LOS HEREDEROS Y DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE	109
17.5	DISTRIBUCION	110
17.5.1	Igualdad de cuotas	110
17.6	REDUCCION DE LAS CUOTAS DE LOS HIJOS LEGITIMOS Y ADOPTIVOS PLENOS CUANDO HEREDAN LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES Y ADOPTIVOS SIMPLES	113
	CONCLUSIONES	114
	BIBLIOGRAFIA	117

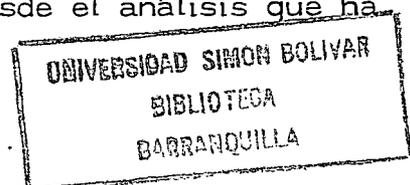
INTRODUCCION

El tema que a continuación estudiaré se basará más que todo en la investigación que realizaron eminentes tratadistas del derecho en la que llevaron a cabo la investigación acerca del estudio de los hijos que eran nacidos fuera del matrimonio o de uniones libres, hoy día se le denomina "Hijos Extramatrimoniales".

Tema éste que escogí para hacer una investigación mas concisa y profunda, recopilando los diferentes pensamientos en que se basaron los tratadistas del derecho.

Por lo tanto al iniciar la investigación de dicho tema, observo que cabe destacar las diversas situaciones o reformas por la cual hubo que atravesar para poder lograr una mejor interpretación a tan discutido tema que conlleva así a un cambio total en la actualidad.

En cuanto al estudio referente a los hijos extramatrimoniales, trataremos en sí, iniciando este tema desde el análisis que ha



ce referencia a la familia y sus diversas denominaciones que reciben en las clases de filiaciones, partiendo desde un punto analítico e histórico y haciendo énfasis sobre las discriminaciones que la ley le da a éstas y derecho que debían tener.

Con respecto a los derechos sucesorales que deben otorgarse a los hijos extramatrimoniales en relación con sus padres, en nuestro país se ha dado un análisis a través de las distintas etapas que se dieron como son :

1. Los del código y leyes de 1887, en donde se reflejan las mayores desigualdades que se caracterizaban en nuestro derecho y las discriminaciones que existían entre los hijos naturales y los hijos legítimos hasta 1936 cuando hizo su aparición la ley 45 del mismo año.
2. Con la promulgación de la ley 45 de 1936, se fueron excluyendo ciertas preferencias que existían en ese entonces, para así dar paso a la concurrencia hereditaria que se daba entre los hijos naturales y los hijos legítimos, en la mitad de la cuota hereditaria de estos, también se observa otra característica en la cual bastaba que los padres no estuvieran casados entre sí al momento de la concepción, sino que fueran reconocidos por el padre o la madre o declararlo judicialmente como tal.
3. Finalmente se promulga una nueva ley que en la actuali

dad se encuentra vigente y es la ley 29 de 1982, donde podremos analizar las reformas que se llevaron a cabo junto con las disminuciones de discriminaciones dadas anteriormente, estableciendo así la consagración de igualdad sucesoral de los hijos extramatrimoniales con los hijos legítimos.

Otro de los temas que también podremos apreciar en esta investigación es el reconocimiento al desempeñar un papel importante al constituirse como un medio de prueba del vínculo de filiación extramatrimonial y la manera en que debe realizarse en cada uno de los caracteres establecidos para así darle una mejor interpretación a los diferentes efectos y modalidades que de ellos se derivan. De igual manera se analiza lo referente a las actas de nacimiento que como tal contienen un reconocimiento, y dicho reconocimiento es el que hace prueba y no el acta de nacimiento, ya que por sí sola no constituye una prueba extrajudicial a favor del hijo.

1 LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

La filiación extramatrimonial es el vínculo que une al hijo que no ha nacido de relaciones de personas unidas por el matrimonio; vínculo que puede ser con su madre y es la filiación extramatrimonial, o con su padre y es la filiación paterna extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial sólo existe por lo tanto, entre el padre o madre que reconoce y el hijo reconocido : su base es exclusivamente legal, el reconocimiento.

Para conferir al hijo la calidad de extramatrimonial se requiere :

1. Que el padre o madre reconozca expresamente al hijo.
2. Que el reconocimiento se haga por instrumento público o por acto testamentario.

La filiación puede ser hecha conjuntamente por ambos padres o por uno de ellos, separadamente.

Nos hemos referido con especialidad a la filiación extramatrimo

nial por ser la que nos interesa específicamente en este estudio, más a continuación voy a hacer un rápido recorrido por los distintos tipos de filiaciones.

1.1 CLASES DE FILIACIONES

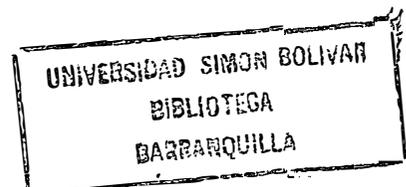
Legítima, extramatrimonial y adoptiva.

Estos son los tres tipos reglamentados exclusivamente por la ley (artículo 1o. de la ley 29 de 1982). Según el artículo 246 del Código Civil, se entenderá como hijos legítimos tanto los nacidos de legítimo matrimonio, como a los legítimados por las leyes, decretos, actos testamentarios y contratos.

Los hijos extramatrimoniales son los denominados por el Código Civil como naturales (artículo 1o. de la Ley 45 de 1936).

Anteriormente existían las llamadas filiaciones irreglamentarias, y estas tuvieron diversas denominaciones a través de las distintas épocas.

En el derecho romano tomaban el nombre de filiaciones naturales, porque estaban reguladas por el derecho natural; las reguladas por el derecho civil, se denominaban legítimas; ya que en el derecho feudal y clásico, ésta filiación natural fue reglamentada o regulada por la ley, pero se prohibieron ciertas filia



ciones, como las de los hijos de adulterios o los nacidos de incesto, etc. Que tomaron el nombre de filiaciones ilegítimas por ser contrarias a la ley; nuestro Código Civil se refiere en su artículo 39 a la consanguinidad ilegítima, refiriéndose a "aquella en que una o más de las generaciones de que resulta, no han sido autorizadas por la ley"; la ley 45 de 1936 nos suprimió la categoría de hijos ilegítimos, pero el artículo 1o. de la ley 29 de 1982 por su carácter excluyente, nos hace pensar que sólo existen tres calificativo de filiaciones legítimas extramatrimonial y adoptiva, por lo tanto ninguna filiación resultaría ilegítima o irreglamentaria.

En lo que se refiere a la situación y calificación de los hijos de padres desconocidos, es decir los abandonados y expósitos, que anteriormente se denominaban hijos ilegítimos, nosotros nos acogemos al parecer de muchos autores, en que estos se deben denominar, hijos simples biológicamente; son hijos, porque pertenecen a la naturaleza humana y es lógico que son hijos de alguien, más como la filiación supone la certeza jurídica de la maternidad o paternidad.

Para terminar, quiero referirme al empleo del calificativo extramatrimonial. De la incorporación del calificativo de hijos extramatrimoniales a nuestra legislación se sustraen dos importantes consecuencias. Se puede advertir de un lado, el uso

extremo e indiscriminado que se puede hacer de las expresiones hijos extramatrimoniales e hijos naturales; sin que ello pueda incidir en los negocios jurídicos pertinentes; por otro lado el empleo tácito e inequívoco de ambas expresiones, como cuando el testador manifiesta solamente que reconoce como hijo suyo a determinada persona, entonces, le corresponde a la ley determinar la clase de estado civil en que el reconocido queda involucrado. La utilización de ambas calificaciones no es cuestión importante para que los derechos de estos hijos, ya sean denominados naturales o extramatrimoniales, se encuentren equiparados a los de los hijos legítimos, que la igualdad sucesoral fue concedida a los hijos extramatrimoniales con la ley 29 de 1982.

2 BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

2.1 ROMA

Aquí solo podían ser reconocidos los "Liberis naturalis" o "Liberi non justis", pero desde el tiempo de Oonstantino, se designaban de esta manera a los hijos nacidos del concubinato y como habíamos dicho anteriormente estos eran los únicos que podían ser Legitimados.

Las leyes de partidas adoptaron esta nueva designación : "Naturales o no legítimos llamaron los sabios antiguos a los hijos que no nacen de casamiento según ley; así como los que nacen en las barraganas". Esto lo decía la ley 1a. Tit. 15 de las partidas 4a., es decir, eran naturales y no legítimos los hijos nacidos de uniones sin matrimonio y los hijos de las barraganas. Pero bajo la influencia del Derecho Canónico más favorables a los hijos, llegó a aplicarse la denominación de naturales a los hijos de personas, hombre y mujer, que podían contraer matrimonio, "exsoluto et soluta". Y la ley 11 de Toro que es la 1a. del Tit. 15, libro 10 de la novísima recopilación, llamó naturales a los

hijos de personas que al tiempo de la concepción o del nacimiento podían contraer matrimonio entre ellas justamente, sin dispensación, con tanto que el padre lo reconociera como su hijo.

De este modo los hijos ilegítimos quedaban separados en dos categorías : Los naturales o los hijos de personas que no estaban casados, pero que podían contraer matrimonio sin dispensas, reconocidos por sus padres o cuya filiación se probaba; y los de dañado ayuntamiento, es decir los adulterios, incestuosos y sacrílegos.

Los hijos naturales o "liberis naturalis" no podían suceder hereditariamente cuando el causante dejaba descendiente legítimos o conyuge "superstite", pero podían sucederlo en una cuota alimentaria; más a falta de los herederos legítimos, es decir estos eran excluidos por los descendientes legítimos y el conyuge; y la filiación natural se limitaba en materia sucesoral a padre e hijo, estos podían recibir su cuota personalmente, pero no podían representar ni ser representados.

2.2 EL FEUDALISMO

Continuó las distinciones gestadas en el derecho romano, aún con el cambio de la esclavitud por la servidumbre, estas distincuciones eran relativas a la nacionalidad, la edad y el sexo. En ésta época feudal sólo se consideraban como única y verdadera

ra familia a la legítima, los naturales no eran considerados como familia, éstos eran reconocidos, pero sus derechos frente a los legítimos se encontraban en completa desventaja, puesto que ellos regulaban únicamente a la familia legítima.

2.3 Colombia.

Anteriormente en nuestro país los hijos nacidos de uniones sin vínculo matrimonial, podían ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos; éstos tenían la calidad de hijos naturales, más no se consideraban como hijos naturales a los llamados hijos espúreos o los hijos adulterinos o de dañado ayuntamiento, los bastardos, los nefarios, los incestuosos, los sacrílegos y los manceres o hijos de prostitutas. Estos hijos sólo podían suceder a su madre con excepción del dañado y punible ayuntamiento.

Con la ley 45 de 1936, todas estas calidades de hijo fueron consideradas como naturales, por lo tanto podían ser reconocidas como tales.

En lo referente a los derechos sucesorales; una de las mayores desigualdades que habían caracterizado a nuestro derecho fue la discriminación que existía entre los hijos naturales y los hijos legítimos desde 1887 hasta 1936. El artículo 86 de la ley 153 de 1887 rechazó la concurrencia de los hijos naturales, con los hijos legítimos; lo que perduró hasta 1936, cuando el artículo 18

de la ley 45 extinguió esta preferencia y concedió la concurrencia hereditaria entre los hijos naturales y legítimos en la mitad de la cuota hereditaria de éstos.

Con la ley 45 de 1936 para la calidad de hijo natural bastaba que los padres no estuvieran casados entre sí al momento de la concepción, y que fuera reconocido por el padre o la madre o declarado judicialmente como tal. Quedaron excluidas o suprimidas las clases de hijos espureos, y se abrió la posibilidad de que ellos pudieran establecer su paternidad por reconocimiento o declaración judicial.

Actualmente ésta discriminación fue eliminada por la ley 29 de 1982, al consagrar la igualdad sucesoral de los hijos "extramaritales" con los hijos legítimos.

2.4 FRANCIA

En el derecho antiguo francés, "los bastardos", expresión que comprendía a todos los hijos nacidos fuera del matrimonio legítimo, eran considerados como no pertenecientes a familia alguna, de donde se extraía que no podían suceder a nadie, fuera de sus propios hijos legítimos. La máxima " Los bastardos no heredan" era constante, tanto en las regiones de derecho escrito, como en regiones de derecho consuetudinario.

Se consideraban hijos naturales a aquellos nacidos de personas que no estaban unidas por el vinculo del matrimonio, pero que podían contraer matrimonio, y que estaban reconocidos por sus padres o por uno de ellos. No entraban dentro de esta denominación, los hijos nacidos de adulterio, de incesto y los hijos sacrilegos y los hijos de prostitutas.

El consejo de estado adoptó un partido : No se privó a los hijos naturales de todo derecho a la sucesión, sólomente se redujo su parte, a manera de efectuar una diferencia marcada entre los hijos naturales y los hijos legítimos, y entonces se acordó un tercio de la parte de un hijo legítimo. Y no se acordó ningún derecho de sucesion para los hijos adulterinos e incestuosos.

Con la reforma de 1896 se concedieron más derecho a los hijos naturales se hizo de él un heredero legítimo le dió la SAISINE, esto es una Institucion del derecho hereditario francés, en virtud de la cual el heredero por el sólo hecho de la muerte del causante, tiene la posesion de los bienes hereditarios. Como un heredero la tiene y otros no, se les llama respectivamente, heredero con SAISINE o sin ella.

El artículo 337 del código francés, se creó para proteger a la familia legítima, concedió el poder de ser reconocidos por uno de sus padres durante el matrimonio de ellos con otra persona,

y limitó los efectos de la filiación natural.

También se tuvo en cuenta, que ellos no concedieron derechos hereditarios a los hijos naturales, más que a condición de que fueran reconocidos legalmente, lo que significa que para ello la filiación no sólo debe ser cierta de hecho, sino también comprobada mediante reconocimiento o sentencia.

3 CARACTERES DE RECONOCIMIENTO CONSIDERADOS COMO MEDIO DE PRUEBA

3.1 NATURALEZA MIXTA DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento constituye una prueba extrajudicial y la única prueba extrajudicial de la filiación, esa confesión hace prueba.

