

FILIACION EXTRANATRIMONIAL

OLIVIA ESTHER SANDOVAL MARTINEZ

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de Abogado.

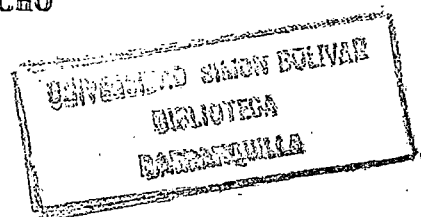
Director. Dr. EDUARDO FRAIJA V

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1987



1034313

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARCELONA

DR
#0272
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARCELONA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARCELONA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARCELONA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

FRANQUILLA
403 4313

No. INVENTARIO

449

PRECIO

21 FEB. 2008

FECHA

CARDE

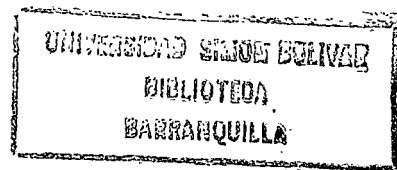
POSICION

PERSONAL DIRECTIVO

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

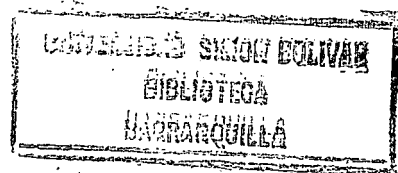
RECTOR	: Dr. JOSE CONSUEGRA H.
SECRETARIO GENERAL	: Dr. RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA
DECANO FACULTAD DE DERECHO	: Dr. CARLOS LLANOS SANCHEZ
PRESIDENTE DE TESIS	: Dr. EDUARDO FRAIJA

BARRANQUILLA, 1987



EL TRATADO DE INVESTIGACION DIRIGIDA

Es en Derecho un análisis jurídico que nos lleva a estudiar en sí los diferentes marcos como son: El histórico, social, legal y analítico, encerrando la importancia del tema. Es una inquietud que en sus conclusiones busca solucionar adecuadamente un proceso informativo; enmarcando así un cuadro de contenido el cual es de libre discusión.



Barranquilla, Octubre 27 de 1987.

Doctor

CARLOS LLANOS SANCHEZ

Decano Facultad de Derecho

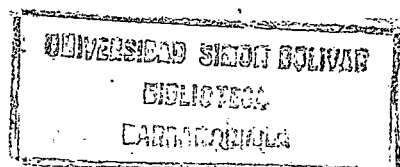
Universidad Simón Bolívar.

La Ciudad.

Apreciado Doctor:

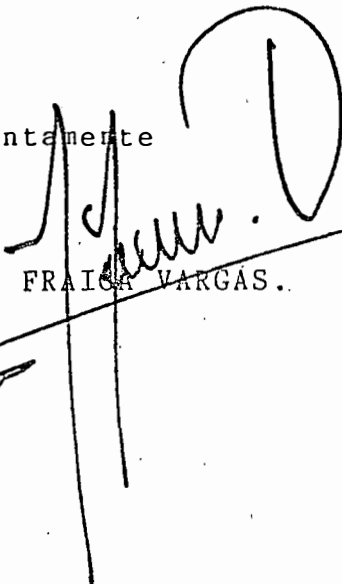
En mi carácter de Director de tesis y profesor asesor del trabajo intitulado " FILIACION EXTRAMATRIMONIAL", tema éste escogido por la egresada OLIVIA ESTHER SANDOVAL MARTINEZ, con el objeto de poder optar al título de Abogada por parte de esta Universidad, es para mi satisfactorio el poder manifestar que este trabajo fué el producto y desarrollo de una investigación seria y profunda, demostrando su autora conocer de una forma analítica toda su temática, la cual nos presenta en términos sencillos pero con vastos conocimientos metodológicos y con una aplastante lógica jurídica en cada uno de sus diferentes capítulos, todo lo cual aunado constituye un nuevo y valioso aporte al campo investigativo del derecho, enriqueciendo de esta manera este importante campo.

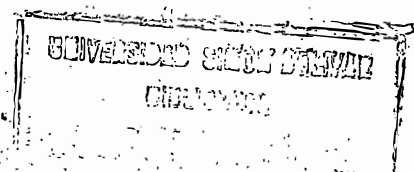
Por todo lo anterior, mi concepto es el de aprobar la presente tesis, pues ella ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos de orden académico, jurídico, analítico y metodológico que exige nuestra facultad, para que se pueda tener como tesis de grado, como requisito para optar por el título en derecho que exige esta Universidad.



No siendo otro el motivo de la presente, me suscribo de
Usted,

Muy Atentamente


EDUARDO FRAILE VARGAS..



T
346.017
S218

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

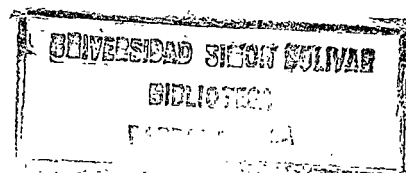
Jurado

Barranquilla, Octubre 24 de 1987.

CALIDAD DE ABOGADO

Debe ser un profesional dedicado, con enamorado criterio de servicio a los que necesitan altivo en la defensa noble en el triunfo. Y guiarse por ética profesional, que es el criterio que debe seguir todo buen Abogado.

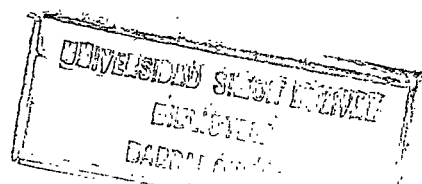
Olivia Esther.



AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas que en una u otra forma me ayudaron a realizar este trabajo de investigación dirigida, prestándome la Documentación Científica y suministrándome la información necesaria para este tipo de trabajo.

A los Doctores EDUARDO FRAIJA, AMADO GOMEZ, CARLOS LLANOS, Decano de la Facultad, quienes con su buena enseñanza me motivaron, conduciéndome así por el buen camino del estudio y dedicación de mi carrera profesional.



DEDICATORIA

A mis padres EULALIA MARTINEZ
y ALFREDO SANDOVAL , les dedico
este título como fruto de sus
esfuerzos y los míos.

