

EVOLUCION DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS
A TRAVES DE LA HISTORIA

ALEXANDER JAVIER CANDIA GONZALEZ
GLORIA ESTELA ISAQUITA ARIZA
ISABEL MACHADO GARCIA

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1993

DR # 0152



EVOLUCION DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS
A TRAVES DE LA HISTORIA

ALEXANDER JAVIER CANDIA GONZALEZ
GLORIA ESTELA ISAQUITA ARIZA
ISABEL MACHADO GARCIA

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1993

NOTA DE ACEPTACION

Pr es i d e n t e d e l J u r a d o

Ju r a d o

Ju r a d o

Barranquilla, lo. de Julio de 1993

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS	4
1.1 LEGISLACION ORIENTAL	4
1.2 LEGISLACION GRECO-ROMANA	5
1.2.1 En cuanto a los asignatarios	6
1.2.2 En cuanto al causante	6
1.2.3 Hijos naturales y adoptivos	6
1.3 LEGISLACION FEUDAL	7
1.4 DERECHO CLASICO	7
1.5 DERECHO MODERNO Y CONTEMPORANEO	11
1.5.1 Rusia	11
1.5.2 Bloque capitalista	12
1.6 LEGISLACION COLOMBIANA	13
1.6.1 Régimen de la emancipación	14
1.6.2 Legislación de la República	15
2. CLASE DE FILIACION	16
2.1 FILIACION NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL	16
2.1.1 Hijos naturales	17
2.1.2 Hijos de dañado y punible ayuntamiento	18

2.1.3 Hijos simplemente ilegítimos	18
2.2 CONCEPTO DE HIJO NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL	18
2.3 HIJOS NATURALES DE MUJER CASADA	19
2.4 RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA PATERNIDAD NATURAL	20
2.5 FORMAS DE RECONOCIMIENTO	21
2.6 EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO	21
3. EL DESARROLLO DE LA IGUALDAD DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	23
4. DERECHO SUCESORAL DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	25
4.1 SISTEMA SUCESORAL ANTERIOR	26
5. REFORMA SUCESORAL DE 1982	28
5.1 EXPOSICION	28
5.2 IMPORTANCIA LEGISLATIVA	29
6. LA IGUALDAD SUCESORAL	32
6.1 FINES	32
6.1.1 Jurídicos	32
6.1.2 Económico-sociales	33
6.2 NATURALEZA JURIDICA DE LA IGUALDAD	34
6.3 RELACIONES FAMILIARES	34
6.4 RELACIONES SUCESORIALES	36
7. ALCANCE DE LA IGUALDAD SUCESORAL	38
7.1 EXCEPCIONES DE LA IGUALDAD SUCESORAL	39
8. ORDENES HEREDITARIOS SISTEMA ACTUAL	42

9. PRIMER ORDEN HEREDITARIO	47
9.1 HEREDEROS AL ABINTESTATO-LOS HIJOS	47
9.2 CLASE DE HIJOS	49
9.3 TODOS LOS HIJOS SON HEREDEROS EXCLUSIVOS DE LOS DEMAS	
9.4 EXCLUSION DE LOS ASCENDIENTES Y DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE.	52
9.5 DISTRIBUCION	54
9.5.1 Igualdad de cuotas	54
9.5.2 Reducción de las cuotas de los hijos legítimos y de adoptivos plenos cuando heredan los hijos extramatrimoniales o adoptivos simples	55
10. UNIONES SIN VINCULO MATRIMONIAL	57
10.1 EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO	58
10.2 EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y FRANCESES	58
10.3 EL CONCUBINATO EN COLOMBIA, ANTES Y DESPUES DE LA EXPEDICION DE LA LEY 45 DE 1936	60
10.4 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONCUBINATO	62
10.5 SOCIEDAD DE HECHO ENTRE LOS CONCUBINOS.	63
10.5.1 Naturaleza y elementos de las sociedades de hecho entre concubinos	64
10.5.2 Prueba de la sociedad concubinataria	66
10.5.3 Liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos	66
10.5.4 Concubinatos que no implican la formación de la sociedad de hecho	67

10.6 APRECIACION CRITICA DEL ACTUAL SISTEMA CO- LOMBIANO SOBRE CONCUBINATO Y ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA EN OTROS PAISES	68
11. CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFIA	74

INTRODUCCION

Escogimos este tema para hacer una investigación profunda, pero concisa, de acuerdo con las limitaciones de espacio y tiempo sobre el pensamiento de los grandes tratadistas y juristas de todos los tiempos en relación con los derechos de los hijos ante los padres, la sociedad y las leyes, en razón de su filiación.

Por lo tanto, al iniciar la investigación de este tema, cabe destacar las diversas situaciones y reformas que se han suscitado a través de los tiempos, para poder romper ciertas tradiciones y tabúes, a fin de lograr una mejor y más adecuada interpretación de dicho tema en la actualidad.

En todas las legislaciones modernas se ha tratado de reivindicar la situación jurídica de los hijos naturales o ilegítimos -hoy extramatrimoniales- y Colombia no se ha quedado a la zaga, al expedir la ley 29 de 1982, que le asegura igualdad de derechos a esta

clase de hijos ante los legítimos, demostrando así que ningún ser humano puede ser discriminado, humillado u ofendido por razón de su origen.