Pero cabe ver en el reconocimiento de hijo natural algo más que una prueba del vínculo de filiación. Puede hacerse de ello el medio de prueba del vínculo de filiación extramatrimonial, la condición necesaria para la existencia de ese nexo entregado así a la disposición de los padres. Habiendo admitido el legislador a la vez, que la filiación está dejada y que no esta dejada a disposición de los padres resulta de ahí que el reconocimiento presenta un carácter mixto; por algunas de las reglas que lo rigen, aparece como un simple medio de prueba de la filiación extramatrimonial; por otras como un medio de creación de esa filiación.

3.2 CARACTERES QUE DERIVAN DEL RECONOCIMIENTO COMO MEDIO DE PRUEBA

En la concepción que hace del reconocimiento un simple medio de prueba, la filiación resulta del vínculo de la sangre, y el reconocimiento tiene tan sólo por efecto acreditarla, no crearla; no es sino una confesión hecha por el padre que reconoce a su hijo.

De esa concepción del reconocimiento-confesión, derivan los caracteres siguientes :

El reconocimiento como acto individual.

La confesión no comprende sino a su autor; no se confiesa por otro. El reconocimiento, porque es una confesión, es individual.

La indicación del hombre del otro progenitor en el reconocimiento no produce en principio ningún efecto jurídico.

Sin embargo existe una atenuación en la individualidad del reconocimiento; cuando este precede del padre, la indicación del nombre de la madre tendrá en el documento efecto con respecto a la madre; atenuación mas bien que excepción, porque semejante reconocimiento no tendrá efecto con relación a la madre más que si ella misma ha confesado su maternidad. Así el único efecto que produce sobre la prueba de la maternidad, el reconocimiento

hecho por el padre, es el de otorgar a una confesión de la madre, desprovista de toda forma, el valor de un reconocimiento efectuado en la forma regular, de autenticar toda confesión de la madre.

3.3 RECONOCIMIENTO COMO ACTO DECLARATIVO

El acto jurídico crea una situación nueva, es constitutivo de derecho. Por el contrario, la confesión acredita una situación preexistente; es declarativa. El reconocimiento, porque es una confesión, un medio de prueba, acredita un vínculo de filiación existente desde el día de la concepción.

De ello resultan dos consecuencias :

1. El reconocimiento se retrotrae; la filiación del hijo se establece retroactivamente desde su concepción. Si se aplicara estrictamente este principio, se anularían retroactivamente los actos realizados por el representante del hijo menor de edad antes de su reconocimiento; puesto que por efecto de la retroactividad, el autor de reconocimiento ha quedado investido de la patria potestad desde el día del nacimiento de tal suerte que el anterior representante del menor se encuentra sin cualidad. Pero resultaría de ahí graves inconvenientes. Por ellos se decide que estos actos conservan su validez pese al reconocimiento;

hay que ver en ello una aplicación de la teoría de la apariencia. El primer representante aparecería ante todas las personas que habían tratado con él como si fuera el verdadero representante del hijo.

2. La capacidad exigida para cumplir ciertos actos jurídicos no es necesaria para reconocer válidamente a un hijo, y es que cada cual es capaz de hacer válidamente una confesión, basta con que comprenda una trascendencia.

3.4. RECONOCIMIENTO COMO ACTO IRREVOCABLE

La confesión es irrevocable; tras haberse confesado, no cabe retractarse de su confesión, sucede así con el reconocimiento porque es una confesión.

Aunque la gran mayoría de las legislaciones en todo el mundo han investigado al reconocimiento del carácter de irrevocabilidad, muchos son los tratadistas que han atacado esa característica del reconocimiento cuando este se ha hecho en cláusula testamentaria.

La irrevocabilidad del reconocimiento se mantiene, aunque el acto entre vivo en que se hace sea susceptible de revocación, o no llegue a producir sus efectos.

Así el contrato de capitulaciones matrimoniales que se celebra

bajo la condición de efectuarse el matrimonio, no se entiende irrevocablemente otorgado, sino desde el día de la celebración del matrimonio y caduca si el matrimonio no se celebra. Más esta caducidad sólo puede hacer desaparecer las capitulaciones de los esposos relativas a los bienes y en nada puede afectar el reconocimiento de hijo natural contenido en el contenido en el contrato que se ha hecho formalmente con la intención de conferir al hijo la calidad de natural. Tal reconocimiento constituye una cláusula totalmente diferente de las que tienen por objeto reglamentar la administración de los bienes; no es necesaria ni esta condicionada a la modalidad de que esas estipulaciones dependan. Si las condiciones matrimoniales caen, ello ocurre porque son eminentemente condicionales; no puede haber capitulaciones matrimoniales sin matrimonio.

Pero el reconocimiento es independiente del matrimonio, no es condicional y no se concibe, siquiera que se haga bajo condición, es pues la confesión pura y simple de un hecho, y esta confesión una vez efectuada, no puede ser retractada.

El testamento, dicen algunos tratadistas, entre ellos Lauren y Demolombe, es revocable en su esencia; lo que quiere decir, que todas las declaraciones, todas las disposiciones del testador no son todavía más que un proyecto en el momento del otorgamiento del acto; ellas no vienen a existir sino a su muerte.

En vano se dice que es preciso hacer para el testador una distinción análoga a la que hemos hecho para las capitulaciones matrimoniales; es decir, que es preciso distinguir las cláusulas que conciernen a los bienes de las que contienen una confesión, ya que hay una diferencia esencial entre estos dos actos.

En las capitulaciones matrimoniales, las partes contratantes confiesan su voluntad de una manera definitiva, pero bajo condición; si el reconocimiento estuviera bajo condición caducaría como todos las cláusulas del contrato, en caso de que el matrimonio no se celebra; si pues, el reconocimiento se mantiene, se debe a que no puede ser hecho bajo condición; es puro y simple y en este sentido es irrevocable. Por lo que hace al testamento, es revocable porque las disposiciones que están haciendo, se encuentran aún en el estado del proyecto; si el testador puede tener hoy la voluntad de reconocer a su hijo, podría no tener la intención mañana o pudiere ocurrir, que el testador, basándose en supuestos mendaces, cree suyo un hijo que en realidad no lo es, y lo reconoce en su testamento. Puede en este caso la ley negar o corregir el error en que incurrió?

Pensamos en que la revocación del testamento, prueba que el proyecto no ha llegado a ser la manifestación de una voluntad definitiva.

4 CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO CONSIDERADO COMO MEDIO DE CREACION DE LA FILIACION

Estos caracteres derivan de la concepción que considera el reconocimiento como un acto de voluntad creador de la filiación y a falta del cual no existe ese vínculo.

4.1 RECONOCIMIENTO COMO ACTO VOLUNTARIO DISCRECIONAL

Se dice que el reconocimiento tomándolo en el sentido de que el padre que no reconoce a su hijo extramatrimonial no incurre en ninguna culpa. Pero no cabe ver ya en el reconocimiento un acto voluntario en el sentido de que el vínculo de filiación no podría ser impuesto a los padres; el hijo tiene una posibilidad de intentar una acción de investigación de paternidad o de maternidad natural. Desde luego existen situaciones en que está prohibida la investigación de la paternidad; entonces la filiación depende de la exclusiva voluntad del padre, que nada puede constreñir.

4.2 RECONOCIMIENTO COMO ACTO UNILATERAL

Existen actos jurídicos que resultan de la sola voluntad de una persona por ejemplo, el testamento. El reconocimiento crea la filiación o la exclusiva voluntad de su autor; no es, a diferencia de la adopción, un acto voluntario, que aunque también crea filiación, puesto que esta debe ser decretada por un juez.

De aquí resulta que es válido el reconocimiento de un hijo concebido. Esa consecuencia que ha sido discutida, presenta un interés práctico considerable. El padre puede morir durante el embarazo de su amante, la madre puede morir a consecuencia del parto; el reconocimiento del hijo concebido es una garantía contra tales riesgos.

4.3 RECONOCIMIENTO CREA EFECTOS "ERGA OMNES"

Se ha precisado que el reconocimiento es, en ciertos aspectos un acto declarativo. Debería resultar de ello que no es oponible más que a su autor y a sus herederos. Pero, el legislador trata el reconocimiento como un acto constitutivo: Hace de él un medio de prueba de la filiación porque lo declara oponible a todos. De esta manera el reconocimiento se impone a todos; nadie puede pretender desconocerlo, para contradecirlo, cada cual debe demostrar, como el mismo autor, la inexactitud de este. Porque existe una regla que dice que cuando la filia

ción esté establecida por un documento o por una sentencia, no podrá ser reconocida con posterioridad, ninguna filiación sin que una sentencia establezca previamente la inexactitud de la primera.

Es necesaria la aplicación de esta premisa, que ha sido consagrada por casi todas las legislaciones modernas, ya que sería el medio expedito para evitar los conflictos de paternidad nacidos de reconocimiento sucesivos hechos sobre el mismo hijo por varios supuestos padres.

4.4 RECONOCIMIENTO COMO ACTO ANULABLE

El reconocimiento es acto solemne, el legislador exige ciertas formas so pena de nulidad; éste debe ser hecho por instrumento auténtico.

Semejante exigencia que se encuentra a propósito de actos jurídicos muy importante (matrimonio, capitulaciones matrimoniales, donaciones) tiene por finalidad el control de la voluntad.

No se concebiría si el reconocimiento no fuera un acto de voluntad creador de derecho.

5 PERSONAS QUE PUEDEN EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO

Hemos explicado que el reconocimiento es esencialmente personal y que solo puede efectuar el padre o la madre que reconoce.

Pasaremos a exponer entonces sobre la capacidad requerida para reconocer a un hijo extramatrimonial. Podrá reconocerlo una persona incapaz ?

Se ha sostenido que el hijo menor, un hijo de familia, u otro incapaz así como la mujer casada, pueden reconocerlo por sí solo. Esto es ejecutar válidamente el acto de reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, porque tal acto es respecto del padre como de la madre, un acto de declaración de voluntad y actos de esta naturaleza no pueden ser ejecutados por un incapaz. Esta opinión no nos parece fundada, pues debe tenerse en cuenta que la obligación que una persona contrae con otra o puede contraer por medio de un acto de declaración de voluntad se limita para los incapaces en la medida en que pueda o no afectar su patrimonio, y en el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, sino de una declaración o confesión de un hecho moral y del cumplimiento de un deber moral que

es por su naturaleza un acto esencialment personal.

Es evidente que para ser admitido a reconocer a un hijo como extramatrimonial, es necesario ser capaz de expresar la voluntad legalmente. Un individuo demente o en estado de ebriedad no podría ser tal reconocimiento, porque el reconocimiento debe ser un acto libre y voluntario del padre y madre que reconoce y no puede decirse que goza de libertad, la persona que se halla privada de la razón. Pero las personas relativamente incapaces no se encuentran en el mismo caso; ellas pueden tener libertad y voluntad de reconocer como extramatrimonial a un hijo. ¿Lo podría hacer válidamente?

La cuestión ha sido vivamente controvertida entre los tratadistas, pero se admite generalmente, que no es necesario tener la capacidad de obligarse para reconocer a un hijo como extramatrimonial, y que toda persona que era capaz de procrear en la época a que se refiere la concepción del hijo que desea reconocer y que puede expresar su voluntad libremente en el momento del reconocimiento con discernimiento, puede efectuar ese reconocimiento. Concluimos aquí que basta ser capaz de hacer una declaración digna de fe. No se puede pensar en aplicar aquí las reglas relativas a la capacidad para contratar; pues el reconocimiento del hijo extramatrimonial, no es un contrato es una declaración de voluntad. Algunos autores franceses han sosteni

do, que reconocer al hijo a quien se le ha dado vida, es seguir el primer impulso, es llenar el primer deber de la naturaleza, pues bien todo individuo que está en estado de ser padre, está pues por este solo hecho, en estado de seguir este primer movimiento, de llenar este primer deber.

Esta disposición no se aplica evidentemente, más que a las obligaciones convencionales y sería forzar su sentido querer extenderla a las obligaciones que por naturaleza de las cosas y de la ley resultan de hechos a los cuales es absolutamente extraña la voluntad de aquellos en favor de los cuales son creados.

5.1 RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR "INTERDICTO"

Haciendo la aplicación de este principio a las diversas categorías de incapaces, no puede haber duda desde luego de la capacidad del interdicto por disipación para reconocer a un hijo extramatrimonial.

El disipador es puesto en entredicho de administrar sus bienes y se le nombra con este objeto procurador; pero esa interdicción no puede colocarlo en la imposibilidad de llenar el deber moral de reconocer a su hijo y legitimarlo por su matrimonio posterior a la interdicción.

El interdicto por demencia se encuentra en una situación análoga

pero sera necesario que el reconocimiento se efectúe en un intervalo lúcido.

5.2 RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR UN MENOR DE EDAD

La cuestión ha sido más discutida respecto del menor. El reconocimiento supone una manifestación exclusivamente personal de voluntad, no puede entrar entre los actos de gestión que corresponden al curador reconocer a un hijo extramatrimonial. El reconocimiento sería imposible hasta la mayoría de edad, ya que el curador no puede efectuar actos semejantes.

Las consecuencias de esa distinción, sería sumamente sensible. Por una parte el menor se encontraría en la imposibilidad de legitimar a su hijos por matrimonio celebrado en su menoría de edad, y por otra parte el hijo quedaría privado de su estado a causa de la suerte de sus padres antes de que éstos llegaren a la mayoría de edad.

Según algunos autores, si se tiene en cuenta que el menor es generalmente incapaz, todos los actos jurídicos que interesen al menor deben ser ejecutados por su curador. Es cierto que el reconocimiento de hijo es un hecho personal, que no puede emanar sino del padre o la madre que reconocen y que por lo mismo, no podría hacer el reconocimiento el curador del menor dentro de sus facultades legales. De modo, que habrá de lle

garse a la conclusión de que el reconocimiento no podría hacerse mientras dura la minoría de edad; pero este sería un inconveniente de la ley y los absurdos que de ella puedan emanar son imputables al legislador.

La incapacidad del menor, tendría así como inevitable consecuencias la pérdida del goce de sus derechos en lo que concierne a los actos que no pueden ser desempeñados por ministerio de su representante legal.