A mi tía en una forma muy espe-
cial AMALIA MARTINEZ DE JULIO.

A todos mis familiares, amigos
que de una u otra forma me
ayudaron en esta ardua lucha
de superación.

Olivia Esther.

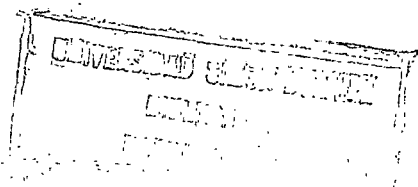
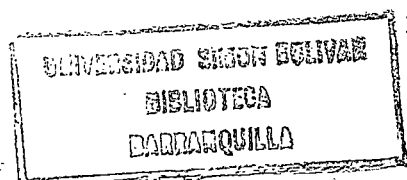
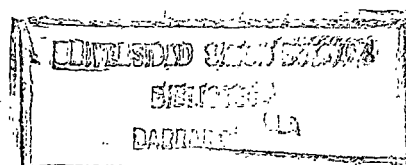


TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	11
1. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO EXISTIO EN EL PRIMITIVO	15
1.1. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO ES DE ORIGEN NATURAL	17
1.2. EFECTOS DE LA FILIACION NATURAL (ACTUALMENTE EXTRAMATRIMONIAL)	17
2. LA ADOPCION EN LA EPOCA GRECO-ROMANA	19
2.1. SITUACION DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL	19
3. CONDICION DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN EL CRISTIANISMO	21
4. CONCEPTO EN LA ERA MODERNA DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL	22
4.1. CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	24
4.2. CASOS EN QUE HAY LUGAR A DECLARAR LA PATERNIDAD NATURAL	27
4.3. EFECTOS DE LA FILIACION NATURAL (ACTUALMENTE EXTRAMATRIMONIAL)	28
5. EL HIJO NATURAL PREDOMINIO DE LA CLASIFICACION ECLESIASTICA	30



5.1. DISGRIMINACION CIVIL	31
5.2. DEPLORABLE SEÑALAMIENTO SOCIAL DEL HIJO ADULTERI- NO	31
5.3. FENOMENO DE LA ADOPCION	32
6. ARTICULOS PERTINENTES	36
6.1. ARTICULO 411 DEL CODIGO CIVIL	36
6.2. HIJOS QUE PUEDEN SER RECONOCIDOS COMO NATURALES (ACTUALMENTE EXTRAMATRIMONIALES)	37
6.3. CASACIONES	39
7. COMENTARIO ARTICULOS PERTINENTES	45
7.1. ARTICULO 411 DEL CODIGO CIVIL INCISO 5º	45
7.2. LEY 45 DE 1936, ARTICULO 1º.	46
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFIA	50

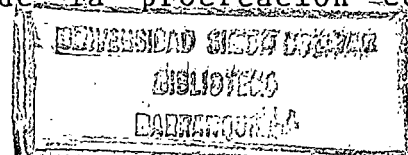


INTRODUCCION

La familia es un hecho social natural primario instintivo. Ella es el principio y fuente de toda organización. Grupo nacido espontáneamente al impulso del instinto y la necesidad para la integración del hombre hacia una finalidad común; mandato instintivo que está en la naturaleza, su sociabilidad.

La categoría de hijo es un tema social jurídico, que interesa al hombre desde hace mucho tiempo y como integrante de la sociedad me motiva a investigar y obtener una mayor claridad sobre la posición social de los hijos extramatrimoniales así como la norma que encuadra y estudia lo referente a este tema de la familia.

Siendo la herencia la garantía económica de una familia, me parece de vital importancia su fundamentación. La presencia de los hijos es básica en la estabilidad del hogar, porque así no sean ellos frutos de una monogamia es sin embargo de tal naturaleza la entidad "Antológica Hijo" no sólo por la necesidad de la procreación como



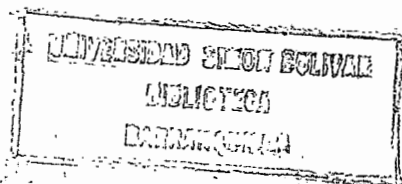
fueron indispensable de la continuidad de la especie, sino por ellos constituyen un vínculo de íntimo arraigo sentimental; el hijo es raíz, flor, fruto y tronco de la más grande maravilla del mundo: el hombre, pues todo lo que rodea al hijo es digno de estudio y de la investigación, sea cual fuere su origen.

Para el desarrollo de mi investigación he dividido mi trabajo en marcos así:

MARCO HISTORICO. Sección en la cual presento un cuadro de éste fenómeno, a partir de la primera antigüedad discutiendo a través de los siglos en el desarrollo que con altos y bajos ha tenido esta modalidad de hijos extramatrimoniales.

MARCO SOCIAL: Esta sección comprende una serie de consideraciones que la sociedad presenta acerca de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

MARCO LEGAL: En éste citamos los artículos del Código y las leyes pertinentes al fenómeno que investigamos; traemos a colación los criterios de los doctrinantes respecto a algunos puntos, la Jurisprudencia de la Corte y los comentarios propios que hacemos, entrando en la parte de las discusiones.



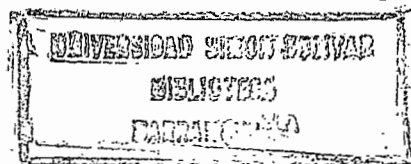
MARCO ANALITICO: En el cual hacemos un análisis detallado de las deficiencias halladas en tales piezas legales , y anunciamos allí las soluciones que creemos necesarias.

En las conclusiones presentamos las soluciones a que hemos aludido, y la sustentamos, por ser deducciones de nuestra investigación.

OBJETIVOS: El marco de referencia de este trabajo busca un objetivo, racionalizar las opiniones sobre el particular y ofrecer una muestra que pueda servir de base al futuro planteamiento del tema. Pretender hacer un análisis crítico de este tema en base a las implicaciones subjetivas y adjetivas que éste encierra y definir mi posición al respecto, buscando mejores fórmulas de igualdad, porque , todavía quedan rezados que son límites de esa igualdad.

JUSTIFICACION: Justifico este tema por su importancia en un Estado democrático, lo que radica principalmente en dar a conocer la odiosa discriminación a que ha sido sometido el hijo extramatrimonial a través de los tiempos hasta llegar a la igualdad sucesoral, donde se les dá un tratamiento equitativo.