La desigualdad que existía anteriormente entre los hijos naturales y los legítimos, en procura de justificar y mantener la institución del matrimonio, ha caído en desuso, ante los avances innegables de la justicia social.

La discriminación que existía en nuestra legislación con respecto a los hijos naturales o extramatrimoniales antes de la ley 29 de 1982, no tenía razón de ser, ya que en nuestro país, como en todas partes del mundo un gran número de parejas, por diversas razones, recurren a la unión libre en vez del matrimonio eclesiástico o civil. Como consecuencia de este fenómeno el número de hijos extramatrimoniales crece sin cesar, constituyendo por sí un alto porcentaje frente a los hijos legítimos.

Este incremento de los hijos nacidos fuera del matrimonio ha inducido a todos los países del universo y especialmente a Colombia, a crear normas para legalizar esta situación de hecho y dotarla de mecanismos legales que permitan reivindicar la situación, con relación a los derechos sucesorales, que

antano eran por completo desconocidos para esta clase de individuos. De aquí surgió la necesidad de crear normas o leyes que reglamentaran la igualdad entre los hijos.

1. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 LEGISLACION ORIENTAL

Fueron principalmente razones de orden religioso las que permitieron las discriminaciones por parentesco y sexo, en los aspectos sucesorales en las antiguas legislaciones orientales, siendo la más importante la musulmana.

De acuerdo al Manava Dharma Sartra, en la India se le negaron los derechos sucesorales a los hijos adúlteros y a los hijos incestuosos, tal como ocurrió en Babilonia. Con todo, sobresale en el Continente de Oriente el derecho musulmán. Fue fundado, por disposiciones de Mahoma, en el libro sagrado del Corán, donde se edificaban las normas sucesorales que, tanto en la sucesión intestada como en la testada, colocaban a la mujer en condiciones de inferioridad sucesoral, ya que recibían la mitad de lo que le correspondía a los varones.

En efecto, los hijos, padres y hermanos, recibían el doble de las cuotas de los hijos, madres y hermanos.

Sin embargo, estos derechos concedidos a la mujer como aquellos que les fueron reconocidos a los hijos naturales, no tuvieron naturaleza hereditaria, sino simplemente alimenticia; se consiguieron como medio de subsistencia y no de enriquecimiento o conservación patrimonial, a diferencia de lo que acontecía con los varones legítimos.

1.2 LEGISLACION GRECO-ROMANA

Ya desde tiempos de Solon, en Grecia, ciertos hijos extramatrimoniales, los adúlteros o incestuosos particularmente tenían restricciones tanto civiles como sociales por cuanto no solamente eran excluidos de los derechos herenciales, sino de la vida familiar. Fue principal discriminación del todo el ordenamiento jurídico romano, incluyendo el sucesorial, fue la referente a los hombres libres y los esclavos, ya que estos últimos no podían suceder, ni ser sucedidos. Ellos no eran sujetos sino objeto del derecho sucesoral.

En la conformación y estructuración de las órdenes

hereditarias en las diversas épocas del derecho romano, se anotan igualmente las más diversas manifestaciones de desigualdad hereditaria.

1.2.1 En cuanto a los asignatarios. Las órdenes hereditarias refutadas por la ley de las 12 Tablas, resalta de un lado, la preponderancia sucesoral de los suis juris no sometidos a potestad-, en cuanto a los alieni juris los sometidos a la potestad-, en cuanto excluían a estos últimos; y de otro lado, el llamamiento general a suceder que se hacía a la familia civil o de agnación -consanguínea o no, sometidos o no a potestad.

1.2.2 En cuanto al causante. También se hicieron notables distinciones a fin de darle una organización sucesoral diferente; incluyendo más herederos, excluyendo otros, o disminuyéndoles su cuota hereditaria.

1.2.3 Hijos naturales y adoptivos. Así mismo tuvieron un tratamiento restrictivo los hijos naturales y adoptivos. Cuando el causante dejaba descendientes legítimos o cónyuge supérstite, los hijos naturales no lo sucedían hereditariamente, pero podían sucederlo en una cuota alimentaria; el hijo natural recibía también una sexta parte de la herencia a falta de aquellos herederos. Lo mismo acontecía en el caso del padre

natural en la sucesión del hijo natural. Por consiguiente, sólo podían suceder personalmente y no podían representar hereditariamente ni ser representados.

1.3 LEGISLACION FEUDAL

Los regímenes jurídicos de la época feudal introdujeron sus principales modificaciones en el campo de los bienes. No obstante, en el orden personal se acentuaron una serie de discriminaciones que caracterizaran la época y que tuvieron una profunda incidencia sucesoral.

Continúan las distinciones gestadas en el Derecho Romano aún, con el cambio de la esclavitud por la servidumbre. Estas discriminaciones eran relativas a la nacionalidad, la edad y el sexo. En esta época feudal sólo se consideraban como única y verdadera familia a la legítima; los naturales no eran considerados como familia, estos podían ser reconocidos, pero sus derechos frente a los legítimos se encontraban en completa desventaja, puesto que ellos regulaban únicamente la familia legítima.