Este principio tiene no obstante algunas excepciones. La ley permite al menor ejecutar ciertos actos que son tan solo personales, que él debe hacerlo por si mismo; tales son : El matrimonio, las capitulaciones personales, el testamento. Entonces la misma ley toma garantía y adopta presunciones especiales para proteger al menor. La ley no ha derogado el principio de la incapacidad del menor relativamente al reconocimiento de un hijo extramatrimonial; la regla general conserva todo su imperio y el interprete en el silencio de los textos, no puede hacerlos a un lado y crear una excepción.

Esta explicación que encabeza el tratadista francés Laurent, ha quedado casi sola. El alcance que él da a la incapacidad del menor no es exacto. Es cierto que el menor es en general incapaz para todos los actos que puedan ser hechos por su repre

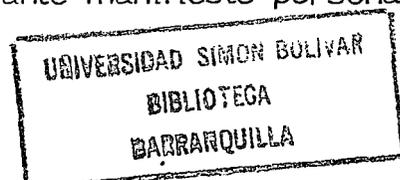
sentante legal, padre de familia o tutor, pero su incapacidad no puede por lo mismo extenderse a los actos que suponen una manifestacion personal de voluntad. Tales son permitidos al menor, porque la ley no ha querido quitarle el ejercicio y el goce de sus derechos. Se teme que el menor puede ser victima de su inexperiencia y ceda a los impulsos de su pasión; pero los jueces podrán anular su reconocimiento, como contrario a la verdad, a petición del menor que probará haber sido victima de un engaño.

Se ha sostenido que debía hacerse una distinción entre la madre menor y el padre menor; aquella podría reconocer a su hijo porque es para ella la reparación de una falta y porque la certidumbre de la maternidad quita el reconocimiento todo peligro; mientras tanto un menor no puede hacerlo porque siendo incierta la paternidad, no tiene ésta otra base que el reconocimiento. Esta doctrina no ha tenido sin embargo eco alguno entre los autores y las jurisprudencia.

5.3 RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MANDATARIO

El reconocimiento puede ser efectuado por mandatario, eso si que el mandatario debe ser especial y debe ser autorizado por instrumento público.

La especialidad consiste en que el mandante manifieste personal



mente su voluntad de reconocer al hijo y de poder para reconocer a tal hijo. Un mandato general, aún con la más amplia facultad no bastaría, pues el reconocimiento de un hijo natural no es acto de gestión del patrimonio del mandante, sino que tiene por objeto el reconocimiento de un hecho personal.

Del mismo modo, es necesario que el hijo cuya filiación se trata de establecer sea designado con toda claridad en el poder dado al mandatario.

El poder debe ser dado por instrumento público, es decir por escritura pública, porque la ley no admite el reconocimiento del padre o madre en otra forma para conferir al hijo los derechos de hijo los derechos de hijo extramatrimonial; y si se acepta un poder por instrumento privado se faltaría a esta solemnidad y desaparecería al mismo tiempo la garantía que la ley ha querido tomar para asegurarse de que el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce.

Queda por esto excluída la idea de que el reconocimiento pudiera ser hecho por un representante legal; marido, padre de familia o curador, tal representación está establecida por la ley para todos los actos patrimoniales, pero no comprende los que importan declaraciones exclusivamente personales y morales.

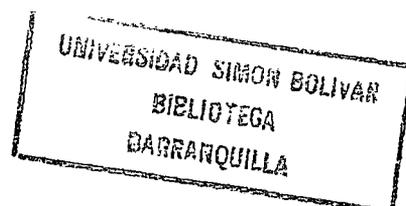
5.4 RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MUJER CASADA

Por regla general el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como hijo extramatrimonial, pero el artículo 3o. de la ley 75 de 1968, consagra tres excepciones :

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

2. Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el título décimo del libro primero del Código Civil, la mujer acepta el desconocimiento y el juez lo aprueba con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz o de su representante legal o en caso de incapacidad, y además del defensor de menores si fuere menor.

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



6 DE LOS HIJOS QUE PUEDEN SER RECONOCIDOS COMO EXTRAMATRIMONIALES

Nuestra legislación anterior, establecía que podían ser reconocidos como naturales, los hijos nacidos fuera del matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento. Con la expresión "nacidos fuera del matrimonio", designaba la ley a los concebidos y nacidos fuera del matrimonio, pues los concebidos por fuera del matrimonio pueden nacer en él y serían legitimados IPSO JURE, o nacer después de disuelto el matrimonio de sus padres los concebidos en él, y serían en tal caso legítimos, pero no hay ambigüedad del artículo, puesto que se ha entendido que son ilegítimos todos los hijos que no han sido concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres que produzca efectos civiles, o que no han sido legitimados por el matrimonio de los mismos posterior a la concepción.

Con la ley 45 de 1936, para la calidad de hijo natural bastaba que los padres no estuvieran casados entre sí al momento de la concepción y que fuera reconocido por el padre o declarado judicialmente como tal. Quedaron entonces suprimidas las clases

de los hijos espúreos y se abría la posibilidad de que ellos pudieran establecer su paternidad por reconocimiento o por declaración judicial.

Todos los hijos ilegítimos, aún siendo de dañado ayuntamiento pueden ser reconocidos en la calidad de hijos naturales; por consiguiente pueden serlo los hijos adulterinos, incestuosos y los sacrílegos.

Por lo que hace a la legitimación, hemos visto que el código consagra una prohibición expresa, respecto de los hijos nacidos en adulterio aún en el caso de buena fé de ambos padres; pero no existía igual disposición respecto de los hijos incestuosos o sacrílegos de modo que estos podían ser legitimados IPSO JURE cuando nacían después de la celebración del matrimonio a pesar de proceder de dañado ayuntamiento.

Cuando se trataba de hijo que había nacido fuera del matrimonio, lo establecido en el Código Civil era un obstáculo para su legitimación, puesto que la ley prohibía su reconocimiento como naturales. La filiación en este caso sólo podía establecerse respecto de uno de los padres.

El dañado ayuntamiento se refería naturalmente a la época de la concepción del hijo y por consiguiente, no podía ser reconocido como natural el hijo concebido en adulterio aunque al tiempo

del nacimiento estuviera disuelto el matrimonio del adúltero.

Nuestro Código Civil había seguido los mismos principios adoptados por el Código Francés y que establece la generalidad de los códigos modernos por consideraciones de moralidad que se han tenido como poderosas. "El nacimiento de un hijo fruto del incesto, del adulterio, manifiesta el tratadista Lahary, es una verdadera calamidad para las costumbres. Antes de conservar algunas trazas de su existencia, sería de desear que se pudiera borrar hasta su recuerdo".

Pero estos argumentos son más declamativos que sólidos y no es posible disimularse que la víctima en este caso viene a ser el hijo fruto inocente de la falta de sus padres, y es digno de notar que el más moderno de los códigos europeos, el alemán, reaccionó contra estas ideas, al no establecer diferencias algunas, en la naturaleza de la concepción para los efectos del reconocimiento y para imponer a la madre o al padre del hijo natural, las cargas de la paternidad. Más otra cosa es la legitimación.

Por lo demás, la distinción que hacían las leyes de las partidas siguiendo al Derecho Romano, entre los hijos naturales y más ceres y los espúreos o "vulgo concepti", perdió toda su importancia y significación bajo el imperio de la ley 153 de 1857 que



suprimió la acepción de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento. Por incierta que sea la paternidad, un hombre puede reconocer como suyo al hijo de una mujer que vive prostituída y ese reconocimiento no podría ser impugnado sino probando la absoluta imposibilidad física.

6.1 RECONOCIMIENTO DEL HIJO QUE AUN NO HA NACIDO

La letra parece impedirlo, puesto que el artículo primero, 1o. de la ley 45 de 1936, establece que el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados, es hijo natural siempre y cuando haya sido reconocido como tal. El artículo 1o. de la ley 75 de 1968 exige además, que el reconocimiento sea notificado y aceptado, pero ésta es una dificultad más aparente que real.

Debe observarse ante todo que el artículo 1o. de la ley 45 de 1936, no provee una definición de los hijos naturales y habla sólo de lo que más comúnmente ocurre, al decir que los hijos naturales se tendrán como tales, siempre y cuando hayan nacido de padre que al tiempo de la concepción no estuvieron casados, pero que luego hubieren sido o declarado como tal, de acuerdo con las leyes. De modo pues, que los hijos ilegítimos que pueden ser reconocidos como naturales, si han obtenido el reconocimiento de sus padres o de uno de ellos y no se divisa qué incon

veniente puede para que este reconocimiento se haga antes del nacimiento.

La madre que se siente embarazada ¿por que no habría de poder reconocer como natural al hijo que lleva en su seno ? El padre ¿ por qué no habría de poder reconocer al hijo que considera concebido por su mujer en las relaciones que con ella ha tenido ? Y ambos padres ¿ por qué no habrían de reconocer a ese hijo que podrían legitimar ISO JURE casándose antes del parto?

Para la legitimación la ley no exige reconocimiento expreso porque el hecho del matrimonio revela por sí sólo que los padres se han propuesto la legitimación del hijo o que su intención fue desde el primer momento, contraer una unión legítima y porque por otra parte no hay utilidad alguna en hacer pública relaciones que pueden haber sido ignoradas y que han venido a regularizar el matrimonio.

El reconocimiento puede hacerse por testamento y no se ve que razón podría haber para impedir que la madre que teme morir a consecuencia del parto o al padre que se siente enfermo de gravedad, un reconocimiento que es un deber a la vez que la tranquilidad de sus últimos momentos.

El código en todo caso no prohíbe este reconocimiento; y cabe

aplicar aquí la máxima que refuta nacido al hijo para todo lo que mira a su interés : Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.

Los tratadistas franceses comentando las disposiciones del código de Napoleón que en este punto eran análogas a las del nuestro, pues parecen referirse al hijo ya nacido, al poner en primer término el reconocimiento en la partida de bautismo, si bien no prohíben tampoco expresamente el reconocimiento del que está por nacer, sostienen únicamente la posibilidad y conveniencia de este reconocimiento y la jurisprudencia aceptó también esta solución.

Teniendo en cuenta las discrepancias que surgieron de la falta de declaración expresa de la ley en este sentido, la ley 75 de 1968 solucionó el problema al estipular en su artículo 2o. que el reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento, siempre y cuando se efectúe ya por escritura pública, ya por testamento o por declaración ante el juez.

6.2 RECONOCIMIENTO DEL HIJO FALLECIDO

No hay inconveniente para efectuar el reconocimiento de un hijo natural que ha ya fallecido, si tiene descendientes legítimos. Al tratar de la legitimación, la jurisprudencia aceptó expresamente la del hijo que es muerto en el momento en que se tra

ta de efectuarla, disponiendo que la notificación se hará a sus descendientes legítimos a quienes aprovecha la legitimación y como el reconocimiento debe ser aceptado o repudiado de la misma manera que la legitimación hecha por matrimonio posterior a la concepción. En este punto hay también uniformidad en la doctrina.

Nos parece, por el contrario, que pudiera reconocerse como natural a un hijo que no ha dejado descendite legítimos; el reconocimiento no tendría en este caso, otro proposito que el heredarlo y el interés pecuniario vendría a ser el único móvil de una acción que el padre o madre debieron haber realizado en interés del hijo mientras vivió.

Entre los tratadistas la cuestión es controvertida. El francés Laurent, se pronuncia por la afirmativa y expresa que la mayor parte de los autores admiten el reconocimiento que puede hacerse aunque el hijo fallecido no haya dejado descendientes. Este punto es dudoso. Es verdad que la ley no limita la época en que puede hacerse el reconocimiento, pero ¿acaso no está ella fijada por la naturaleza de las cosas?, ¿cuál es el objeto del reconocimiento?, comprobar la filiación del hijo, es decir darle un estado, sería la respuesta a la pregunta anterior. Ahora bien, ¿puede darse un estado a un hijo que ya no existe? Esto ocurre, es verdad cuando un hijo muerto deja descendientes, pe

ro entonces el reconocimiento tiene lugar en provecho de tales descendientes. Cuando estos no existen, nos encontramos en presencia de la nada. ¿La nada puede ser reconocida? Hay sentencia en este sentido. ¿No van ellas demasiado lejos diciendo que el reconocimiento no ha sido establecido sino en favor del hijo? El reconocimiento aprovecha ciertamente al hijo, pero no se puede decir que este provecho sea el motivo determinante. Es la comprobación de un hecho que interesa tanto a la sociedad como a las personas afectadas. Se trata de determinar la relación de filiación que existe entre el hijo y las personas que le han dado su existencia; y desde que se trata de una relación entre dos personas; no se puede decir que el hijo sea parte en el negocio; los derechos que se derivan del estado son recíprocos; el padre tiene derecho a los alimentos, tiene derecho a la herencia al mismo título que el hijo. En consecuencia, el reconocimiento es un acto generador de derechos para el padre, para la madre lo mismo que para el hijo.

Llegamos a la conclusión de que el reconocimiento puede hacerse aunque el hijo no tenga descendientes. Esta defensa, fundamentada así, principalmente es la ausencia de un texto prohibitivo en el código de Napoléon; pero no falta quienes se pronuncien con calor por la opinión contraria, alegando que la muerte del hijo sin posteridad hace imposible un acto que debe ante todo,

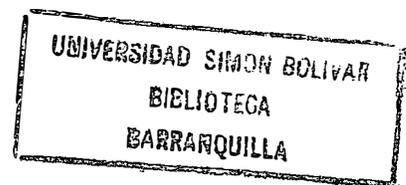
tener por causa y por objeto su propia ventaja.

Por otra parte, el fin del reconocimiento es establecer la filiación del hijo, asegurar su estado; los derechos civiles y los intereses pecuniarios no emanan del reconocimiento mismo, derivan más bien de la ley que regula sus efectos.

Nuestro código civil, establece que los hijos póstumos, es decir, aquellos cuyo padre muere estando simplemente concebido, tienen derecho a recibir la porción hereditaria que le correspondería si hubiese nacido antes de la muerte del padre.

La ley llama a heredar al hijo póstumo con la condición de que nazca con vida. Si no alcanza el concebido a ser persona, es decir a nacer con vida "se reputará no haber existido (como persona) jamás", si alcanza a nacer con vida, "entrará en posesión nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido en el tiempo en que se le difirieron", o sea el día de la muerte del padre.