METODOLOGIA: Sigo en este trabajo el método ICONTEC propuesto por el ICFES para trabajo de investigación aunque

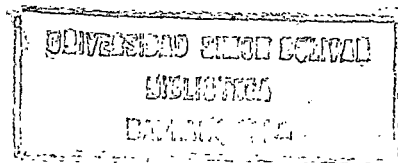


a veces me oriento por mi propio criterio en algunos puntos de división.

1. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO EXISTIO EN EL PRIMITIVISMO

Bachofen, Taylor y Morgan , en su Obra la Sociedad Primitiva sostienen la teoría llamada matriarcal, fundamentada en estos presupuestos. En los orígenes de la humanidad los seres humanos habrían vivido en la promiscuidad sexual a semejanza de los animales, sin normas rectoras en absoluto; un comercio de esta naturaleza excluye toda servidumbre de paternidad y la descendencia sólo podría contarse a través de la línea materna; en razón de esta circunstancia las mujeres como madres , y en su carácter de únicos parientes ciertos de la generación joven, llegaron a gozar de ciertas preminencias absoluta debido a la promiscuidad en que vivía el hombre. En el primitivismo no existió la organización dentro de la familia, la familia surgió desde el momento en que se formó la sociedad, era importantes esta organización dentro de la familia, para diferenciar los órdenes en que se encontraba una persona de otra.

Con fundamento en los anteriores presupuesto los citados



autores, presentan los siguientes grupos familiares. La familia consanguínea, que se caracterizó por la prohibición de la unión sexual entre los progenitores y la prole, pero era permitido entre hermanos. La familia punalúa; prohibía el incesto entre progenitores e hijos y entre hermanos; la familia sindiásmica, el hombre vive con una sola mujer pero conserva el derecho de serle infiel; la mujer debe serle fiel al hombre hasta tanto dure la unión, pero ésta se podía romper con facilidad y la mujer quedaba con los hijos. La familia monogámica; aquí es donde existe la preocupación de crear hijos de paternidad cierta y en donde se acrecienta el poder del padre.

La familia moderna se caracterizó por ciertas notas fundamentales que se han manifestado y afianzado a través de una larga evolución. Entre esas notas deben mencionarse la monogamia, la libertad del hombre y la mujer para formar una familia, la comunidad familiar o doméstica un principio de autoridad y el carácter de orden público de las obligaciones familiares.

La familia monógama se fundamenta en el matrimonio de un solo hombre con una sola mujer. Era costumbre afirmar en forma dogmática que la monogamia había sido un principio constante a través de la historia de la especie humana. Sin duda alguna de la monogamia se derivan grandes

ventajas para la sociedad y para la familia. En primer término la monogamia es más favorable para la conservación de la especie, por tanto puede predecirse la paternidad de los seres humanos.

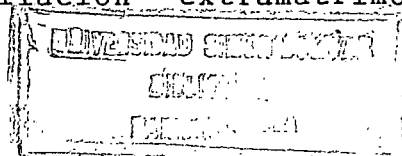
1.1. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO ES DE ORIGEN NATURAL

El origen del hijo extramatrimonial es de carácter legal; producto del desarrollo de normas legales que se instituyeron a través del matrimonio, que es una institución de carácter solemne; en que un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente.

El hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres es hijo legítimo. Quiere esto decir; que los hijos concebidos por parejas que no están casadas entre sí, se consideran hijos ilegítimos, también se consideran ilegítimos los concebidos durante el divorcio, o la separación legal de los cónyuges, a menos que se pruebe que el marido por actos positivos los reconoció como suyos o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre ellos.

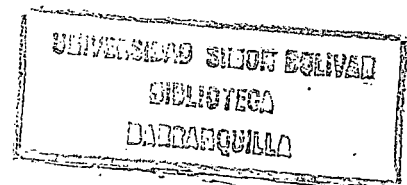
1.2. EFECTOS DE LA FILIACION NATURAL (ACTUALMENTE EXTRAMATRIMONIAL

Los efectos principales de la filiación extramatrimonial



que se concretan en un conjunto de derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos extramatrimoniales. Del mismo modo que en la filiación legítima, esos derechos y obligaciones se relacionan por una parte con la representación que sobre el hijo extramatrimonial tienen los padres naturales por virtud de la incapacidad en que se encuentra el hijo, y por otro, con una serie de obligaciones y derechos de estricto orden personal. En síntesis se trata de la patria potestad y de la obligación de cuidado.

- El más importante efecto de la filiación natural (extramatrimonial) consiste en que los hijos extramatrimoniales son llamados a heredar a sus padres. En general cualquier filiación debe producir dicho efecto, pues lo normal es que a la muerte del padre o de la madre el hijo herede sus bienes.



2. LA ADOPCION EN LA EPOCA GRECO-ROMANA

La adopción es una institución de Derecho Civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *Iustae Nuptiae*, entre el hijo y el jefe de la familia.

De esta manera hace caer bajo la autoridad paterna e introduce a la familia civil a personas que no tiene por lo regular, ningún lazo de parentesco natural como el jefe.

La adopción sólo tiene importancia en una sociedad aristocrática, donde la voluntad del jefe influye sobre la composición de la familia, tal como la Sociedad Romana. Contribuye al medio de asegurar la perpetuidad de las familias en donde una época en donde cada una tenía su papel político en el Estado.

2.1. SITUACION DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Los Romanos dan el nombre de concubinato a una unión de

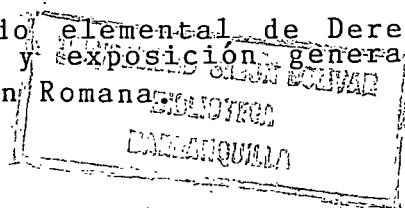
orden inferior, más duradera, y que se distinguían así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. En Roma el concubinato era una institución regular, no arrastrando ninguna deshonra, ni para que la practican ni para los hijos oriundos.

En un principio, el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a la *Justae Nuptiae*. Por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido, pues aunque algún ciudadano hubiese tomado para concubina a una mujer de su mismo rango.