1.4 DERECHO CLASICO

Todo el derecho clásico, entendiendo por tal los que

han conformado desde los siglos XVIII y XIX, los sistemas francés y anglosajón, conservando muchas de las discriminaciones feudales, pero principalmente, las relativas a la filiación natural.

A la mencionada discriminación contribuyeron no sólo las costumbres arraigadas en el continente europeo, sino también en las fuerzas religiosas, sociales e ideológicas de la época.

La religión, especialmente la expuesta por la iglesia católica, reconoció la sucesión como un derecho natural, los hijos legítimos excluían a los naturales que no pudieran legitimarse.

Los hijos adulterinos, los incestuosos, los sacrilegos, los manceros, y los hijos habidos en concubinato, eran llamados naturales. Los demás, eran tratados como bastardos debido a su procedencia de una unión ilícita.

Si a ello agregamos de un lado, la tolerancia e influencia eclesiástica de que la paternidad era un asunto primordialmente voluntario y libre, que impedía la coacción o declaración judicial de la paternidad; y de otro, la de rechazar los hijos adoptivos como efecto de un crimen, llegamos a la conclusión de la admisión

muy limitada de la naturalidad; y todo ello tenía como objetivo la de eliminarla facilitando su legitimidad por el matrimonio subsiguiente.

Tampoco contribuyó al mejoramiento definitivo de la filiación natural las orientaciones políticas y jurídicas anteriores y posteriores a la revolución francesa, razón por la cual fracasaron las tentativas de igualdad que se hicieron en este país en el siglo pasado.

El sistema discriminatorio del hijo natural que recoge el derecho clásico es sumamente complejo y carente de uniformidad en las diversas legislaciones, ya que su evolución no ha sido del todo rigurosa. No obstante, dicho tratamiento discriminatorio se refiere tanto a la filiación como a sus efectos jurídicos.

Las discriminaciones sucesorales sugeridas y desarrolladas, en diferentes épocas, por este derecho clásico han sido las siguientes:

a. La exclusión recíproca sucesoral, que consiste en el aislamiento y separación de las filiaciones para efectos sucesorales a los legítimos, solamente los heredan sus parientes legítimos; y a los naturales,

b. La concurrencia sucesoral de las filiaciones con preferencia de la legítima, lo que significa que mientras los legítimos pueden suceder a los legítimos y naturales, los parientes naturales, por el contrario, no podían heredar sino dentro de su familia natural. Esta tendencia fue adoptada totalmente en Colombia por la ley 153 de 1887 y parcialmente en cuanto a la colateralidad por la ley 45 de 1936.

c. La concurrencia recíproca sucesoral de las filiaciones montada sobre una desigualdad en favor de los legítimos. En esta tendencia se admite la promiscuidad sucesoral, esto es, que los legítimos pueden suceder a los naturales y viceversa; pero siempre, dando el hijo legítimo unos mejores derechos que el hijo natural, con relación a la cuota hereditaria y otros aspectos jurídicos tales como la representación legal hereditaria, origen de la procreación, distribución lineal por cabeza, límite reconocido del grado de parentesco y prueba de la filiación.

Dentro de estos lineamientos se encuentra la mayor parte de las legislaciones que se fundamentaron en esta orientación clásica, tales como Dinamarca, Noruega, Holanda, Italia, Francia, Portugal, Suiza, España, Ar-

gentina, Chile y Colombia.

1.5 DERECHO MODERNO Y CONTEMPORANEO

Desde comienzos del presente siglo empezó a materializarse, con diferentes puntos de vista, la idea de la nivelación jurídica de las familias legítima, natural y adoptiva con distinciones notables entre las diversas legislaciones.

1.5.1 **Rusia.** Como todo lo soviético, la renovación en esta materia se inicia con el Código del Matrimonio, la familia y la tutela de la U.R.S.S., al establecer que los hijos cuyos padres no se hayan unido en matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de personas unidas en matrimonio. Y con él, la inmensa mayoría de las legislaciones socialistas como Rumania, Bulgaria, Yugoslavia, Hungría, Checoslovaquia, China, Polonia y Cuba.

De otra parte, las legislaciones contemporáneas, así como la doctrina, han adoptado y expuesto diversos mecanismos destinados a la destrucción de las discriminaciones, suprimiendo las distinciones filiales y sus consecuencias; o la desaparición de las desigualdades, mediante el mejoramiento y nivelación de la pluralidad

de filiación existente.

1.5.2 **Bloque capitalista.** E.U.A. En los Estados Unidos de Norteamérica, se aprobó en 1973, en la Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformidad, un proyecto guiado por la idea principal de la "igualdad de los hijos, habidos o no en el matrimonio".

A pesar de ser muy poca las materializaciones legislativas que desarrolla esta orientación contemporánea, ellas pueden sintetizarse en dos: una general y otra parcial.

a. Realmente son escasas las legislaciones que adoptan una igualdad general de carácter sucesoral, porque, como lo veremos resulta mucho más plena y equitativa la que adopta Colombia con la ley 29 de 1982.

b. En cambio, ha sido más aceptable la tendencia de establecer la igualdad hereditaria solamente en el caso de los hijos, dejando las discriminaciones para los demás, tal como lo muestran las reformas de Alemania, Holanda, Inglaterra, Italia y Ecuador.