La ley, llama a heredar al hijo póstumo directamente de su padre o representarlo. La primera hipótesis se presente en este caso : Muere el padre y deja a un hijo nacido y uno concebido. Entonces los bienes del padre se dividen entre los dos, una parte para el nacido y otra parte para el que está por nacer.



La segunda hipótesis se presenta en la sucesión de dos hermanos, como cuando un hermano es el único heredero y muere antes que el causante, pero deja un hijo nacido y otro concebido, en este caso la ley permite (Código Civil, artículo 1043) que los hijos legítimos o naturales (ley 29 de 1982), represente a su padre. Ahora bien el concebido puede representar a su padre en el evento que nazca vivo, pues si nace muerto, sólo el hijo no póstumo ejercerá todos los derechos de representación.

Con respecto al hijo ausente, no cabe duda que se puede efectuar válidamente su reconocimiento, ya que la ley no exige la concurrencia de éste al otorgamiento del instrumento de reconocimiento, que puede hacerse aún por testamento.

7. FORMAS DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO

Según el artículo 2o. de la ley 45 de 1936, que fue modificada por el artículo 1o. de la ley 75 de 1968, se establece el reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse :

1. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce.

El funcionario del estado civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellidos, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá a los que el declarante indique con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará, en libro especial destinado a tal efecto y de ella sólo se expedirán copias a las personas indicadas en el ordinal cuarto, inciso segundo de este artículo y las autoridades judiciales y de policía que la solicitaren.

Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el funcionario que la haya autorizado, notificará personalmente al presunto padre, si este no hubiere firmado el acta de nacimiento. El notificado deberá expresar en la misma notificación, al pie

del acta respectiva si acepta o rechaza el caracter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procedera a comunicar el hecho al defensor de menores para que este inicie la investigacion de la paternidad.

Igual procedimiento se seguira en caso de que la notificacion no pueda llevarse a cabo en el termino indicado o que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre.

Mientras no sea aceptada la atribucion por el notificado, o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia o fallo de su autoridad competente no se expresara el nombre del padre en las copias que de ella lleguen a expedirse.

2. Por escritura pública.

3. Por testamento, caso en el cual la revocacion de este no implica la del reconocimiento.

4. Por manifestacion expresa y directa hecho ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto unico y principal del acto que le contiene.

El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerca su guarda legal, el defensor de menores, o el Ministerio Público, podran pedir que el supuesto padre o madre, sea

citado personalmente ante el juez para que declaren bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo haberlo y se hubiere una vez la citación repetido, expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación. La declaración judicial será revisable, en los términos del artículo 18 de la presente ley.

Del texto transcrito, podemos afirmar que el reconocimiento de los hijos que nacen fuera de una unión legalmente constituída, puede hacerse por acto entre vivos o por testamento.

7.1 RECONOCIMIENTO POR ACTO ENTRE VIVOS

El reconocimiento por acto entre vivos, reviste diferentes formas que, como hemos establecido, se infieren de la perspectiva del artículo 2o. de la ley 75 de 1968, así podrán efectuarse en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce, por escritura pública, o por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el acto único y principal del acta que lo contiene.

7.2 RECONOCIMIENTO EFECTUADO EN EL ACTA DE NACIMIENTO

Quando el reconocimiento es efectuado o llevado por medio de la respectiva acta de nacimiento por los dos padres de común

acuerdo, no existe ningún problema, ya que firmada el acta de nacimiento por los dos padres, este reconocimiento tiene todos sus efectos sin más formalidades.

Pero puede ocurrir que sea sólo uno de los padres quien firme el acta de nacimiento; en este caso la ley provee el procedimiento de la siguiente manera, teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 1o. de la ley 75 de 1968 y en los artículos 54 al 60 del Decreto 1260 de 1970; el encargado de llevar el acta de nacimiento deberá, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la inscripción del acta que nos ocupa, solicitar la comparecencia del presunto padre, y las autoridades de policía y los defensores de menores, deberán prestar su colaboración para asegurar la comparecencia. Presente el supuesto padre ante la oficina del registro del estado civil, deberá enterársele del contenido del folio del registro de nacimiento y de la hoja adicional en la cual consta la atribución de la paternidad, habrá de manifestar si reconoce a la persona allí indicada como hijo natural suyo o rechaza tal imputación.

7.3 RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR ESCRITURA PUBLICA

El reconocimiento puede efectuarse por instrumento público entre vivos. Se entiende por tal el que es autorizado con las solemnidades legales por el funcionario competente.

Para el otorgamiento de un reconocimiento de hijo extramatrimonial, es funcionario competente sin duda el notario, quien es un ministro de fe pública encargado de redactar, autorizar y guardar en su archivo los instrumentos de los actos y contratos civiles otorgados por los particulares.

Por consiguiente el instrumento público entre vivos en este caso, será una escritura pública.

7.4 RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MANIFESTACION

HECHA ANTE UN JUEZ

Debemos hacer claridad que el oficial público que recibe la declaración de reconocimiento de un hijo como natural, debe tener la misión de recibirla; es decir, debe ser competente en razón de la materia.

En Francia se exige que el reconocimiento se haga mediante un acto auténtico, cuando se hace en la partida de nacimiento. Se admite que el reconocimiento podría accidentalmente ser recibido y comprobado por una tribuna, cuando en el curso de una instancia pendiente ante él, una de las partes ha reconocido a un hijo como natural y se ha levantado acta de esta declaración.

La autoridad judicial tiene un efecto, el poder de dejar constancia auténtica de la confesión que se presta ante ella en las circunstancias que le están sometidas y el reconocimiento será válido

lido si uno de los puntos discutidos es la filiación.

Se cita como ejemplo, el reconocimiento que se incide en el curso de una instancia sobre daños y perjuicios intentada por una joven seducida contra el seductor. Una sentencia de la corte de casación del 13 de julio de 1886 ¹, aplicó este principio en la especie siguiente : Una joven abandonada por el seductor había intentado matarlo; éste, óído como testigo declaró haber tenido relaciones sexuales con la acusada y que ésta había quedado embarazada. Esta declaración consignada en el proceso criminal, que es un acto auténtico, equivale dijo la corte a un reconocimiento en provecho del hijo.

En nuestro como ya se ha dicho, es posible efectuar el reconocimiento de un hijo natural de esta manera; establece nuestra ley la posibilidad de citación del presunto padre, solicitada por las personas que la misma ley permite, para que el presunto padre declare si cree que el menor es su hijo. Establece el mismo artículo que la falta de comparecencia injustificada, surtirá el reconocimiento.

Debemos anotar dos características especiales que se encuentran

¹ Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil y Compadado. Volumen ii. p. 36.

inmersas en la citada disposición. La primera es que la declaración no tiene que ser necesariamente el objeto único y principal del acto que la contiene. La segunda consiste en que el mencionado artículo establece el inciso segundo del cuarto numeral, que la declaración que explicamos solo es posible cuando se trata de un menor, cuando expresa que el hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o la persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda o el Ministerio público, como también el defensor de menores, son las personas indicadas para solicitar al juez la citación del presunto padre.

7.5 RECONOCIMIENTO EFECTUADO EN ACTO TESTAMENTARIO

En cuanto al reconocimiento, efectuado en virtud de un acto testamentario ha sido muy controvertida la irrevocabilidad del reconocimiento efectuado en esta forma.

Existe una corriente doctrinaria que abandera Merlin y que considera que está fuera de toda especie de duda que la revocación del testamento debía hacer caer el reconocimiento, por las mismas razones que lo hacían admitir la caducidad de las confesiones o reconocimiento de dudas, de depósitos y de todas las declaraciones de esta índole, consignadas en un testamento revo

cado y que careciesen de toda prueba.

El francés Demolombe se pronunciaba abiertamente por ésta opinión.

"Toda manifestación de voluntad, dice, confesión, declaración, reconocimiento, etc., tiene únicamente por principio la intención, la voluntad, de aquel de quien emana y no puede tener por consiguiente otro valor, otro alcance, del que el autor ha querido atribuírle. Pues bien, aquel que no consigna una confesión, un reconocimiento cualquiera, sino en un testamento, aquel no tiene intención de desprenderse de esa confesión; su reconocimiento no tiene aún en su pensamiento un carácter definitivo, en consecuencia no podría atribuírle ese carácter ni crearlo vos mismo.... Mi testamento, es mi pensamiento íntimo, mi pensamiento escrito, es verdad : Pero para permanecer secreto y pertenecer siempre a mí mismo y todo lo que yo deposito en él, está impregnado de ese carácter; nada está concluído por lo mismo; nada ha sido adquirido por persona alguna; el testamento es sólo un proyecto. No objetéis que el reconocimiento de un hijo natural es irrevocable, desde luego que ha sido hecho, pero yo niego que lo sea, yo niego que la voluntad de reconocer exista, como ella debe existir, definitiva, deliverada de sí misma".

Hay otra cuestión que se discute y es lo concerniente a la generalidad de la disposición de la ley, que dispone que el testamento puede hacerse abierto, cerrado o testamentario privilegiado.

Se cuestiona la validez del reconocimiento en testamento místico o cerrado; y no lo admiten en los testamentos privilegiados porque no los consideran aquel y éstos, comprendidos en la calidad de apto auténtico de que se sirve la ley, que es columna vertebral de un acto de reconocimiento de un hijo natural.

Nuestro código, al referirse expresamente al acto testamentario admite que el reconocimiento puede hacerse en cualquier clase de testamento, el cual es definitiva, tendría que ser un acto auténtico, aunque no lo haya sido desde su otorgamiento, como el testamento verbal, por ejemplo, en que el testador hace sus declaraciones, de viva voz ante cinco testigos.

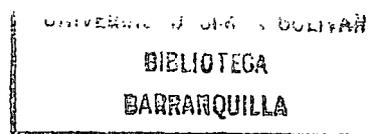
El reconocimiento de un hijo natural en un testamento, permite a los padres reparar la falta que han cometido, a la vez que le permite mantener, durante su vida, un hecho en absoluta reserva, que consideraciones de diversa índole han podido impedirles hacer público.

7.6 IMPOSIBILIDAD DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO
POR MEDIO DE UN DOCUMENTO PRIVADO
(ESCRITURA PRIVADA)

No existe en nuestra legislación, la posibilidad de constituir el estado civil de hijo natural por el reconocimiento efectuado en documento privado.

Las solemnidades exigidas para determinados actos en la legislación colombiana, no se exigen sólo "ad solemnitaten", sino también como medio de prueba, por lo tanto es indispensable para el nacimiento de esos actos que se cumplan la serie de formalidades exigidas, para que nazcan a la vida jurídica.

El reconocimiento efectuado por medio de una escritura privada, puede sólo tenerse en cuenta como principio de prueba por escrito, es decir, que con otras pruebas puede usarse en un proceso de investigación de la paternidad, pero nunca como prueba del reconocimiento.



8 EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

8.1 PRUEBA DEL VINCULO DE FILIACION

El acta de nacimiento del hijo legítimo prueba el parto, pero no la identidad. De igual modo, el reconocimiento prueba el parto, cuando es efectuada por la madre y la concepción cuando es efectuada por el padre, pero no se prueba con el reconocimiento la identidad del hijo favorecido por él y la de aquel que lo alega. Así pues, deberá probar su identidad. Pero si está reconocido, hará esa prueba fuera de todo juicio, con tanta facilidad como el hijo legítimo que disponga de una partida de nacimiento; por tanto los medios, comprendida en ellos la posesión de estado. No debe concebirse aquí ninguna restricción de prueba.

No existe en estos casos una prueba inatacable. Está permitida la prueba en contrario; si se demuestra que el reconocimiento no corresponde a la realidad, se invalida ese reconocimiento y, en consecuencia, la filiación resultante del mismo. Así pues, el reconocimiento no establece la filiación natural más que hasta prueba en contrario. Para presentar esta prueba en contra

rio, se entabla una impugnación de reconocimiento.

Entonces, el reconocimiento es absoluto, es oponible, no sólo a su autor sino también a sus herederos.

8.2 OBLIGACION ALIMENTARIA

En la legislación colombiana como en la mayoría de los países, los alimentos se dividen en congruos y necesarios.

Los alimentos congruos, son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.

Los alimentos necesarios, son aquellos en los cuales la obligación consiste en suministrar lo que basta para sustentar la vida. Es importante precisar, que los alimentos sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de edad, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.

El artículo 411 del Código Civil, en su numeral 5o., que fué modificado por la ley 75 de 1968, establece que se debe alimento a los hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales.

A su vez el artículo 25 de la ley 45 de 1936, establece que los alimentos que se deben a los ascendientes naturales, a los hijos naturales y a su posteridad legítima, son congruos.

Con la consagración de la igualdad jurídica entre los hijos legítimos, naturales y adoptivos plenos, instituída por la Ley 29 de 1982, que en su primer artículo expresa : "Los hijos son Legítimos, extramatrimoniales y adoptivos plenos y tendrán iguales derechos y obligaciones".

Del texto anterior se infiere que la norma que consagraba el suministro de alimentos a los hijos naturales quedó reafirmada con la expedición de la ley 29 de 1982, ya que al consagrarse la igualdad los alimentos que se deben a los hijos naturales, serán de la misma especie que los que se deben a los hijos legítimos, o sea congruos.

8.3 EXTENSIÓN DEL DEBER ALIMENTARIO

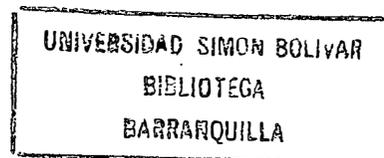
Aunque, en realidad, en nuestra legislación no existe ninguna norma que lo consagre expresamente, la doctrina colombiana siempre ha comprendido que la obligación alimentaria se extiende, no sólo a los alimentos en sentido estricto, es decir, la comida, sino a todos aquellos elementos necesarios para tener la vida, tales como la habitación, la medicina, los servicios

médicos; como también los necesarios para que las personas puedan vestirse y aquellos objetos necesarios para la presentación personal y cuando se trata del suministro de alimentos con grupos, como en el caso de los hijos naturales o extramatrimoniales, estos alimentos deben guardar proporción con la posición social de la persona a quien se suministra, posición que lógicamente tendrá que relacionarse con la que guarda la persona que debe suministrar los alimentos, pues no será suministrada la misma suma en la mujer de un obrero, que en la de un ejecutivo; no por la posición social que ocupen, pues ésta necesariamente guardará relación con la solvencia económica de la persona que suministra los alimentos y que obviamente tienen ingresos diferentes.