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y nacen *Sui Juris*.¹

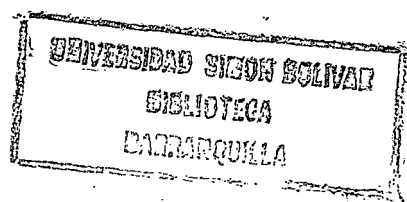
1

PETIT, Eugene. Derecho Romano. Tratado elemental de Derecho Romano. Desarrollo histórico y exposición general y los principios de la Legislación Romana.



3. CONDICION DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN EL CRISTIANISMO

Apareció en Roma, la formidable institución del cristianismo, llegado a Roma por el traslado de cien mil judíos, hizo a Roma el Emperador Vespaciano cuando el General Tito destruyó a Jerusalén; esta religión introdujo un concepto nuevo del matrimonio; lo considero como institución Divina con derechos civiles, esto era al mismo tiempo sacramento y contrato, creaba pues entre los cónyuges un vínculo de perpetuidad, destruyendo así el divorcio y una obligación de mutua asistencia y deber de procreación que lo incluía en el contrato civil de los Romanos. Con estas características el matrimonio ha llegado hasta nosotros. Y el concubinato fué rechazado enfáticamente por la iglesia. Este rechazo del concubinato inculcó especialmente en la Sociedad Colombiana un sentimiento fanático contra esta clase de unión libre, que llegó hasta el punto de considerarlo como un pecado gravísimo. Por ende el hijo extramatrimonial está claramente marcado como producto del pecado.



4. CONCEPTO EN LA ERA MODERNA DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Para empezar a explicar lo que es el hijo extramatrimonial que en la era moderna definamos lo que es filiación:

Se denomina filiación, el vínculo que une al hijo con su padre, o con su madre. Desde el punto de vista del padre o de la madre se llama maternidad o paternidad respectivamente.

La filiación puede ser: Legítima o matrimonial, ilegítima, natural o extramatrimonial y adoptiva.

La filiación es legítima cuando los padres del hijo de que se trata se encuentran casados entre sí.

La filiación ilegítima o extramatrimonial se presenta cuando entre el padre y la madre no existe vínculo matrimonial, puede ser transformada en legítima o matrimonial por medio de la institución de la legitimación, o sea, el beneficio por el cual el Legislador confiere a un hijo concebido fuera del matrimonio la calidad de hijo legí-

timo con las consecuencias que de éste Estado se deducen por el posterior matrimonio de sus padres.

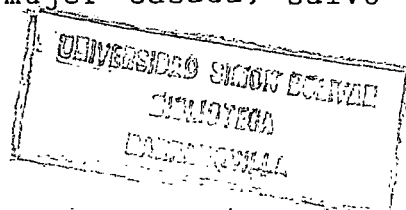
La filiación adoptiva: nace de una ficción jurídica y es el resultado de la adopción, ya sea de una convención entre adoptante y adoptado, o de una sentencia judicial.

Definido lo que es filiación, y las diferentes clases de filiación entramos en materia de lo que es el hijo extramatrimonial en la era moderna; existen tres categorías de hijos: Legítimos, extramatrimoniales, adoptivos.

Ya se ha dicho que hijos legítimos, son aquellos provenientes del matrimonio.

Actualmente el concepto de hijo extramatrimonial, es el que proviene de personas que no se encuentran casados entre sí, cuando ha sido reconocido o declarado como tal, lo que se refiere al padre, por cuanto el acta de nacimiento sirve para indicar quien es la madre.

Hijos naturales dados a luz por casada (Actualmente hijos extramatrimoniales) el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como extramatrimonial, pero también se advierte pedir la declaración judicial de maternidad natural cuando se atribuye a mujer casada, salvo



en los casos señalados expresamente.

Cuando el hijo es concebido durante el divorcio o separación legal de los cónyuges, salvo cuando se compruebe que hubo reconciliación privada entre ellos.

Cuando el marido desconoce al hijo la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores si fuere menor.

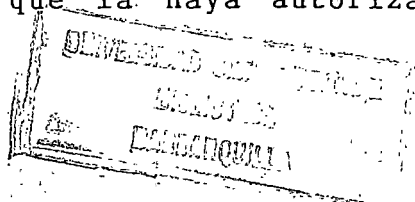
Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido. El hijo podrá reclamar contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal.

4.1. CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial tiene como principales caracteres los siguientes: Es irrevocable, la irrevocabilidad del reconocimiento es uno de los caracteres más importantes; pero debe notarse que ella no se opone

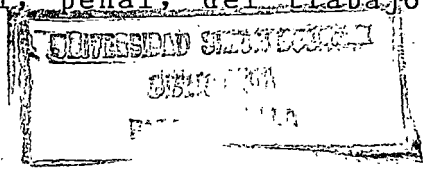
a la nulidad de la declaración de voluntad. La irrevocabilidad solo indica que el padre no puede arrepentirse de haber reconocido a su hijo.

Así un padre puede reconocer a su hijo extramatrimonial en un testamento o si este se anula o revoca, el reconocimiento del hijo quedará en firme. El reconocimiento es un acto declarativo; tiene éste carácter porque su finalidad " no es crear un nuevo estado de cosas" sino comprobar una filiación ya existente desde la concepción. Además de ser un acto declarativo e irrevocable es un acto confesión, de esto se deduce que constituye una declaración de voluntad, que como tal debe estar exenta de vicios y además, que emane de una persona capaz de reconocer hijos extramatrimoniales seguidamente señalaremos las formas de reconocimiento: Tenemos el acta de nacimiento, en donde el padre puede reconocer al inscrito como su hijo firmándola. El funcionario del estado civil que extienda la Partida de Nacimiento de un hijo extramatrimonial, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial dentro de los treinta (30) días siguientes a la inscripción, el funcionario que la haya autorizado



la notificará personalmente al presunto padre, si éste no hubiere firmado el acta de nacimiento." El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pié del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna; y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores para que éste inicie la investigación de la paternidad".