1.6 LEGISLACION COLOMBIANA

La legislación que rigiera en el territorio colombiano de ese entonces, según los lineamientos de la época, conservando las discriminaciones feudales de carácter familiar y sucesoral en lo atinente a la edad y sexo; particularmente en el establecimiento y sucesión de los mayorazgos y en cuanto a la nacionalidad lo concerniente a ciertos derechos civiles y políticos.

La sucesión intestada se encontraba organizada en tres órdenes:

a. El primer orden era exclusivo de los descendientes legítimos, por cuanto ellos excluían a cualquier otro heredero, -aún los hijos naturales- y su distribución se efectuaba por partes iguales sobre la herencia del causante.

b. El segundo orden sucesoral estaba conformado por la ascendencia de grado más próximo, pero tratándose de natural, sólo comprendía a los inmediatos -padre o madre- y, en caso de adopción el adoptante era excluido.

c. El tercer orden sucesoral estaba integrado por la

colateralidad hasta el décimo grado.

En la sucesión testamentaria la legítima ascendía a las cuatro quintas, o a las dos terceras partes, según existieran respectivamente, los descendientes o ascendientes legítimos, por supuesto. De manera que la cuota de libre disposición era de 1/5 o 1/3 parte en el primero o segundo caso, y de toda la masa hereditaria, no existiendo descendientes ni ascendientes.

1.6.1 Régimen de la emancipación. En el período comprendido entre la emancipación y la república, también subsistieron las discriminaciones sucesorales entre las familias y especialmente con relación a los hijos.

A pesar de la emancipación de nuestro territorio de la Corona Española, el derecho de esta último continuó rigiendo hasta que en 1821, se elevó a nivel constitucional y en 1825 se estableció como derecho supletorio del nacional. Su vigencia se extendió hasta 1858, cuando empezó a regir la Constitución Política de la Nueva Granada cuando se expidieron los respectivos Códigos Civiles de los diferentes estados soberanos de la Confederación, todos ellos inspirados en el Código

Civil Chileno en primera instancia y para los estados soberanos de Colombia posteriormente.

1.6.2 **Legislación de la República.** Nuestro Código Civil y las leyes que lo reforman no han sido muy espléndidas en el tratamiento sucesoral discriminatorio en beneficio de la función legítima. Esto ocurre tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria pero de manera aislada en las normas generales, como ocurre, por ejemplo con el numeral 2o. del artículo 1025 del Código Civil.

Durante el siglo aproximado de la República (1886 a 1982) la discriminación sucesoral de legítimos y naturales, en sus diferentes grados de parentesco, ha sido una de las desigualdades que han caracterizado nuestro derecho.

2. CLASE DE FILIACION

2.1 FILIACION NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL

Según el tratadista Arturo Valencia Zea, distinta tres etapas:

La primera etapa corresponde al artículo 318 del Código Civil que dice: Los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por su padre o por uno de ellos, y tendrán la calidad de hijos naturales respecto del padre o madre que los haya reconocido.

Pero el artículo 52 del Código Civil dice que hijo natural es el habido fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción; esta diferencia entre estos artículos del Código Civil resuelta por el artículo 7 de la ley 57 de 1887.

La segunda etapa corresponde al artículo 7 de la ley 57 de 1997, y el artículo 14 de la ley 153 de 1887, eran hijos naturales los habidos fuera del matrimonio de

personas que podían casarse entre sí libremente en el momento de la concepción. Estos últimos eran hijos de dañado y punible ayuntamiento, y dentro de estos se distinguían los adulterinos y los incestuosos.

Se distinguen, ~~por~~, tres clases de hijos provenientes de uniones no matrimoniales.

La tercera etapa la comprende el artículo 1 de la ley 45 de 1936 que dice: el hijo nacido de padre que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado como tal con lo dispuesto en la ley. Se tiene esta calidad también con respecto a la madre, soltera o viuda.

2.1.1 Hijos naturales. Para que un hijo tuviera esta calidad respecto del padre, era necesario que éste lo hubiera reconocido como tal por escritura pública, por acta testamentaria, o suscribiendo el acta de nacimiento; pero el reconocimiento no podía efectuarse sino por el varón que podía casarse con la mujer en quien hubo el hijo; con respecto a la mujer soltera o viuda, la ley presumió el reconocimiento de los hijos.

2.1.2 Hijos de dañado y punible ayuntamiento. Eran los hijos habidos en uniones adulterinas o incestuosas más con respecto a la madre se presumía el reconocimiento de los concebidos por ella siendo solterao viuda, tales hijos tenían el carácter de naturales con relación a su madre, aunque provinieran por hombre casado con otra mujer. Respecto al padre, eran simplemente ilegítimos, calidad que les impedía reclamar derechos con respecto al padre.

2.1.3 Hijos simplemente ilegítimos. Eran los hijos que no tenían ante la ley otra calidad. El único efecto era hacer suministrar del padre, pero sólo en cuanto fuera necesario para su precisa subsistencia.