8.4 SANCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

La ley preve a las personas que están obligadas a prestar alimentos e incumplen esta obligación. El Código Penal en sus artículos 262 a 267 sanciona penalmente al obligado que, pudiendo, no cumple dicha obligación.

En Colombia se dió el primer paso en tal sentido con la ley 83 de 1946 que en su artículo 78 dispuso : "El padre sentenciado a servir una pensión alimenticia y que pudiendo no la cumple



durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año. De la misma manera se estableció que "la ocultación total o parcial de sueldos, jornales, o de bienes por parte del padre, patrón o empresario, será considerada como delito de esta fa".

No hay falta de asistencia moral, cuando se incumplen voluntariamente las obligaciones de auxilio mutuo, educación y cuidados de la prole, en el caso de los artículos 42 y 43 de la ley 83 de 1946, si estado de abandono o peligro provienen de actos u omisiones de la persona obligada. Cabe agregar que, cuando el sujeto pasivo, dice ser hijo extramatrimonial, debe demostrar previamente esa calidad.

Se entiende que un menor se halla en estado de abandono físico, cuando carece de las personas que, según la ley, deban suministrarle alimentos o cuando existiendo éstas, no tengan capacidad para suministrárselo por imposibilidad (excesiva pobreza, enfermedad, etc.) no se incurre en el delito y por lo tanto no se sanciona.

También se considera que se encuentra un menor en estado de abandono, cuando sus padres o aquellas personas de quien el menor depende, lo incitan a la ejecución de actos perjudiciales

para su salud física o moral; cuando se dedica a la mendicidad o a la vagancia, o frecuenta el trato con gente viciosa o vive en casa destinada al vicio, y cuando ejerce algún oficio que lo mantiene permanentemente en la calle o en lugares públicos que ponen en peligro su salud física o moral.

8.5 EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

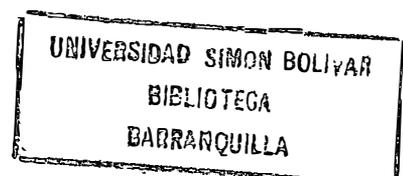
El artículo 19 de la ley 75 de 1968, definió la patria potestad, como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

El ejercicio de la patria potestad, corresponde conjuntamente a los padres, a falta de algunos de ellos, la ejercerá el otro.

Es necesario advertir la preceptiva del artículo 290 del Código Civil, que establece que la patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo. Los empleados públicos menores de edad, son considerados como mayores en lo concerniente a sus empleos.

Efectos :

El padre y la madre gozan por igual del usufructo de todos los bienes de hijo de familia, exceptuados :



1. El de los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su pecunio profesional o industrial.

2. El de los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes corresponda al hijo y no a los padres; en caso de que uno de los padres fuere excluído corresponderá el usufructo al otro.

3. El de las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro.

Los bienes sobre los cuales los titulares de la patria potestad, tienen el usufructo legal, conforman el peculio adventicio ordinario del hijo; aquellos sobre los cuales ningún padre tiene derecho de usufructo forman el peculio adventicio extraordinario.

El padre o la madre o uno de ellos, tienen un derecho de usufructo sobre los bienes del hijo que se encuentra bajo su patria potestad. El crédito de un menor, es pues, objeto de ese usufructo legal del padre o la madre. Cuando el usufructo recaer sobre cosas fungibles, como por ejemplo : Dinero, el usufructuario tiene la propiedad de la cosa y está obligado a restituir igual calidad y cantidad, entonces, el objeto del crédito del me

nor es una cantidad de dinero.

El padre o la madre administran los bienes del hijo, en tratándose de un crédito, el acto de administración posible es hacerlo efectivo, o sea, cobrarlo. Pero si el padre tiene el usufructo legal del crédito, al cobrarlo tiene la facultad de disponer de la cosa fungible es forzoso admitir, entonces, que el usufructo legal del padre sobre un crédito cuyo objeto sea una cantidad de dinero, le da derecho para ejecutar acto de disposición o enajenación sobre él.

La jurisprudencia ha sostenido, que los bienes que conforman el llamado peculio profesional o industrial está conformado por los bienes adquiridos por el hijo de familia como fruto de esas actividades, no en el seno del hogar, donde se supone que apenas cumple con el elemental deber de auxiliar a sus padres, sino en campos extraños a la familia. Al hijo que siendo menor, pueda ejercitar esas actividades, se le mira como emancipado o habilitado de edad para el manejo y disfrute de tales bienes en los que el padre, como es apenas lógico, no goza del usufructo legal.

8.6 SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

El ejercicio de la patria potestad, se suspende con respecto de cualquiera de los padres, cuando se encuentre en estado de

demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes por su larga ausencia, por haber abandonado al hijo o inferirle mal trato, como también por depravación o haber sido condenado a pena privativa de libertad.

El hijo cuyo padre haya incurrido en cualquiera de los hechos citados podrá establecer una acción de suspensión de patria potestad; una vez interpuesta la acción del juez, luego de oír a los parientes del hijo y al defensor de menores, deberá si se encuentra establecida la incapacidad del padre o la madre, la suspensión de la patria potestad.

En la providencia que declare suspendida la patria potestad, deberá el juez señalar la persona que debe guardar al hijo no habilitado de edad, aunque la suspensión no exonera a los padres de sus deberes como tales para con sus hijos.

En todo caso, el juez de menores, que es el competente para conocer de estas acciones, preferirá a los parientes del menor para la designación del guardador.

Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la obligación de vigilar que quienes ejercen la patria potestad, o la guarda cumplan sus deberes para con el menor; en caso necesario, deberá prestar su cooperación para el escogimiento de

de las personas o establecimiento a cuyo cuidado inmediato haya de estar el menor. Si los padres o guardador se encontraren en imposibilidad absoluta de darle cuidado, o si la medida en cuestión apareciere convenientemente eficaz para la salud física o moral y la educación del menor.

Con respecto a los derechos sucesorales, trataremos en forma extensa en otra parte de este estudio.

9 IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO

Todo reconocimiento que establezca una filiación inexacta puede ser atacado por la acción de impugnación del reconocimiento.

Están admitidos todos los medios de pruebas.

La acción de impugnación de reconocimiento está abierta a cualquier interesado, incluso al autor del reconocimiento que hubiera consentido voluntariamente en una declaración mendaz.

A diferencia de la persona que formule una acción de impugnación de reconocimiento, la que demanda la nulidad de un reconocimiento por inobservancia de las condiciones legales, no tiene que probar la inexactitud del vínculo filial reconocido.

9.1 CASOS EN QUE ES POSIBLE LA IMPUGNACION

Se trata de demostrar que el hijo no es de la persona que lo ha reconocido. Por tanto la impugnación es posible siempre y cuando el hijo no haya nacido de la mujer que lo haya reconocido o que no haya sido concebido por el autor del reconocimiento.

La impugnación del reconocimiento proveniente de la madre, será muy rara. En efecto, resulta excepcional que una mujer se atribuya un hijo natural que no sea suyo. En todo caso, la impugnación será fácil la supuesta madre tendrá alguna dificultad para demostrar un falso parto.

Por el contrario, en cierta frecuencia, un hombre conciente en reconocer un hijo que no es suyo, sobre todo, el hombre que se casa con una mujer que tiene un hijo natural de otro, que puede sentir el deseo de reconocer como suyo ese hijo, a fin de legitimarlo por su matrimonio con la madre en tales casos se está en presencia de un reconocimiento voluntariamente inexacto, mendaces. En ocasiones, el reconocimiento hecho por el padre es involuntariamente inexacto, erróneo.

El inciso primero del artículo 248 del Código Civil, expresa que podrá impugnarse la legitimación, probando que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante. Por lo tanto, la impugnación es posible tanto contra los reconocimientos mendaces, como contra los reconocimientos erróneos. Sin embargo se está tentado de presentar una impugnación de un reconocimiento mendaz por el autor de éste; la irrevocabilidad del reconocimiento. Resulta claro, que el reconocimiento es irrevocable, de tal suerte que el autor de un reconocimiento no puede retractarse de este reconocimiento, pero eso supone que el reconocimiento

sea exacto; la persona que ha confesado un hecho que sabía inexacto, puede retractarse la confesión errónea. Se probará, por ende la jurisprudencia francesa ha intentado superar las vacilaciones al resolver firmemente que el autor de un reconocimiento mendaz puede impugnarlo.

En cuanto al reconocimiento efectuado por la madre, el inciso segundo del artículo 248 del Código Civil, establece que la impugnación del reconocimiento puede hacerse, siempre y cuando se pruebe que el legitimado no ha tenido por madre al legitimante. Por otra parte, el artículo 335, expresa : La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero.

9.2 PROCEDIMIENTOS DE PRUEBA ADMISIBLE PARA IMPUGNAR UN RECONOCIMIENTO

La ley no establece ninguna restricción en cuanto a los medios de prueba de que cabe servirse para impugnar un reconocimiento. Podría demostrarse pues, incluso por testigos o el examen de sangre. A veces la simple comparación entre la edad del hijo y la edad del autor del reconocimiento establece la falsedad de ese reconocimiento; por ejemplo, al casarse un anciano, reconoce a un hijo de tierna edad de su mujer; o inversamente,

un joven reconoce a un hijo de su mujer, mucho que no tiene sino unos pocos años menos que él.

Así mismo, podrá probarse que el supuesto padre no ha reconocido a la madre sino mucho tiempo después del nacimiento del hijo.

Algunas resoluciones han estimado que era preciso exigir para invalidar el reconocimiento procedente del supuesto padre, la prueba de imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, como primera medida.

Como segunda medida la prueba que suministren el padre o los demandados de que en la época en que se presume la concepción "la madre tuvo relaciones de la misma índole (o sea sexuales) con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel, por actos positivos, acogió al hijo como suyo". Otro medio de prueba es el que está constituido hoy día por la denominada prueba biológica, las que fueron tenidas en cuenta por el artículo 7o. de la ley 45 de 1968.

9.3 LA ACCION DE IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO

Por medio de una acción judicial, la acción de impugnación de reconocimiento cabe atacar un reconocimiento; un tribunal debe

ser juez de la exactitud o de la inexactitud de un reconocimiento.

Se trata aquí de una acción por medio de la cual, se impugna un estado civil. En principio deben aplicarse, pues las reglas de las acciones de estado civil.

9.4 QUIENES PUEDEN EJERCITAR LA ACCION DE IMPUGNACION

El reconocimiento podrá ser impugnado solamente por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil.

El inciso final del artículo 248 del Código Civil estipula, pueden ejercer la acción de impugnación del reconocimiento de la paternidad los que prueben tener un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; estos en sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

El hijo, puede ejercitar igualmente la acción. Tiene siempre interés, al menos moral, en impugnar una legitimación que no es la suya.

Al Ministerio Público no le está permitido la acción de impugnación, ya que como se trata de una acción que puede perturbar el sosiego de las familias, hay que dejar a manos de ella, las armas para impugnar un reconocimiento de esta naturaleza.

El artículo 337 del Código Civil, concede también esta acción a toda otra persona, a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre.

La ley dice que la impugnación puede hacerla los que prueben un interés actual, no bastaría la posibilidad de un interés futuro o eventual.

9.5 DIFERENCIA ENTRE LA ACCION DE IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO Y LA ACCION DE NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO

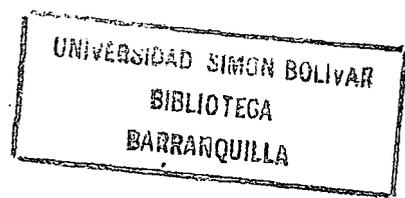
La acción de impugnación de reconocimiento tiene por finalidad, establecer la inexactitud del vínculo de afirmación por el reconocimiento. La acción de nulidad de reconocimiento, tiene por finalidad probar que no ha sido cumplido uno de los requisitos exigidos en la ley para la validez del reconocimiento.

Aún cuando se confundan con frecuencia estas dos acciones, interesa distinguir una de otra. Cuando el marido ataca el reco

nocimiento que un tercero ha hecho de un hijo nacido de su mujer, entabla una acción de nulidad, no una acción de impugnación. La ley prohíbe a un tercero reconocer al hijo de una mujer casada, por tanto basta al marido probar que el reconocimiento se ha hecho con violación de esa regla. Por el contrario si se trata de una impugnación de reconocimiento, el marido tendría que probar que el reconocimiento es falso, prueba que consideramos imposible de aportar, cuando el autor del reconocimiento, cómplice del adulterio cometido por la mujer, es desde luego el padre. El marido, por tratarse de una acción de nulidad, no tiene que probar ni su propia paternidad, ni la no paternidad del autor del reconocimiento.

Sin embargo existe un caso en que la acción de nulidad y la acción de impugnación, parecen confundirse cuando el reconocimiento ha sido efectuado por error.

En efecto, ¿no hay por una parte, reconocimiento de una filiación inexacta y por otra parte, un vicio de consentimiento atenta, pues, contra una regla de validez?. Si en realidad, si en esta situación debe invalidarse el reconocimiento, es porque acredita una filiación inexacta, no por que exista un vínculo de consentimiento, porque el error no constituye por si mismo un vicio del consentimiento. Se trata, por lo tanto de una acción de impugnación,



no de una acción de nulidad. Por otro lado sigue siendo discutida la cuestión de saber si un reconocimiento obtenido por dolo o violencia, es nulo desde el momento en que sea exacto.

10 LA FUNCION DEL ACTA DE NACIMIENTO Y DE LA POSESION DE ESTADO EN LA PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

10.1 EL RECHAZO DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO Y DE LA POSESION DE ESTADO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Supóngase un hijo natural que no ha sido reconocido. Tiene necesidad de establecer su vínculo de filiación paterna o materna, por ejemplo para recoger una sucesión o para cumplir con alguna formalidad administrativa. Sin duda, para lograrlo, puede entablar una acción de investigación de la paternidad. Pero la ley o bien se muestra restrictiva, en cuanto a los procedimientos de prueba, o bien prohíbe la investigación en ciertos casos; en cualquiera hipótesis, resulta largo y costoso obtener un fallo. ¿No tiene el hijo ningún otro medio para establecer su filiación natural? No existe otra prueba extrajudicial de la filiación natural que el reconocimiento voluntario?