También se hace el reconocimiento en Escritura Pública; es posible que se otorgue la Escritura Pública con el fin exclusivo de reconocer a uno o varios hijos; pero también puede otorgarse para otros fines y contener, además, el reconocimiento, como cuando el padre otorga poder general a su hijo, advirtiéndolo así en forma clara y explícita. El testamento es otra forma de hacer el reconocimiento; es la forma más usual de reconocer los hijos naturales, (actualmente hijos extramatrimoniales) y al respecto debe recordarse lo dicho anteriormente, esto es, que la nulidad, la revocabilidad o la caducidad del testamento no implica nulidad, revocación o caducidad del reconocimiento de hijos extramatrimoniales. Otra forma de hacer el reconocimiento es la manifestación espontánea, directa y expresa ante un juez, quien debe levantar un acta o constancia escrita del reconocimiento. Este puede hacerse ante cualquier juez (civil, penal, del trabajo)



del orden administrativo, de policía); basta que sea un funcionario que tenga jurisdicción y mando, conforme a la noción vulgar de juez.

4.2. CASOS EN QUE HAY LUGAR A DECLARAR LA PATERNIDAD NATURAL

Hay lugar a declarar la paternidad de un hijo extramatrimonial cuando ha habido rapto o violencia sobre la mujer, que después fué madre, es necesario que el nacimiento del ser humano haya sido producto de las relaciones sexuales habidas entre el raptor o violentador también en el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.

Mediante declaración inequívoca de paternidad a través de carta u otro escrito. Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

La existencia de relaciones sexuales notoria entre la madre y el presunto padre en la época en que se presume la concepción, da lugar a la declaración de paternidad, dichas relaciones podrán inferirse del trato personal social entre la madre y el presunto padre apreciado dentro

de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad² y continuidad.

4.3. EFECTOS DE LA FILIACION NATURAL (ACTUALMENTE EXTRAMATRIMONIAL)

Los efectos principales de la filiación extramatrimonial que se concretan en un conjunto de derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos extramatrimoniales. Del mismo modo que en la filiación legítima, esos derechos y obligaciones se relacionan por una parte, con la representación que sobre el hijo extramatrimonial tienen los padres naturales por virtud de la incapacidad en que se encuentra el hijo y, por otra, con una serie de obligaciones y derechos de estricto orden personal. En síntesis, se trata de la patria potestad y de la obligación de cuidado.

El más importante efecto de la filiación natural (extramatrimonial) consiste en que los hijos extramatrimoniales son llamados a heredar a sus padres. En general cualquier

²

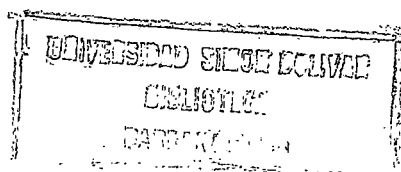
VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. p.87.

filiación debe producir dicho efecto, lo normal es que a la muerte del padre o de la madre, el hijo herede sus bienes.

5. EL HIJO NATURAL PREDOMINIO DE LA CLASIFICACION ECLESIASTICA

La Ley lo llama hijo extramatrimonial, al llamado anteriormente por la Iglesia y por la sociedad hijo natural, el cambio de nombre se debió a la redundancia que este presenta, pues todo hijo es producto de la naturaleza. El hijo origen de la unión libre es repudiado por la iglesia ya que la familia que se conforma debe reposar dentro de un marco como es el matrimonio, la iglesia católica sostiene; que el matrimonio es una institución de derecho natural que fué elevada por Jesucristo a la categoría de Sacramento.

Los ministros del sacramento son los propios contrayentes. Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, el desorden del hombre por la concupiscencia origina desorden en las relaciones familiares, por eso la Iglesia señala a los hijos que resultan de la unión extramatrimonial como de origen bastardo. La unión sexual es un fenómeno de índole esencialmente natural que es el fundamento de la familia; la familia



es la primera célula de la sociedad. De esto se deduce que tanto el hijo legítimo como el extramatrimonial se hayan naturalmente incluidos en esta arquitectura social.

5.1. DISCRIMINACION CIVIL

Los problemas jurídicos que plantean los hijos naturales (actualmente extramatrimoniales) son muy difíciles de resolver y por ello los legisladores modernos han encontrado graves tropiezos en la regulación sobre la filiación extramatrimonial. Quiere el orden jurídico en armonía con los postulados del orden moral que el hombre satisfaga sus relaciones de índole sexual en forma ordenada es decir, dentro del matrimonio. Pero esta aspiración no la siguen todos los hombres pues si así fuere desaparecería el concubinato. Todos los hijos serían legítimos y no habría hijos extramatrimoniales.

5.2. DEPLORABLE SEÑALAMIENTO SOCIAL DEL HIJO ADULTERINO

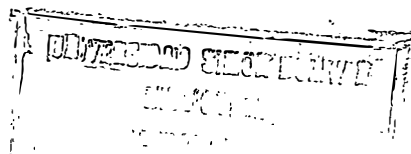
Era hijos naturales los hijos fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí libremente, y no eran naturales los habidos fuera de matrimonio de personas que no podían casarse entre sí libremente en el momento de la concepción. Estos últimos eran hijos de dañado y punible ayuntamiento, entre éstos se distinguan los incest-

tuosos y los adulterinos; producto éste último de la infidelidad de algunos de los cóyuges que se encontraban casados!"³

5.3. FENOMENO DE LA ADOPCION

La adopción se encontraba deficientemente reglamentada por el Código Civil, debido a una falsa concepción del fundamento y de los fines del hecho de adoptar, vale decir, de prohijar a una persona que por naturaleza o sangre no es hijo.

Considerar que la paternidad y la filiación son apenas un hecho biológico, o sea, que es únicamente la circunstancia de engendrar y ser engendrado lo que crea el estado de padre e hijo, constituye una concepción incompleta (y hasta un tanto materialista) de los problemas jurídicos de la paternidad y la filiación. El derecho y la biología no andan siempre de acuerdo, ni es necesario que formen siempre un todo indisoluble. Ciertamente el hecho biológico se ha considerado como fuente para establecer los conceptos de padre, madre e hijo; pero ese hecho único no es capaz de crear todo ese conjunto de sentimientos, de amor, de consideración y respeto que existe entre padres e hijos, y que es lo que suministra un auténtico contenido espiritual y dinámico de los citados concep-



tos. Es verdad que el hombre ama a quien ha sido engendrado por él en cuanto considera que lleva su propia sangre y que la mujer ama a quien se ha gestado en su vientre; pero un análisis más penetrante nos pondrá de relieve que los sentimientos de paternidad y filiación están integrados por dos clases de supuestos: el biológico y el psicológico.