2.2 CONCEPTO DE HIJO NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL

Con el artículo 1. de la ley 45 de 1936, que además deroga el artículo 52 del Código Civil acabó con las demás clasificaciones de hijos, y sólo les da la denominación de hijos legítimos y natural o extramatrimonial. Pero si el hijo no es reconocido por el padre como natural tendrá la calidad de natural en cuanto a la madre y simplemente como ilegítimo respecto al padre, sin que tenga repercusión jurídica.

2.3 HIJOS NATURALES DE MUJER CASADA

La Ley 75 de 1968, establece que hijo de mujer casada no puede ser reconocido como natural, el último inciso del artículo 3. de la presente ley advierte: prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en los siguientes casos señalados en el presente artículo.

PRIMER CASO: Se presenta cuando el hijo fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos no lo reconoció como suyo, o que durante este tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

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

TERCER CASO: Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo que del marido. El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo 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. De esta acción conocerá el juez de menores, en otra forma conocerá el funcionario correspondiente.

2.4 RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA PATERNIDAD NATURAL

En general todo hijo acredita su estado civil con respecto a su madre por el solo hecho del nacimiento, pues en el acta respectiva se indica la mujer que lo dio a luz. En cambio, la paternidad requiere un reconocimiento expreso del padre o una sentencia judicial.

Esta forma de reconocimiento voluntario, tiene las siguientes características:

1. Es irrevocable: El artículo 10.º de la ley 75 de 1968 dice que la revocación del testamento no implica la del reconocimiento del hijo natural. Igualmente si el reconocimiento se hace en una escritura pública de venta y dicha venta se anula o resuelve, el reconocimiento sigue siendo válido.

2. Es una declaración unilateral de voluntad que debe ser hecha por persona capaz de reconocer hijos

naturales.

3. Es un acto declarativo por tanto sus efectos se retrotraen a la fecha de la concepción. Por esto, es posible reconocer a un hijo natural antes de haber nacido o después de haber muerto.

2.5 FORMAS DE RECONOCIMIENTO

De conformidad con el artículo 1 de la Ley 75 de 1968, el reconocimiento de los hijos naturales debe hacerse en alguna de las siguientes formas: acta de nacimiento, escritura pública, testamento y manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene.

2.6 EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

Hecho el reconocimiento por alguna de las formas que acabamos de exponer se producen todos los efectos que indica la ley en favor del hijo reconocido. Pero respecto al padre que reconoce solo se producen si el reconocimiento es notificado, y es aceptado por el hijo; y si éste es menor, si media decreto judicial que apruebe.

Si el reconocimiento se hace a hijos naturales mayores de edad, éstos pueden aceptar o repudiar el reconocimiento libremente y asimismo, lo puede verificar en el mismo instrumento que contiene el reconocimiento. Cuando se reconoce a un incapaz, la notificación debe hacerse a su representante legal, o a un curador especial y previo decreto judicial.

En general, el uso que el hijo hace del reconocimiento de su padre implica notificación y aceptación de éste, de acuerdo con la norma del artículo 243 del Código Civil y transcurrido noventa días a partir del día en que el hijo cumpla 18 años, el reconocimiento produce todos sus efectos, con relación al padre.

3. EL DESARROLLO DE LA IGUALDAD DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES FRENTE A LOS HIJOS LEGITIMOS

Los hijos naturales frente a los hijos legítimos, continuaron prácticamente siendo excluidos por los hijos legítimos tanto en las sucesiones de causantes legítimos como de causantes naturales, situación que perduró hasta 1936 cuando el artículo 18 de la ley 45 de ese año lo extinguiría y le concediera a cada uno de estos últimos la vocación hereditaria concurrente con los hijos legítimos, en la mitad de la cuota hereditaria de éstos.

Esta reforma tuvo gran significación si se tiene en cuenta que la misma ley amplió la cobertura, sin restricción alguna de los hijos que podrían ser reconocidos o declarados como naturales.

Con la ley 45 de 1936 la situación de los hijos naturales mejoraron sustancialmente su situación porque adquirieron la calidad de mejorarlos (artículo 23) y gozaron de la aptitud adicional a la anterior, con

relación a los colaterales y el fisco, de excluir absolutamente a los hermanos y relativamente al cónyuge del cuarto orden (artículo 21). En consecuencia, el hijo natural en el segundo orden, en concurrencia con ascendente y cónyuge, su derecho aumentó y pasó a ser heredero tipo en el tercero a las 3/4 partes o a la totalidad de la herencia según existiera o no cónyuge supérstite.

Con la ley 29 de 1982, los hijos extramatrimoniales o naturales excluyen a todos los herederos diferentes de los hijos.

Se requieren más de 45 años, para que esta discriminación de la ley 45 de 1936, fuera eliminada definitivamente con la ley 29 de 1982.

4. DERECHO SUCESORAL DE LOS HIJOS EXTRMATRIMONIALES

Los hijos naturales conservaron sus derechos hereditarios en las otras situaciones, las que fueron evolucionando con cierta importancia. En efecto, en la sucesión de un hijo natural, los hijos naturales del causante, a falta de descendientes legítimos excluía a todos los demás herederos; y, en la sucesión de un legítimo, el hijo natural del causante tenía una menor posición jurídica en materia sucesoral, porque concurría en el segundo orden, con una tercera parte de lo que le correspondía a los ascendientes legítimos y el cónyuge sobreviviente y en el tercer orden, con una tercera parte de los hermanos ilegítimos y el cónyuge, y, solamente heredero tipo o principal, en el cuarto orden, con el cónyuge supérstite, en el cual la herencia se dividía por mitades iguales.