Se conoce ya la respuesta, el reconocimiento es la única prueba

extrajudicial de la filiación natural, principio que revela la concepción según la cual, la filiación natural queda a disposición de los padres; no cabe establecer esa filiación natural contra su voluntad, salvo y es por otra parte su atenuación grave del principio, por una sentencia en los casos en que la ley autoriza una investigación judicial.

10.2 LA FUNCION DEL ACTA DE NACIMIENTO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRI MONIAL

Con frecuencia, el acta de nacimiento contiene un reconocimiento, pero es preciso no engañarse sobre ello; ese reconocimiento es el que hace prueba, no el acta de nacimiento, ésta por sí sola no puede constituir una prueba extrajudicial a favor del hijo.

Naturalmente, la cuestión no puede presentarse más que si figura en el acta de nacimiento el nombre del padre al cual, quiera el hijo establecer su vínculo de filiación. Será rarísimo que el nombre del padre haya sido incluido si no es por el mismo padre, pero entonces la indicación equivale a reconocimiento y si procede de un tercero no tiene ningún valor, admitiendo incluso que pudiera figurar en la partida.

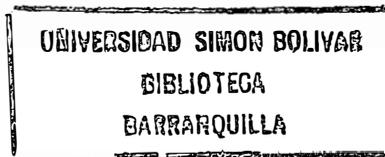
Por lo contrario, el nombre de la madre se inserta por lo ge

neral, el hijo no es declarado como nacido de madre desconocida, más que ante la formal voluntad expresada por la madre. Así pues, tan sólo en cuanto a la prueba de la maternidad natural puede plantearse la cuestión de la fuerza probatoria del acta de nacimiento.

10.3 LA POSESION DE ESTADO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Por ser un documento de reconocimiento voluntario, la única prueba extrajudicial de que puede valerse el hijo, su posesión de estado de hijo natural de tal mujer o de tal hombre, no lo es de ninguna ayuda, en principio, cuando no dispone de un documento de reconocimiento ni de una sentencia (sobre el papel de la posesión de paternidad o maternidad natural).

Por otra parte, puede considerarse que la posesión de estado, constituye en cierta medida, un reconocimiento, hecho en verdad sin las formalidades requeridas.



11 INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

A falta de un reconocimiento voluntario, el hijo quiere establecer su filiación natural paterna, debe recurrir a una investigación judicial debe probar, entonces ante un juez, la supuesta paternidad, para obtener la sentencia que acredite su filiación.

11.1 COMPETENCIA

De los procesos sobre filiación natural de un menor reconoce el juez de menores, empero, muerto el presunto padre o el hijo, la acción sólo podrá intentarse ante el juez civil competente y por la vía ordinaria.

Muerto el presunto padre, la acción de paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y cónyuge.

Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos y a sus ascendientes. La sentencia que declare la paternidad en esos casos, no producirá efectos patrimoniales, sino a favor o en contra de quienes haya sido

parte en el proceso, y únicamente cuando la demanda sea notificada dentro de los dos años siguientes a la fecha de la defunción.

11.2 EFECTOS DE LA SENTENCIA DECRETADA EN PROCESO DE INVESTIGACION DE PATERNIDAD NATURAL

El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio sino, respecto de todo, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

En todo caso para que ésta sentencia produzca los efectos jurídicos del reconocimiento que ellos conllevan, es necesario que cumplan tres condiciones :

1. Que hayan pasado con autoridad de cosa juzgada.
2. Que se hayan pronunciado contra el legítimo contradictor
3. Que no haya habido colusión en el juicio.

El legítimo contradictor, en la cuestión de paternidad, es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre.

Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la finalización del proceso, esto es, antes de proferirse el fallo o sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los cohe

rederos, que citados no comparecieron.

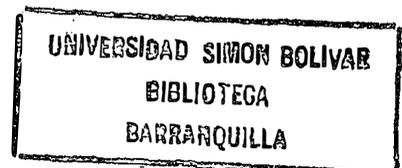
11.3 ACCION Y PROCEDIMIENTO

En los procesos sobre filiación, son partes : El hijo por sí mismo, o representado por quien ejercerá su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona que haya cuidado de la crianza y educación del hijo y el Ministerio Público.

El defensor de menores que tenga conocimiento de la existencia de un niño de padre o madre desconocidos, promoverá inmediatamente la investigación correspondiente para allegar todos los datos y pruebas sumarias conducentes a la demanda de filiación a que ulteriormente hubiere lugar.

Cabe también la posibilidad, prevista en la ley, de que durante el embarazo la futura madre y el defensor de menores y ella se lo solicita, podrán promover ante el respectivo juez de menores, o el juez civil del circuito, si el padre ha fallecido, la investigación de la paternidad.

Una vez que se ha formulado la demanda, el defensor de menores, o cualquiera otra persona que tenga derecho a hacerlo, le notificará personalmente al demandado, quien dispone de ocho días para contestarla.



En caso de que el demandado conteste oponiéndose o simplemente se abstenga de contestar la demanda, el negocio se abrirá a prueba por el término de veinte días, durante el cual se practicarán todas las pruebas que las partes soliciten y, además las que el juez ordene de oficio. Si el juez lo considera indispensable, podrá ampliar hasta por diez días más, el término probatorio para que se practiquen las pruebas que no pudieron surtir durante el término inicial para su práctica.

En todo caso, el juez tiene la obligación de exigir juramento al demandado, para lo cual bastará una sola citación personal de aquel y, celebrará durante el término de prueba las audiencias con intervención de las partes y de los testigos, a fin de establecer, no sólo lo tocante a la filiación del menor, sino los demás asuntos que deben decidirse en la providencia que ponga fin a la actuación, y por lo tanto, está en la posibilidad de decretar de oficio las pruebas que estime conducentes para los mismos fines.

En cualquier momento del proceso en que se produzca el reconocimiento, el juez tendrá la obligación de dar aviso del hecho al correspondiente funcionario del estado civil, para que se extienda completamente o se corrija si es del caso la partida de nacimiento, tiene también la obligación de tomar las providencias necesarias sobre la patria potestad o guarda del menor,

alimento y cuando fuere el caso, sobre asistencia de la madre.

12 PRESUNCIONES DE PATERNIDAD

El artículo 6 de la ley 75 de 1968, que modificó el artículo 4 de la ley 45 de 1936, establece seis presunciones, en las cuales la ley considera que siempre y cuando se establezca la veracidad de las citadas presunciones hay lugar a declarar judicialmente la paternidad de un hijo extramatrimonial.

El mencionado articulado expresa :

"Se presume la paternidad y hay lugar a declararla judicialmente :

1. En el caso de rapto o violación cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.
2. En el caso de seducción realizada mediante hecho doloso, abusó de autoridad o promesa de matrimonio.
3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una declaración inequívoca de paternidad.
4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el

artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre o la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en los pertinentes las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.

6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado del hijo.

Debemos hacer claridad sobre los dos hechos que la ley menciona en el numeral primero, como son el rapto y la violación.

Los mencionados hechos estaban instituidos como delito, se mencionaba el rapto cuando se configuraba valiéndose de violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebatarse, sustraer, o retener a una mujer con el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con una mujer; disposición ésta que estableció el Código Penal de 1936.

Esta disposición quedó totalmente derogada con la expedición de la ley 100 de 1980, que no tipifica este hecho como delito, por lo tanto lo mencionaremos en esta explicación a manera de información, ya que al quitarle la calificación de delito, mal haríamos en tenerlo en cuenta en la presunción en estudio.

En cuanto a la violación, se encontraba instituida como delito

en el artículo 316 del Código Penal anterior, que estipulaba :
El que someta a otra persona al acceso carnal sin consentimiento y mediante violación física o moral, estará a pena de dos a ocho años de prisión.

La nueva disposición establece: "El que realiza acceso carnal con otra persona, mediante violencia, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión".

Es importante destacar, que la presunción de paternidad es independiente de las sanciones impuestas penalmente, además el hecho de la violación debe probarse por medio de una sentencia condenatoria, es decir que debe encontrarse debidamente demostrado en proceso penal el cuerpo del delito y su autoría.

El segundo supuesto que debe probarse es que el tiempo del hecho coincide con el tiempo de la concepción. La cual se determina por lo dispuesto en el artículo 92 del C.C., que establece la época del nacimiento presumiendo de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de 180 días cabales y no más de 300, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

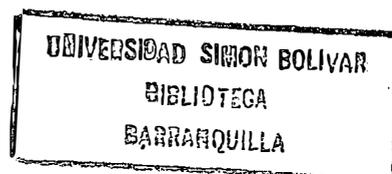
En el caso de la seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio, considero que la ley cita algunos ejemplos : Abuso de autoridad, promesa de

matrimonio o esponsales; esa numeración no es limitativa, ya que toda maniobra dolosa que haya ayudado a la seducción, o que haya preparado, satisface las exigencias de la ley. La finalidad del legislador, al reclamar la existencia de una culpa junto a la seducción, parece ser la de no tener presente, sino la hipótesis de paternidad no dudosa.

En el caso de que exista carta u otro escrito similar del pretendido padre que contenga una declaración inequívoca de paternidad, el legislador se ha inspirado, en la obligación del padre de subvenir las necesidades de su hijo, fundándose en el compromiso adquirido de cumplir con su obligación natural.

La confesión es inequívoca, si se deduce de una manera necesaria, aunque fuera implícita, de una declaración contenida de un escrito proveniente del supuesto padre y que se baste por sí misma.

El numeral 4o. del artículo en estudio no consagra en la presunción otra cosa que lo que los doctrinantes han dado en dominar "concubinato notorio". Al exigir la prueba de las relaciones de carácter permanente y no la de simples relaciones ocasionales, el legislador ha querido prohibir las acciones que no habrían tenido finalidad que la de ejercitar un chantaje, así, si el supuesto padre ha vivido en concubinato con la madre en el curso del



período de la concepción, su paternidad es al menos posible e incluso probable.

Es inútil que el concubinato haya durado todo el período legal en el cual cabe situar la concepción, basta con que haya existido dentro del período de 180 días, por lo tanto, poco importará que el padre haya abandonado a la madre después de la concepción.

Considero que lo estipulado en el numeral 5o. debería encontrarse subsumido en el numeral anterior, estas exigencias, pueden ser un complemento de las estipulaciones en el numeral 4o.

Establece el numeral 6o. que hay lugar a presumir la paternidad, cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

La posesión notoria del estado de hijo consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal e inclusive haya provisto al mantenimiento o a la educación del hijo en calidad de padre o haya participado en ello, y que sus deudos o amigos; o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre en virtud de ese tratamiento.

Para que la posesión notoria del estado de hijo se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado cinco años continuos por lo menos.

En todo caso, el artículo 399 del Código Civil, establece que la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios que establezcan de un modo irrefragable dicho estado; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida o la pérdida o extravío del libro de registro en que debía encontrarse.

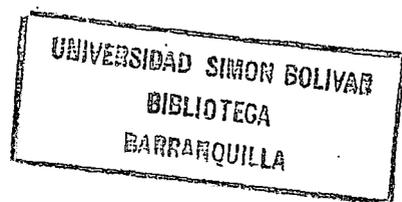
13 DERECHOS SUCESORALES DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

13.1 SISTEMA ANTERIOR

En el sistema anterior la vocación hereditaria intestada se encontraba organizada en seis órdenes hereditarios.

1. El primer orden estaba compuesto por los hijos legítimos y adoptivos plenos, con quienes concurrían los hijos naturales y los adoptivos en forma simple. La cuota de los hijos legítimos o de los adoptivos plenos era el doble de la que correspondía al hijo natural o adoptivo simple.
2. El segundo orden estaba compuesto por los ascendientes en primer grado, es decir los padres legítimos, naturales y adoptantes, con quienes concurrían los hijos naturales, los adoptivos simples y el cónyuge sobreviviente.
3. El tercer orden hereditario pertenecía a los hijos naturales y adoptivos simples. Pero concurría el cónyuge sobreviviente.

4. El cuarto orden surgía cuando no había legitimario, es decir cuando faltaban los hijos legítimos, adoptivos y naturales y los padres legítimos, adoptantes y naturales, y estaba formado por los hermanos y el cónyuge sobreviviente. El cónyuge recibía la mitad y la otra mitad era reservada para los hermanos.
5. El quinto orden estaba formado por los parientes consanguíneos por línea colateral en tercero y cuarto grado.
6. El sexto orden estaba compuesto, a falta de parientes colaterales dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad, por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.



14 AMBITO DE LA LEY 29 DE 1982

14.1 FINES

14.1.1 Jurídico

El fin jurídico que persigue la ley 29 de 1982, no es otro que la consagración de la igualdad sucesoral.

Podemos afirmar, que la base sobre la cual se sostiene la igualdad sucesoral no es otra que la igualdad en las filiaciones, es decir, en las obligaciones y derechos que las filiaciones conllevan; por otra parte la simple protección jurídica de las filiaciones merecen un tratamiento dentro de un régimen de igualdad, especialmente en cuanto a los derechos que se adquieren en virtud del parentesco que se establece por medio de las filiaciones.

Es preciso destacar que la igualdad conlleva en sí misma un principio de justicia y equidad; en efecto, el hijo extramatrimonial es completamente ajeno a su preexistencia y procreación, él no realiza ningún acto que sirva de base para negarle o menzularle sus derechos; por lo tanto no se le puede atribuir culpa o responsabilidad alguna en la adquisición de un estado civil y, con base en esto, desmejorarlo en sus derechos.

Para finalizar, cabe destacar que si todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ésta no puede hacer discriminaciones por razones de estado civil.

14.1.2 Económico social

Además de los fines jurídico que sí misma conlleva la igualdad y que ya explicamos, se le puede advertir fines económico-sociales; es así como contribuye a que se efectúe una mejor distribución de la riqueza y el mejoramiento total de la familia, ya que las nuevas disposiciones en nada atentan contra los derechos de la descendencia legítima, sino que pone a los hijos extramatrimoniales en el mismo pie de igualdad de éstos.