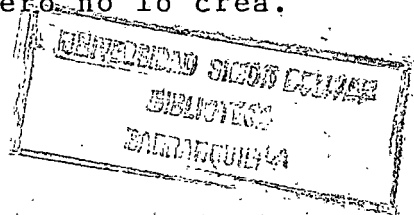
El supuesto biológico tiene su raíz en la sangre y naturalmente en la creencia un tanto irracional de que la personalidad se prolonga y perpetúa en la de los hijos. Pero la personalidad humana es ante todo un ente cultural, es decir un conjunto armónico de ideas, de creencias, de sentimientos, de aspiraciones, de concepciones frente a la vida. El verdadero padre o la verdadera madre son los que han criado, educado e infundido en sus hijos una vida moral y psicológica, y no meramente quienes fueron causa biológica de una escueta existencia orgánica. Un concepto profundo y vital de la paternidad y de la filiación se nutre más de contenidos mecánicos o simplemente biológicos.

Esto nos enseña que los vínculos de paternidad pueden acrecentarse y cobrar vida autónoma y plena entre persona que biológicamente no se encuentran entre sí en una relación de engendrantes y engendrados. Quien a otro toma

como su hijo, lo educa, le suministra un patrimonio cultural jamás tolerará que se destruya ese nexo de paternidad.

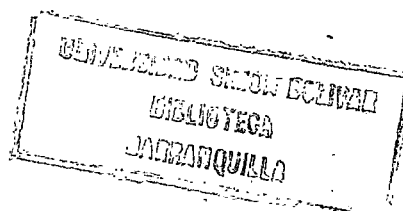
La adopción es el prohijsamiento como hijo legítimo de quien no lo es por naturaleza, ciertamente la adopción tiene por objeto dar al adoptado la posición de hijo legítimo frente al adoptante, quien asume la de padre o madre legítimos el objeto principal de la adopción es la de dar al adoptado la posición de hijo legítimo en sus relaciones con el adoptante.

Muchos autores afirman que la adopción es una ficción pues trata de imitar los vínculos de sangre al tener como hijo a quien biológicamente no lo es. Ya pusimos de manifiesto que entre adoptante y adoptivo pueden formarse vínculos de afecto fundados en los hechos psíquicos de la personalidad social y moral, y que ésta personalidad es real y no ficticia. Es error creer que la paternidad sólo puede tener como base única el vínculo de sangre; es más, la auténtica paternidad se origina más en datos de la personalidad moral que en la de sangre. Con razón se ha dicho que la adopción es, ante todo " una realidad sicológico-social". La Ley nada finge ni imita; el legislador observa un fenómeno y lo estructura jurídica; lo somete a una reglamentación legal pero no lo crea.



La esencia de la adopción consiste en el establecimiento de un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado, este es el denominado parentesco civil, " el que resulta de la adopción, mediante el cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijos"⁴.

⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit. p.578.



6. ARTICULOS PERTINENTES

6.1. ARTICULO 411 DEL CODIGO CIVIL

" Se debe alimentos...inciso 5º. A los hijos naturales (leáse actualmente: extramatrimoniales), su posterio-
ridad legítima y a los nietos naturales (Up Supra)".

En este artículo la Ley dispone la obligación alimentaria y nos referimos a este inciso 5º. Según se debe alimentos a los hijos extramatrimoniales, a los hijos legítimos de éstos y a sus nietos extramatrimoniales, el inciso es confuso porque, no se encuentra razón para que solamente los hijos legítimos del hijo extramatrimonial tengan derecho a estos alimentos y no sus hijos extramatrimoniales.

Expongamos un caso: Luis reconoce a José como hijo Extramatrimonial al cual le debe alimentos, y José procrea a Pedro como legítimo y a Ricardo como extramatrimonial

mueren Luis y José, como abuelo de los dos muchachos y le debe alimentos a ambos, pues Pedro es su posteridad legítima y Ricardo su nieto extramatrimonial. A qué se debe esta distinción?. Un breve comentario hago; no pudo el legislador prescindir de la dominante influencia tradicional de menospreciar la condición de extramatrimonial que tiene el hijo de una pareja no casada; y por ello hubieron de hacer la distinción consabida, aún pecando contra la lógica y el buen sentido.

6.2. HIJOS QUE PUEDEN SER RECONOCIDOS COMO NATURALES (ACTUALMENTE EXTRAMATRIMONIALES)

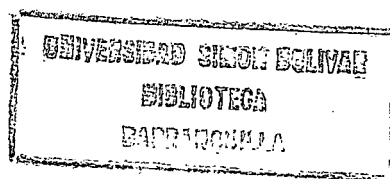
En lo tocante a la evolución que ha tenido la legislación colombiana puede decirse que comprende tres etapas, la del Código Civil, la de las leyes de 1887 y la vigente, o sea la Ley 45 del 36. La primera etapa corresponde a la vigencia del artículo 318 del Código Civil que establecía " los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad de hijos naturales respecto al padre o a la madre que los haya reconocido".

Pero el artículo 52 del mismo código decía que hijo natural es el habido fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción; al

lado de estos hijos naturales colocaba los provenientes de dañado y punible ayuntamiento. De este modo existía una clara contradicción en el Código Civil entre los artículos 318 y 52. Para eliminar esta contradicción fué dictado el artículo 7º de la Ley 57 de 1887, que hacia prevalecer el artículo 52 del Código Civil y a cuya vigencia corresponde la segunda etapa.

Además el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 también hacia referencia a la misma noción de hijos naturales. Conforme a los conceptos imperantes en la segunda etapa eran hijos naturales los habidos fuera del matrimonio, de personas que no podían casarse entre sí libremente en el momento de la concepción. Estos últimos, según decía la ley, eran hijos de dañado impunes ayuntamiento, dentro de éste se distinguían los adulterinos y los incestuosos.