La reglamentación de la sucesión testamentaria tampoco fue ajena a las discriminaciones sucesorales entre las filiaciones, especialmente en materia de legítimas y mejoras. El carácter de legitimario, excluyente que

tenían los hijos legítimos frente a los hijos naturales, que el Código Civil en sus artículos 1240, 1241, y 1242, les otorgaba en el mismo sentido de la sucesión abintestato, sufrió su primera modificación cuando, en virtud del artículo 23 de la ley 45 de 1936, se le permitiera a los hijos naturales concurrir con los hijos legítimos, pero creándose, por primera vez la desigualdad cuantitativa. Con todo, las discriminaciones cuantitativa y de preferencia gradual, en los órdenes continuó imperando, hasta que todas estas desigualdades desaparecieron con la expedición de la ley 29 de 1982.

4.1 SISTEMA SUCESORAL ANTERIOR

Síntesis: El sistema sucesoral anterior puede extraerse de la referencia histórica que acabamos de exponer:

La vocación hereditaria intestada se encontraba organizada en seis órdenes hereditarios:

El primer orden estaba compuesto por los hijos legítimos y adoptivos plenos, como herederos-tipo; y los hijos extramatrimoniales y adoptivos simples, como herederos concurrentes, sin perjuicio de la porción

conyugal, del cónyuge superviviente.

El segundo orden lo integraban los ascendientes legítimos o adoptantes plenos; los padres naturales; los padres adoptantes simples, como herederos-tipo; y los hijos extramatrimoniales, los hijos adoptivos simples y el cónyuge sobreviviente, como herederos-tipo.

El tercer orden lo conformaban los hijos extramatrimoniales y adoptivos simples, personalmente o representados por su descendencia legítima o adoptiva plena, como herederos-tipo; y como concurrente, el cónyuge supérstite.

El cuarto orden estaba conformado por los hermanos y el cónyuge sobreviviente como herederos-tipo.

El quinto orden lo integraban los colaterales legítimos de grado más próximo, sin pasar del cuarto, quienes debían suceder personalmente, y su distribución era por cabezas.

En el sexto orden el causante lo sucedía el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a falta de alguno de los anteriores.

5. REFORMA SUCESORAL DE 1982

5.1 EXPOSICION

La reforma sucesoral que se estructura legislativamente en 1982, con la ley 29, tuvo un proceso de gestación de aproximadamente tres años, con una serie de cambios efectuados fundamentalmente en el primer debate de la Cámara de Representantes.

A nivel parlamentario comenzó a tramitarse la citada reforma el 5 de septiembre de 1978, pero limitada exclusivamente a la igualdad sucesoral entre los hijos. Dentro de la exposición de motivos, después de transcribirse la mayor parte de las normas de organización sucesoral y de resaltarse el mejoramiento de los hijos naturales, tanto en el campo hereditario como en el del calificativo del estado civil, ya que el Decreto 2820 de 1974 había sustituido el calificativo de hijo 'natural' por el de 'extramatrimonial', concluye con la necesidad de la reforma proyectada.

La reforma se fundamenta, de un lado, en que se trata de una discriminación injusta, basada en la circunstancia de no haber nacido de un matrimonio, que atentaba contra la igualdad ante la ley, prescrita por la Constitución Nacional; y del otro, en algunos antecedentes legislativos foráneos que patentizaban la tendencia europea y latinoamericana de extinguir la desigualdad mencionada.

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

El texto del proyecto adicionado fue exactamente el que llegó a convertirse en la ley 29 de 1982.

5.2 IMPORTANCIA LEGISLATIVA

Como conclusión de todo el desarrollo histórico de las discriminaciones sucesorales, podemos establecer la gran importancia legislativa que tiene la reforma sucesoral colombiana de 1982.

Finalmente debe reconocerse la iniciativa parlamentaria de esta reforma, que a pesar de su demora en su

tramitación (tres años) evidencia la capacidad que aún conserva nuestro Congreso para abordar reformas civiles tan importantes, que en otros aspectos también le hacen falta al país.

Sustancialmente la ley 29 de 1982, está revertida de una gran comotación tanto nacional como universal.

Con la citada ley, Colombia asume el liderazgo legislativo de las igualdades sucesorales que se han hecho en el mundo, por la forma tan amplia como la ha extendido a todas las familias sin restricción alguna.

En el campo nacional, la ley 29 de 1982, no solo pone fin a algo más de 45 años de discriminación relativa sucesoral que existía en Colombia, desde la ley 45 de 1936, sino que también extingue todas las demás discriminaciones sucesorales que desde tiempos inmemoriales han existido en nuestro territorio y en el mundo entero.

Se trata desde luego, de una de las leyes más trascendentales del presente siglo, que comenzará a disputarse en importancia con aquellas que han marcado etapas en nuestro sistema jurídico.