14.2 NATURALEZA JURIDICA DE LA IGUALDAD

La naturaleza jurídica de la igualdad consagrada en la ley 29 de 1982 puede ser enfocada desde dos puntos de vista : Desde las relaciones familiares y desde las relaciones sucesorales.

14.3 RELACIONES FAMILIARES

La ley 29 de 1982, no hace otra cosa que regular las relaciones familiares cuando establece en su artículo primero :

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

Puede afirmarse que el contenido de este precepto tiene un carácter de orden público, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento en lo que se refiere a las relaciones familiares. Pues bien, el conjunto de derechos que se desprenden de la filiación no puede ser desconocido por acuerdo o convención entre los padres, pues aunque ellos pueden convenir la forma de educación y crianza de la prole, hasta el punto de encargársela a un tercero, esto no le quita el carácter imperativo a la obligación de los padres; esta subsiste legalmente, tanto es así que en cualquier momento el hijo por medio de su representante o el defensor de menores puede interponer ante el juez competente una acción para obligar al padre renuente a que cumpla con su obligación.

El carácter de imperativo a que me refiero es importante en el campo sucesoral, sobre todo cuando el testamento se relaciona con esos tópicos, así tenemos que el artículo 2o. del decreto 1260 de 1970 establece que el estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencia que lo determina y de la calificación legal de ellos.

Entonces la ley estipula que los hijos serán legítimos, extramatrimoniales y adoptivos; por lo tanto no le está dado al testador la facultad de asignar a todos sus hijos un calificativo, ya que dicha facultad está reservada a la ley; tal declaración será teni

da como nula.

Al testador se le han atribuído ciertas facultades, por medio de las cuales puede realizar ciertos actos con libertades, pero no es posible abolir los derechos y obligaciones que tiene para con los hijos, como son por ejemplo : La educación, etc. por medio de estas facultades antes mencionadas el puede realizar por ejemplo : Designar el curador de bienes para la administración de los bienes dejados a títulos de mejoras o de libre disposición o hacer asignaciones testamentarias como pagos de alimentos forzosos o voluntarios o carga a la cuarta de mejoras.

Tampoco puede al testador fijar como condiciones, hechos o conductas que violen las obligaciones y derechos imperativos, como por ejemplo la asignación testamentaria que el testador deje al tutor de su hijo con la condición de que no eduque a ese hijo.

También es contrario al orden público cuando el testador hace de las calificaciones de hijo que ya ha sido abolida y que son consideradas tan odiosas, para referirse algunos de los hijos, como son hijos incestuosos, espúreos, asulterinos, etc.

Los demás negocios jurídicos sucesorales, como son por ejemplo la donación por causa de muerte, etc. tienen el mismo carácter imperativo.

14.4 RELACIONES SUCESORALES

La ley 29 de 1982 regula las relaciones sucesorales en todos sus articulados, por esto es importante determinar su naturaleza jurídica.

En esta ley 29 de 1982 el derecho sucesoral conserva su carácter supletorio, puesto que puede ser ampliada, modificada o sustituida por testamento o donación revocable, especialmente en lo que se refiere a la vocación hereditaria y los ordenes hereditarios y la representación.

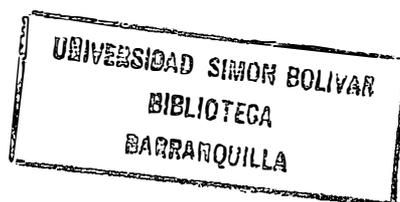
Aún con las facultades que tiene el testador de modificar, ampliar o sustituir la ley con su voluntad, en los ordenes hereditarios que intervienen en los asignatarios, como son el primero y el segundo orden, gozan de este carácter imperativo, lo mismo ocurre con la cuarta de mejoras, se encuentra limitada la voluntad del causante.

Esta clase de asignaciones de legítimas tienen una naturaleza mixta, por cuanto son imperativas en lo mínimo y supletivas en lo máximo.

Con esta naturaleza mixta no puede establecer los efectos que se producen cuando por medio del testamento u otros actos sucesorales, se infringen las normas de orden público que se refie

ren a las normas sucesoriales.

La ley 29 de 1982, en la vida social tiene un gran valor, y su aplicación será general en todas sus materias y su confirmación será la costumbre que muy pronto la desarrolle, puesto que en la mayoría de las sucesiones hay una ausencia casi general de testamento y la anterior ley tendrá una gran aplicación para la regulación intestada en la mayoría de las sucesiones.





15 ALCANCE DE LA IGUALDAD SUCESORAL

La igualdad sucesoral de las filiaciones se encuentra consagrada en la ley 29 de 1982; en el encabezamiento de la citada ley se señala la igualdad herencial de los hijos, dice :

"Por el cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos".

Y en seguida indica el encabezamiento,

"...y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos ordenes hereditarios".

Luego se trata de una igualdad sucesoral general, según el artículo 92 de la Constitución Nacional :

"El título de las leyes deberá corresponder precisamente al contenido del proyecto...."

Es decir, debe existir armonía entre el encabezamiento y el contenido de la ley.

Esta ley 29 de 1982 desarrolla además de la igualdad jurídica y sucesoral de los hijos, la igualdad sucesoral en la sucesión intestada y en la testamentaria, no sólo se limita a los hijos, sino a filiaciones o familia en general.

Muchas normas legales que anteriormente se encontraban limitadas por las desigualdades existentes, hoy con el principio general de distribución igualitaria, se encuentran con casi su total amplitud para ser aplicada en toda su extensión, en la actualidad existen todavía algunas discriminaciones y desigualdades, más aún así el principio general de la ley 29 de 1982 es la igualdad distributiva sucesoral.

El tratar a la igualdad sucesoral de las filiaciones como regla general es de suma importancia; con la aplicación de esta regla, se logra interpretar con mayor acierto la misma ley 29 de 1982, las normas del Código Civil y de otras leyes especiales con las cuales se relaciona la mencionada ley. Se soluciona con más facilidad los vacíos e incongruencias que se presenten con la expedición de reformas importantes como lo está; y con base en esta regla y con su aplicación se evitara aplicar la costumbre anterior y con marcada desigualdad sucesoral y distributiva.

15.1 EXCEPCIONES A LA IGUALDAD SUCESORAL

La igualdad sucesoral aún considerada como regla general, tiene

algunas excepciones, como son las discriminaciones que aún existen que limitan su extensión, por lo tanto no es absoluta.

Estas discriminaciones son las que tratan sobre la desigualdad entre hermanos y la limitación de la adopción simple.

1. La reforma de 1982 conserva injustamente la desigualdad entre los hermanos que suceden al hermano fallecido; aún subsiste que el hermano carnal o de doble conjunción, es decir, hermano de padre y de madre, reciba una porción equivalente al doble de lo que corresponde al hermano medio o de simple conjunción, hermano de padre o de madre.

Según el artículo 6 de la ley 1982, que reza en su tercer y último inciso :

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

Esta es una desigualdad que no tiene justificación y se aparta de los lineamientos que ha seguido nuestro derecho sucesoral con la actual reforma.

De acuerdo con el criterio general, el fundamento de la vocación hereditaria entre hermanos es el parentesco de hermandad que hay entre el heredero y el causante. Cuando se tiene en cuenta además la forma con la que han sido éstos procreados, se esta

blece una discriminación odiosa; para ser hermanos basta serlo del mismo padre o madre, no tiene que serlo de ambos. A esta discriminación no le encontramos otra justificación que no sea la histórica concerniente a la protección matrimonial.

Más no se justifica mantener esta discriminación, porque no existe lógica que dos hijos, siendo uno natural o extramatrimonial y el otro legítimos, hereden por igual en la herencia de su padre y en cambio, al sucederse mutuamente, se tenga en cuenta la citada disposición, con tal desafortunada desigualdad.

2. Aunque la limitación de la adopción simple se presenta como una excepción a la regla general de la igualdad sucesoral, realmente no se trata sino de la misma desarrollada dentro de los límites propios del parentesco civil de adopción. Entonces, no se trata de una discriminación al hijo adoptivo, sino que es una consecuencia de la limitación del parentesco a adoptantes, adoptivos e hijos de éste.

Esta discriminación carece de justificación y tampoco la hay para que exista la distinción entre la adopción plena y adopción simple. Por consiguiente, lo más juicioso sería dejar como única adopción la plena y la otra sólo sea una provisional, es decir, la adopción simple.

16 SISTEMA ACTUAL (ORDENES HEREDITARIOS)

Los ordenes hereditarios, a raíz de la expedición de la ley 29 de 1982, quedan reducidos a cinco. Desaparece el tercero del sistema anterior, como consecuencia de la igualdad sucesoral.

Los que representan este tercer orden, los hijos naturales y adoptivos simple, integran actualmente el primer orden. Esto es, en la sucesión intestada.

1. El primer orden lo forman los hijos. Es el artículo 4o. de la ley 29 de 1982, el que lo enuncia en los siguientes términos :

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

2. El segundo orden hereditario se encuentra formado por los ascendientes y cónyuge.

Este orden entra a funcionar en caso de vacancia del primero, esto es en ausencia absoluta de hijo que puedan o quieran suce

der personalmente o pueden ser representados legalmente. Esto es lo que expresa el artículo 1046 del Código Civil cuando dice: "Si el difunto no deja posteridad".

Dentro de la ley 29 de 1982 este es el único orden que actualmente conserva las dos categorías de herederos, los principales y los concurrentes o accesorios. En los demás solamente se encuentran integrados por herederos principales.

Son herederos principales en este segundo orden : Los ascendientes.

El artículo 1046 del Código Civil llama a suceder a los ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge, se trata de un llamamiento individual, de acuerdo con el estado civil de hijo que tenga el difunto al momento de su fallecimiento. Si el causante era un hijo legítimo, los llamados a suceder serán los ascendientes legítimos; y si se trata de un hijo extramatrimonial, los ascendientes extramatrimoniales para un hijo adoptivo pleno, los ascendientes por adopción plena; y para un hijo adoptivo simple, los ascendientes consanguíneos y los padres adoptantes simples. esto obedece al carácter bilateral de la filiación, entre el padre e hijo, carácter excluyente entre las filiaciones.

Los ascendientes son los herederos principales. Este orden se

determina por ellos; si no hay ascendiente se presenta la vacancia en este orden y entra el siguiente orden, es decir, el tercero; el cónyuge es heredero concurrente no forzoso.

El cónyuge conserva su calidad de heredero, como habíamos dicho, pero en condiciones cuantitativas y cualitativas, algunas veces su cuota hereditaria es inferior a la que le asignaba la ley 45 de 1936, y también porque para llegar a heredar en este orden, será necesario que no haya hijos mientras que anteriormente bastaba que no hubiera hijos legítimos y adoptivos plenos, ahora son todos los hijos. Y continúa siendo un heredero forzoso.

Cuando solo hay ascendiente, la herencia se distribuye entre ellos exclusivamente. Cuando se trata de un hijo legítimo o adoptivo pleno, la distribución de la herencia se hará entre los ascendientes ya sean legítimos o adoptantes plenos, "por cabeza". Es decir, toman entre todos y por partes iguales la porción a que la ley lo llama. Ejemplo : Si existen dos padres se dividirá en dos partes; en cuatro partes cuando faltando los padres existen los cuatro abuelos (maternos y paternos). Cuando sólo hay un ascendiente de grado más próximo, a este corresponderá toda la herencia.

Cuando se trata de un hijo que fue adoptivo en forma simple, los adoptantes y los padres de sangre recibirán igual cuota.

No se trata de una distribución por cabeza o partes iguales; la igualdad se refiere a los padres como familia, una cuota para cada línea familiar, una para la línea familiar consanguínea y otra para la línea familiar adoptiva. Pero si hay una sola línea familiar, es decir, una sola categoría de padres (sólo con sanguíneo o sólo adoptantes), la distribución se hará por cabeza, según la regla general.

Cuando suceden ascendientes y cónyuges, se aplica la misma regla de distribución por cabeza.

El cónyuge sobreviviente conserva su derecho a heredar y su derecho de porción conyugal, que equivale a una cuarta parte de la herencia.

3. El tercer orden lo forman los hermanos y el cónyuge.

Este orden funciona cuando han quedado vacantes los dos primeros ordenes, es decir, cuando faltan los descendientes que hereden personalmente o por representación y, a falta igualmente de ascendientes .;

Los principales herederos de este orden son los hermanos, cualquiera que sea su estado civil y el cónyuge sobreviviente. No podemos olvidar que la adopción simple no otorga parentesco de hermandad. En esta tercer orden no existen legitimarios, ni

mejorarios.

La herencia se divide en la mitad para el cónyuge y la otra mitad para los hermanos, por partes iguales. Los hermanos carnales o de doble conjunción, recibirán doble porción que los que sean simplemente hermanos paternos o maternos.

El derecho hereditario del cónyuge es compatible y acumulable con sus gananciales, alimentos y bienes propios. También es compatible pero inacumulable, si es imputable, con la porción conyugal.

El cónyuge debe suceder personalmente, los hermanos lo hacen personalmente y también pueden ser representados por sus hijos, que al mismo tiempo son sobrinos del causante. Por lo tanto, carecen de derecho de representación los hijos adoptivos simples del hermano del causante. También puede darse en este orden la transmisión.

4. El cuarto orden hereditario se encuentra formado por los sobrinos.

El inciso primero del artículo 1051 del código civil, lo regula en los siguientes términos :

"A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos,

padres adoptivos, hermanos y cónyuges, suceden al difunto los hijos de sus hermanos".

Para distribuirse la herencia en este orden, será indispensable la vacancia de los tres órdenes precedentes.

Heredando todos los sobrinos legítimos, los adoptivos plenos y los extramatrimoniales, pero no podrán suceder hereditariamente en este orden los hijos adoptivos simples del hermano del difunto.

Bajo la legislación actual, ley 29 de 1982, carecen de vocación hereditaria los demás colaterales, los cuales quedan excluidos y son extraños a la sucesión abintestato.

5. El quinto orden hereditario está a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Para que la herencia sea asignada en este orden es indispensable la vacancia de los cuatro órdenes precedentes.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es el último heredero y el único en este orden. A él corresponderá toda la herencia líquida, pero debe respetarse si fuera el caso la porción conyugal del cónyuge sobre el viviente pobre.