Este sistema de las leyes de 1887, cuya sola enunciación bastaba para darse cuenta de sus defectos fué derogado por la Ley 45/36 cuyo artículo 1º dice: El hijo de padres nacidos que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí es natural cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto a la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento.

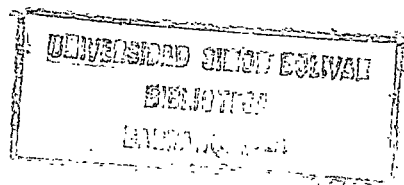


6.3. CASACIONES

PRIMERA CASACION: La Ley 45 de 1936 tiene alto fin social, no puede menos de interpretarse de manera restrictiva, ceñida a su contexto literal, porque ésta es mandamiento de excepción que exige interpretación restrictiva" (Casación, 25 de Marzo de 1942 LIII, 272).

COMENTARIO: Según este concepto de la Corte Suprema de Justicia se reconoce para esta ley un "alto fin social", y en efecto lo tiene, pero sólo dentro del ámbito estrecho en que se tiene el concubinato, pues si a los concubinos y a sus hijos se les ha tenido y se tiene en mejor concepto y por ello cualquier migaja parece un banquete; y esto lo confirma la Corte cuando acepta que "no puede menos de interpretarse de manera restrictiva ceñida a su contexto literal".

SEGUNDA CASACION: " Los hijos legítimos que no son escudios pueden ser reconocidos y adquirir, por lo tanto, la calidad de natural, respecto del padre reconocedor. Cuando adviene el reconocimiento se produce consecuentemente ese estado civil, y si en él subsiste la calidad de simplemente ilegítimo, son unos y otros, y a los reconocidos no les cambia esa calidad, lo que implicaría salir de este grupo para pasar a la de los legítimos así pues,



un hijo ilegítimo que de suyo lo es simplemente, puede subsistiendo su ilegitimidad, pasar a ser hijo natural, en cuanto su padre lo reconozca con las formalidades legales, que son un acto testamentario o un instrumento público entre vivos. Por consiguiente no tiene cabida en la ley la posibilidad de que un hijo reconocido en tal forma por su padre siga siendo simplemente ilegítimo porque la ley determina y señala para el reconocimiento consecuencias que los particulares no pueden impedir, siendo el que ellas, por referirse al estado civil, son de orden público". (Casación, Julio 10 de 1942, LIV, 132).

COMENTARIO: En esta jurisprudencia es donde se establecen las calificaciones de hijo ilegítimo simplemente e hijo natural, (extramatrimonial); calificación que en realidad solo sirve para apuntarla al carácter restrictivo de la Ley 45 de 1936, no siendo suficiente para aliviar este concepto de estrechez al que se añada al énfasis de que, una vez reconocido el hijo ilegítimo por su padre, éste reconocimiento produzca la consecuencia anotada de convertirlo en hijo extramatrimonial, énfasis que parece ridículo, porque la calentura no está en la sábana ya que no atenúa en nada al status peyorativo del concubinato.

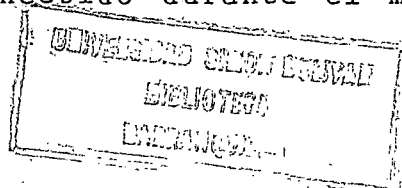
TERCERA CASACION: Según el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, pueden ser reconocido como naturales los hijos

llamados adulterinos". (Cas. 31 de Mayo de 1944 LVII, 137).

COMENTARIO: Esta jurisprudencia atenúa la situación conflictiva de los hijos adulterinos pues, al ser reconocidos por sus padres o ridiculizados como si fuera una dignificación al ser hijo extramatrimonial.

CUARTA CASACION: " La Ley 45 de 1936 está inspirada en el sentido justiciero y humanitario de amparo al nacido fuera del matrimonio; pero no por ello deja de establecer limitaciones que el juzgador no puede pasar por alto. Así por ejemplo en principio prohíbe el reconocimiento como natural de un hijo concebido por mujer casada y establece como excepción el reconocimiento de la paternidad por el marido y sentencia ejecutoriada que declare no ser hijo suyo. En otras palabras, para la posibilidad de que el concebido por mujer casada sea reconocido como hijo natural y de su peso se cae que será el padre que no es el marido es preciso que éste lo desconozca y que una sentencia ejecutoriada refrende por decirlo así, o dé valor o existencia legal y eficacia a ese desconocimiento.

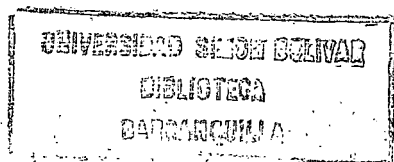
Así concilia la Ley 45 su aludido interés protector con el de la sociedad y de la familia a que corresponde la presunción de legitimidad del concebido durante el matri-



monic de sus padres".

COMENTARIO: Nótese la expresión de la Corte cuando dice de la Ley 45 que comentamos, que esta Ley prohíbe el reconocimiento como extramatrimonial de un adulterino hijo de madre casada, para luego abrir una excepción cuando afirma que " el marido y por sentencia ejecutoriada declare no ser hijo suyo". Es decir que se está atentando contra su status natural: Un adulterino pasa a ser extramatrimonial sólo cuando el marido de la mujer adúltera declara ante la Ley, quien lo certifica por sentencia ejecutoriada, que ese niño no es de él. Se somete aquí a la pecadora a una obligada confesión pública, y todo ello para que el muchacho inocente sea reconocido por la Ley lo que ya naturalmente es: Un hijo fuera del matrimonio.

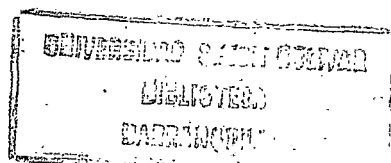
QUINTA CASACION: Cuando la mujer ha abandonado el hogar y le nace un hijo después del décimo mes de tal abandono, el marido puede en cualquier tiempo impugnar la legitimidad de ese hijo; pero como sobra decirlo su demanda tiene que invocar esos hechos y de cargo suyo es probarlo del propio modo de alegar y probar el adulterio de la mujer cuando es el caso y en ello fundan su impugnación, o mejor dicho ha de dar cabida a otras pruebas. Y cuando no se invocan estas causales, lo precedente y necesario es demostrar la imposibilidad física absoluta requerida por



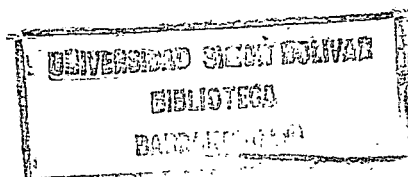
el artículo 214 del Código Civil. Es muy difícil de probar salvo el caso de impotencia comprobada, creemos que lo que debe probarse es el hecho físico de no haber cohabitado con ella, por circunstancias de dudas en otras.