Así mismo, la ley 29 de 1982 completa la reducción de la discriminación sucesoral establecida con la ley 45 de 1936, en el sentido de abolirla totalmente.

Por último, debe resaltarse el carácter técnico de su elaboración, resumida en solo once artículos.

6. LA IGUALDAD SUCESORAL

6.1 FINES

6.1.1 **Jurídicos.** A nadie escapa el carácter multifacético de la filiación, debido a su trascendencia en los diversos campos del conocimiento humano.

De ahí que su interés no se limite solamente al aspecto jurídico, sino también al biológico, genético, antropológico, económico y político.

La igualdad tratada en este trabajo, es la jurídica. Sin embargo, es preciso contrastar la pretensión legislativa con nuestra realidad social, con la cual parece asumir una posición paralela, pero que, en verdad, ambas convergen hacia el progreso.

En efecto, suele decirse que la pretendida igualdad jurídica no refleja la relación social y afectiva de los padres e hijos, en sus derechos y obligaciones, lo

que no sólo es inexacto en algunos sectores, sino que desconoce y oculta deliberadamente el carácter educativo que particularmente, y en derecho de familia, han tenido en Colombia, leyes similares a la 29 de 1982.

Los fundamentos que constituyen el sostén de la ley 29 son los mismos que tocan con la controversia de la igualdad o desigualdad de las filiaciones, o de los derechos y obligaciones que la misma acarrea.

Ellos pueden ser sencillos o complejos, según desde el ángulo que se mire, ya sea objetivo o subjetivo y la forma como se aborda el tema (libre o dogmática).

En efecto, donde el campo estrictamente jurídico, la simple protección jurídica de cualquier filiación (legítima, extramatrimonial o adoptiva) merecen un tratamiento igualitario, especialmente en cuanto a los derechos que se asumen en virtud del parentesco. Luego, la referida igualdad se justifica por sí sola en el sentido de que, en principio, la ley no puede hacer discriminaciones por razón del estado civil.

6.1.2 Económico-sociales. Además de los fines jurídicos que en sí misma conlleva la igualdad,

también persigue otros fines de índole económico-social puesto que la citada igualdad sucesoral contribuye a una mejor distribución de la riqueza y un mejoramiento social de la familia y de sus miembros.

Tanto es que con esta ley (29 de 1982) ni se perjudica a nadie. En efecto, en nada atenta contra los miembros de la filiación legítima y que de ninguna manera son disminuidos en su categoría, sino que los parientes extramatrimoniales, son elevados al nivel de aquellos.

6.2 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.

6.3 RELACIONES FAMILIARES

El inciso primero de la ley 29 de 1982 adiciona al artículo 250 del Código Civil, regula lacónicamente las relaciones familiares y filiales, cuando perceptúa: "los hijos son legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, tendrán iguales derechos y obligaciones".

Se trata de una disposición imperativa y de orden público, en lo que atañe a la relación familiar. Así, por ejemplo, son de orden público las normas que imponen las relaciones de crianza, cuidado personal y alimentos, y por tanto, no pueden sustituirse o modificarse por acuerdo de los padres, o de éstos y los hijos. Sin embargo, es admisible el convenio, o la estipulación sobre la forma de educación o de crianza (encargada a un tercero) o sobre las regulaciones de cuantía y pago de la obligación alimentaria.

El carácter de imperatividad a que nos referimos es importante también en el campo sucesoral, sobre todo, cuando el testamento se relaciona con hechos típicos; 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 providencias que los determinan, y de la calificación legal de ellos; por lo tanto, no les está dado al testador la facultad de asignar a todos sus hijos la misma calificación, ya que dicha facultad no está reservada a la ley.

Al testador se le atribuye ciertas facultades, en virtud de las cuales se pueden realizar determinados actos, tales como, las designaciones testamentarias, como pago de alimentos forzoso, o voluntarios, carga

de la cuarta de mejoras, la designación del curador de bienes, la designación del curador testamentario, etcétera.

Tampoco puede el 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 hijos que ya han sido abolidas para referirse a alguno de los hijos: incestuosos, espúreos, adulterinos, etcétera.

6.4 RELACIONES SUCESORIALES

La ley 29 de 1982 refuta las relaciones sucesoriales en todos sus artículos, por esto es importante determinar su naturaleza jurídica.

En esta ley, el derecho sucesoral conserva su carácter supletorio, puesto que puede ser ampliada, modificada, o sustituida por testamento o donación revocables, especialmente en lo que se refiere a la vocación hereditaria, las órdenes hereditarias y la representa-

ción.

Aún con las facultades que tiene el testador de modificar, ampliar o sustituir la ley con su voluntad, en los órdenes 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 en la cual el testador tiene también su limitación.

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 pueden establecerse los efectos que se producen, cuando por medio del testamento u otros actos sucesorales se infringen las normas de orden público a que se refieren las normas sucesorales.

La ley 29 de 1982, en la vida social tiene un gran valor, y su aplicación será en 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 ley 29 tendrá una gran afiliación para la regulación intestada en la mayoría de las sucesiones.