Por tratarse de una persona jurídica no puede hablarse de repre

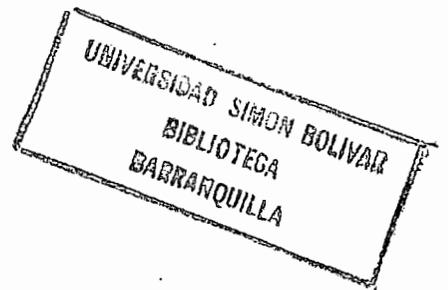
sentación o transmisión hereditaria.

La sucesión testamentaria en el actual sistema, no altera las instituciones de las asignaciones forzosas de alimentos, porción conyugal, legítimas y mejoras. Sobre la legítima se modifica lo referente a la igualdad del derecho para representar a los legitimarios, debe entenderse para cualquier clase de descendencia de los hijos.

También con la cuarta de mejoras puede beneficiarse cualquier clase de descendencia.

Como consecuencia de la variación de los ordenes hereditarios, la cuota del libre disposición queda modificada de la siguiente manera: En el primer orden, una cuarta parte de la herencia líquida o imaginaria; en el segundo, la cuota libre asciende a la mitad de dicha herencia; y en los demás órdenes la herencia de libre disposición se extiende a toda la herencia líquida.

Haremos énfasis en lo referente al primer orden sucesoral, ya que es aquí donde se consagra la vocación hereditaria de los hijos extramatrimoniales, tema de nuestro estudio.



17 PRIMER ORDEN HEREDITARIO

17.1 HEREDEROS ABINTESTATO : LOS HIJOS

El artículo 4o. de la ley 29 de 1982, que reformó el artículo 1045 del Código Civil, estipula :

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

Teniendo en cuenta el texto de la disposición transcrita, se puede afirmar, con la opinión del doctor Pedro Lafont Pianeta, que el primer orden hereditario está constituido precisamente por las personas enumeradas en el mencionado artículo cuarto de la ley 29 de 1982.

Es importante destacar, que el artículo 1045 del Código Civil regula lo referente al primer orden sucesoral, a diferencia del artículo 1040 que consagra la variación hereditaria de los descendientes, pero no señala que sean todos ellos las personas que

conforman el primer orden. El mencionado artículo, en resumen, lo que hace es consagrar la vocación hereditaria de los descendientes e hijos adoptivos.

En realidad el artículo 1045 del Código Civil es quien determina en qué orden van a entrar en la sucesión del difunto, y precisamente de su texto, en armonía con el mencionado artículo 1043 del mismo Código, se infiere que los herederos abintestato son los hijos, ya concurriendo en forma personal o representado por su descendiente.

Por lo tanto, no podrán tenerse en cuenta los simples hijos, es decir, los hijos de padres desconocidos. Igualmente aquellos cuya filiación no se encuentre plenamente establecida, como los hijos extramatrimoniales que no hayan sido reconocidos o declarados judicialmente como tales, o los que, habiendo ostentado la calidad de hijos, ésta se ha destruído, como cuando ha prosperado la acción de impugnación de la paternidad, o ha sido adoptado plenamente por otra persona, o se ha dejado sin efecto la adopción por efecto de la reversión.

17.2 CLASES DE HIJOS

El primer orden sucesoral, está integrado por los hijos ya sean legítimos extramatrimoniales o adoptivos.

Los hijos legítimos, estarán comprendidos por los propiamente legítimos es decir, el concebido durante el matrimonio de sus padres, el que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, así como el nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, así también se considera como legítimos a los legitimados "Ipsa Jure", voluntaria o judicialmente.

En los hijos adoptivos quedan comprendidos los adoptivos plenos y los adoptivos simples, esto siguiendo el principio de hermenéutica, que estipula que donde el legislador no distingue, al intérprete no le es dado distinguir, ya que el anunciado del artículo 4o. de la ley 29 de 1982 habla de hijos adoptivos, sin distinguir si se trata de adoptivos plenos o adoptivos simples.

No se requiere ser hijo extramatrimonial respecto de ambos padres, para poder suceder a uno de ellos.

Cuando nos referimos a hijos extramatrimoniales, puede entenderse que estarán comprendidos los hijos que han establecido su estado civil de acuerdo con el causante; basta ser hijo extramatrimonial con relación al padre o a la madre de quien pretende suceder.

Sin embargo, se debe anotar que existen dos casos en los cua

les el hijo extramatrimonial no hereda :

1. Los hijos extramatrimoniales que hayan adquirido su estado civil antes de 1936, concurren con los hijos legítimos, también de estado civil anterior a esa fecha, en la sucesión del padre o madre fallecido antes del 31 de diciembre de 1969, esto, teniendo en cuenta la perspectiva de los artículos 28 de la ley 45 de 1936 y 30 de la ley 75 de 1968. Esta excepción no opera para las sucesiones del causante que ha fallecido con posterioridad a las citadas fechas, sea cualquiera la circunstancia en que se encontraren. Tampoco tiene operancia en concurrencia con cualquiera de los hijos adoptivos.

2. También carecen de vocación hereditaria en cualquier orden, los hijos extramatrimoniales que haya sido declarados como tales en sentencia que carece de efectos patrimoniales.

17.3 TODOS LOS HIJOS SON HEREDEROS EXCLUYENTES DE LOS DEMAS

La más importante incidencia de la presente reforma se refiere a que se elevó la categoría de los hijos extramatrimoniales y adoptivos de herederos concurrentes a herederos tipos.

El Código Civil, había adoptado a los hijos naturales de la calidad de herederos concurrentes con los hijos legítimos, esta

situación que había sido estatuida por la ley 57 de 1887; más tarde suprimida bajo el imperio de la ley 153 de 1887. El artículo 18 de la ley 45 de 1936, le devuelve al hijo natural la calidad de heredero accesorio, situación que fue totalmente modificada, como ya se dijo con la expedición de la ley 29 de 1982.

La calidad jurídica de heredero principal o tipo, la da el mismo artículo 4º de la mencionada ley, cuando dice que los hijos excluyen a todos los demás herederos.

Con la anterior modificación, se reafirma la preponderancia de la filiación, en materia sucesoral, dentro del mayor interés que ella tiene para el desarrollo y progreso de la herencia dejada por el de cuius.

17.4 EXCLUSION DE LOS HEREDEROS Y DEL CONYUGE.

SOBREVIVIENTE

Los ascendientes quedan excluidos por la existencia de cualquiera de los hijos. Con todo, ellos pueden aspirar a suceder al de cuius en virtud de testamento o donación, como también pueden exigir alimentos.

De esta manera, los padres del causante que no haya sucedido a su hijo legítimo, extramatrimonial o adoptivo pleno, tienen la facultad exigir la sucesión, los alimentos atrasados que el difun-

to les quedará debiendo, siempre y cuando hubiere estado obligado a prestar dichos alimentos en virtud de demanda judicial, por acuerdo entre las partes, o sea padre e hijo, por declaración efectuada ante el juez; como también por reconocimiento de alimentos con la realización inequívoca de su pago en forma continua.

En el caso de que el hijo haya establecido su estado civil, por medio de la adopción simple, solamente los padres adoptantes simples, podrán reclamar de la sucesión los alimentos atrasados debidos y no podrán exigírselos personalmente a personas distintas de los hijos del causante tales como los nietos, bisnietos, etc., ya que el artículo 279 del Código Civil, predica que la adopción simple sólo establece parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste.

17.5 DISTRIBUCION

17.5.1 Igualdad de Cuotas

El artículo 1045 del Código Civil estipula que todos los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, excluyen a todos los otros herederos y reciben entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.

Es importante aclarar, tal y como lo hace el doctor Pedro La

font Pianeta en su obra "Igualdad Sucesoral", que al disponer el mencionado artículo 1045, que todos los hijos recibirán entre ellos iguales cuotas, la palabra "ellos", debe entenderse como indicativo de hijos y no como equivalentes a "categoría de hijos". Por lo tanto la herencia se dividirá entre todos los hijos por porciones iguales, ya que es ésta misma la esencia de la igualdad sucesoral que tratamos, así, y teniendo en cuenta la perspectiva del inciso 2o. del artículo 1042, debe procederse a una distribución por cabeza.

Debe rechazarse la interpretación basada en la categoría o clases de hijos así, en la hipótesis de la existencia de dos (legítimo y extramatrimonial; legítimo y adoptivo; extramatrimoniales y adoptivos) o de tres categorías, tales como : legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, la herencia deba distribuirse en dos o tres cuotas, según el caso las cuales correspondería a cada una de las categorías o clases de hijos, quienes a su turno se les dividirán en cuotas o partes iguales. Esto es inaceptable teniendo en cuenta el espíritu de la ley 29 de 1982, porque el propósito de la ley, ha sido el de conseguir la igualdad hereditaria entre los hijos individualmente considerados y no como grupos o clases de hijos. Es la igualdad hereditaria de un hijo frente a otro y no de una clase de hijo frente a otra categoría.

Cabe explicar, que de atenernos a la interpretación basada en la

clasificación de hijos por el grupo a que pertenezcan, ya sean legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, mermarían los derechos de aquellos grupos que fueran más numerosos, así en el caso de que un causante haya dejado cuatro hijos legítimos y dos extramatrimoniales y una herencia de \$200.000.00, se dividirá la herencia en dos mitades, una parte para los hijos legítimos y la otra para los extramatrimoniales; entonces a cada uno le correspondería \$100.000. El grupo de los hijos legítimos, que está constituido por cuatro, al dividirse entre ellos su cuota correspondiente, estarían recibiendo cada uno \$25.000. Mientras que el segundo grupo, le queda dividirlo entre dos y le correspondería a cada uno \$50.000.

Cabe también observar, que el artículo 1045, dispone, reforzando la opinión que venimos expresando, que los hijos recibirán entre ellos iguales cuotas, entonces, en una herencia de doscientos (\$200.000.) mil pesos, en la cual el causante haya dejado dos hijos legítimos y cuatro extramatrimoniales, la distribución correcta sería la siguiente : Dividir la herencia entre el número total de hijos así : efectada la operación resultaría para cada hijo una cuota aproximada de \$33.333.33.

En cuanto a la porción conyugal, la ley conserva al cónyuge sobreviviente el mismo derecho consagrado anteriormente, en cual,

en el orden de estudio, corresponde a la legítima rigurosa de cualquier hijo. Así mismo, la cuantía de la porción conyugal, se predica no sólo en el caso de la existencia de descendientes, legítimos, sino también en la existencia de cualquier clase de descendientes.

Cabe anotar que las igualdades sucesorales no afectan los gananciales, ya que estos son extraídos previamente a la liquidación y participación de la herencia.

17.6 REDUCCION DE LAS CUOTAS DE LOS HIJOS LEGITIMOS Y ADOPTIVOS PLENOS CUANDO HEREDAN LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES Y ADOPTIVOS SIMPLES.

Quando en la sucesión de una persona, el causante haya dejado hijos legítimos y adoptivos plenos, como también extramatrimoniales y adoptivos simples, es innegable que al establecer el equilibrio hereditario, en cuanto a los hijos, a los primeros se le reducen sus cuotas.

Por otra parte no se advierte perjuicio alguno, cuando los únicos herederos son legítimos y adoptivos plenos, o los unos o los otros, ya que suceden por partes iguales, en las mismas condiciones que las consagradas en la legislación anterior.

CONCLUSIONES

Todas las discriminaciones de los seres humanos en razón de su filiación, han sido totalmente borradas de nuestro sistema legal. Al quedar incluidos los hijos extramatrimoniales dentro de la familia de sus padres de la misma manera que los legítimos, se destruye la principal diferencia entre la legitimidad y la extramatrimonial.

Con la expedición de la ley 29 de 1982, Colombia se ha limitado a cumplir compromisos internacionales contenidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En Colombia se había venido entendiendo que la principal discriminación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, consistía en que el hijo extramatrimonial recibía por herencia sólo la mitad de la cuota que corresponde a un hijo legítimo, y por cierto que muchos creen ante la nueva ley que en eso consistió la reforma. Pero la reforma tiene contenido y alcances

muy superiores; es una reforma total y lógica, pues se otorga al hijo extramatrimonial la misma posición jurídica que tradicionalmente venía ocupando el hijo legítimo.

Del estudio realizado anteriormente de los hijos extramatrimoniales tomo como conclusión, las diversas modalidades que se dieron a través de todo éste recorrido de investigación.

Desde un principio se observa durante la época romana la forma como eran tratados los hijos naturales, o los hijos nacidos del concubinato; además eran los únicos que no podían ser legitimados. Pero bajo la influencia del derecho canónico más favorable a los hijos, llegó a aplicarse la denominación de naturales a los hijos de personas hombre y mujer que podría contraer matrimonio.

En Colombia se dió también discriminación con referencia a los hijos naturales, puesto que solo se denominaba hijos naturales o extramatrimoniales a los nacidos de uniones sin vínculos matrimoniales, pero que podían ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos; en el caso contrario no se consideraban como hijos naturales a los llamados hijos espúreos o adulterinos, bastardos, incestuosos o hijos de prostitutas; pero posteriormente todas éstas calidades de hijos fueron consideradas como naturales con la legislación de la ley 45 de 1936.

Como toda persona, necesita de un estado civil para poder gozar de ciertas garantías como la de tener un nombre, apellido e identificación que las diferencie de las demás personas, se necesita investigar acerca de sus ascendientes; en el caso de que fuese hijo natural, su filiación extramatrimonial quedará demostrada mediante el reconocimiento efectuado a través de sus diversos caracteres y medios de la cual se vale para su perfeccionamiento.

BIBLIOGRAFIA

CODIGO CIVIL. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

CODIGO PENAL. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

MONROY CABRA, Marco G. Matrimonio y divorcio en la Legislación Colombiana. Bogotá, Col. Editorial Temis.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. Tomo XIII. Santiago de Chile. Editorial de Chile.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil (Derecho de familia) Tomo V. Bogotá. Colombia. Editorial Temis.

ZANONI, Eduardo. Derecho Civil (Derecho de Familia). Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

LEY 29 DE 1982.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA JURÍDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
DIRECCIÓN