COMENTARIO: De esta casación observamos que si el marido quiere impugnar un hijo nacido en los 10 meses de haber abandonado el hogar, debe cuando menos probar la imposibilidad física de haberlo tenido; puede tratarse aquí de un adulterio con visos de concubinato, estable o de simple unión libre pero en todo caso " la imposibilidad física requerida por el artículo 214 del C. C.).

SEXTA SENTENCIA: " Si se tiene en cuenta la reforma establecida por la Ley 45 de 1936 en relación con los hijos naturales y lo dispuesto en los artículos 213 y 214, 236 y 237 del C.C. nuestra Legislación reconoce simplemente, en lo que respecta a la filiación dos clases de hijos: Los legítimos y los naturales. Entre los primeros se cuentan los legitimados, ya sean los que sus padres hayan reconocido como naturales a quienes el matrimonio legitima ipso jure o los concebidos inactivos antes del matrimonio, a quienes sus progenitores otorgan ese carácter designándolos como sus hijos en el acto del matrimonio o reconociéndolos posteriormente por escritura pública. De igual manera son concebidos antes del matrimonio y nacidos den-



tro de él. Por el sólo hecho del matrimonio se consideran legitimados ipso jure los hijos concebidos antes del vínculo. (C.C. art. 237). Por disposición del artículo 247 la legitimación de tales hijos no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad de los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio o sea, en los términos prescritos 214 a 224 del mismo código" (Sentencias, 20 Junio 1947, LXII, 463, 10 Junio 1945, LXIV, 437-30 Junio 1955-LXXX, 481).

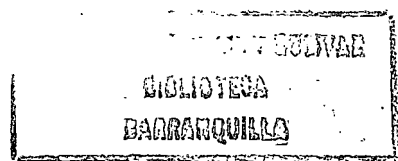


7. COMENTARIO ARTICULOS PERTINENTES

7.1. ARTICULO 411 DEL C.C. INCISO 5º.

Hablamos en el marco pasado de la confusión que presenta este inciso, pues no deja en claro a quien se refiere cuando dice: " y a los nietos naturales".

Entendemos que es un error de sintaxis pues no sería explicable el que se refiriera a cualquier nieto extramatrimonial, no porque ello establezca un derecho especial, sino porque estando ya establecido en el padre de este hijo está demás repetirlo. Me explico en el ejemplo propuesto, para el marco legal Ricardo es nieto extramatrimonial de Luis: si a el se refiere el inciso 5º está demás, pues si ya Luis le debe alimentos a José su hijo extramatrimonial, faltando José es apenas lógico que le deba alimentos el nieto extramatrimonial; y si ya por Ley le debe alimentos a Pedro es hijo legítimo de José luego tampoco hace mencionar a esta posteridad legítima, pero en todo caso, en donde realmente está la confusión



es mencionar nietos extramatrimoniales, y es por ello por lo que proponemos en las conclusiones una corrección sintáctica.

7.2. LA LEY 45 DE 1936 ARTICULO 1º

Según este artículo los hijos son: legítimos cuando a su nacimiento los padres ya estaban casados, ilegítimos cuando sus padres no estaban casados entre sí, pero que si son reconocidos a su nacimiento adquieren la calidad de extramatrimoniales respecto al padre reconocedor, de lo contrario son simplemente ilegítimos; espudios cuando son bastardos, esto es que han degenerado su honor familiar o su naturaleza social.

Este último adjetivo correspondía a edades pasadas, cuando la nobleza era el distintivo de la sociedad. Para nosotros es todavía importante la distinción entre legítimo e ilegítimo, toda vez que el hijo ilegítimo, mediante el reconocimiento de su padre, pueda llegar a ser considerado extramatrimonial, con el siguiente derecho a la partición herencial igual al hijo legítimo. Pero aún así subsiste el problema del hijo adulterino, que es ilegítimo pero que por ser de padres casados respectivamente en distinto matrimonio, no pueden ser legitimados, es decir no pueden ser reconocidos como hijos extramatrimoniales. Y no sólo,

sino que siendo la mujer la única casada y no el padre, tampoco puede ser reconocido como extramatrimonial a no ser que el esposo de la madre reconozca a este hijo de otro. Esta situación que brevemente contemplamos, y que declaramos inaceptable es como se ve proveniente del concubinato.

CONCLUSIONES

1º. Artículo 411 del C.C. inciso 5º para este inciso proponemos la solución siguiente en su redacción.

"Artículo 411 del C. C. Se debe alimentos ;... inciso 5º a los hijos extramatrimoniales su posteridad legítima y extramatrimonial ".

2º. Actualmente el concepto de hijo extramatrimonial abarca tanto a los hijos concebidos fuera del matrimonio como a los hijos adulterinos e incestuosos, haciendo aclaración que el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no pueden casarse por existir el vínculo matrimonial con persona diferente puede ser reconocido por el padre si este es el casado, pero si es hijo de madre casada con hombre diferente al padre, no puede ser reconocido como extramatrimonial a menos que el padre mediante hechos probatorios destruya la presunción de legitimidad que cubre a todo hijo nacido o concebido durante el matrimonio de sus padres.

Ley 45 de 1936 artículo 1º.

Para este artículo proponemos la siguiente redacción.

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

BIBLIOGRAFIA

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia. Librería Wilches, 1982. Filiación legítima, filiación ilegítima natural o extramatrimonial, igualdad herencial de los hijos.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Comentado. IX Edición Actualizada, Editorial Temis, 1983.

PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Desarrollo histórico y exposición general de los principios de la Legislación Romana.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia. Tomo V. Editorial Temis.