7. ALCANCE DE LA IGUALDAD SUCESORAL

La igualdad sucesoral de las filiaciones tiene, como principio general una gran significación dentro del sistema jurídico colombiano, que le permite hacer los ajustes correspondientes que exige la ley 29 de 1982.

El encabezamiento de la citada ley señala expresamente la igualdad herencial de los hijos, pero a renglón seguido indica los ajustes de los órdenes sucesorales. Luego, se trata de una igualdad sucesoral general. En efecto, el respectivo encabezamiento dice textualmente: "Por el cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos". Y en seguida indica la citada norma:

Y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios. Esta enunciación se encuentra por fuera del texto de la misma ley, pero el artículo 92 de la Constitución Nacional sintetiza su contenido, razón por la cual debe existir la debida armonía entre aquella y ésta. Esta ley 29 de 1982 desarrolla además la igualdad jurídica y sucesoral de los hijos; la igualdad sucesoral en la sucesión intestada y en la testamentaria, no solo se limita a los hijos, sino a las filiaciones

y a la familia en general.

Lo anterior se complementa con la puesta en vigencia de leyes que se encontraban jurídicamente limitadas por la serie de discriminaciones hereditarias, que hoy se encuentran abolidas. En efecto, la citada disposición preceptúa que: "Los que nosuceden por representación suceden por cabezas, esto es, toman entre todos y por partes iguales la porción a que la ley los llama, a menos que se establezca otra división diferente".

El tratar a la igualdad sucesoral de las filiaciones como regla general es de suma importancia; con la aplicación de esta regla, se logró 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 presentan con la expedición de reformas importantes como ésta; y con base a esta regla y con su aplicación se evitará aplicar la costumbre anterior y con marcada desigualdad sucesoral y distributiva.

7.1 EXCEPCIONES DE LA IGUALDAD SUCESORAL

La igualdad sucesoral no obstante fue una regla general

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

1. Discriminación general. La reforma del 82 conserva injustamente la desigualdad entre los humanos sucesores del humano fallecido, por razón de su generación o procreación: el humano o de doble conjunción toma una percepción equivalente al doble de lo que le corresponde al humano medio o de simple conjunción.

Esto es una desigualdad que no tiene justificación y se aporta de los lineamiento que ha seguido nuestro derecho sucesoral con la actual reforma. De acuerdo con el criterio general, el fundamento de la vocación hereditaria entre humanos es el parentesco de hermandad que hay entre el heredero y el causante.

Cuando se tiene en cuenta además, la forma como han sido procreados estos sujetos, se establece una discriminación odiosa. Para sus hermanos basta serlo del mismo padre o madre no necesariamente tienen que serlo de ambos. A esta discriminación no le encontramos otra justificación que no sea la histórica concerniente a la procreación de la institución matrimonial. Mas no se justifica mantener esta discriminación, porque no

existe lógica que dos hijos, siendo uno natural o extramatrimonial y otro legítimo, hereden por igual en la herencia de su padre y, en cambio, al sucederse mutuamente se tenga en cuenta la citada disposición.

2. Aunque la limitación de la adopción simple se presente como una excepción a la regla 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 de adoptarse, adoptivos, e hijos de éste. Esta discriminación carece de justificación y tampoco la hay para que exista la distinción entre la adopción plena y la adopción simple. Por consiguiente, lo más conveniente sería dejar como única adopción la plena; y que la otra, sólo sea una provisional.

8. ORDENES HEREDITARIOS SISTEMA ACTUAL

Los órdenes hereditarios organizados por la ley 29 de 1982 presentan ciertas características que los simplifican notablemente.

La unificación de los órdenes hereditarios para cualquier clase de sucesión, sea cualquiera el estado civil del difunto, con lo cual se reduce y simplifica la organización de la vocación hereditaria.

Los órdenes hereditarios quedan reducidos teóricamente a cinco, debido a la desaparición de uno de los antiguos (el tercero) como consecuencia de la igualdad sucesoral. En efecto, los herederos-tipo del antiguo tercer orden hereditario pasaron a integrar plenamente el actual primer orden, desapareciendo por tal motivo aquel orden.

Con todo, en la práctica esos órdenes se reducen a cuatro porque generalmente -no siempre- los sobrinos que componen el cuarto orden no heredan en este orden

sino en el precedente o sea en el tercero, por representación de su padre en la sucesión del tío.

Dentro de la nueva reglamentación de los órdenes hereditarios, solamente el segundo orden queda como herederos concurrentes (el cónyuge supérstite); todos los demás se encuentran integrados únicamente por herederos-tipo.

En cambio, la legislación anterior hacía más compleja la composición de los órdenes hereditarios, debido a que en los tres primeros intervenían herederos concurrentes.

Se simplificó la distribución en cada uno de los órdenes hereditarios porque se adoptó como regla general la distribución por cabeza, de lo cual resulta una distribución igualitaria de cuotas.

El primer orden hereditario, se encuentra reglamentado por el artículo 4 de la ley 29 de 1982, que establece: "Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales excluyen a todos los herederos y reciben entre ellos iguales cuotas sin perjuicio de la porción conyugal". Todos los hijos quedan iguales y se suprime la discriminación por origen de nacimiento, con lo cual

nuestra legislación se equipara a las demás modernas del mundo.

El segundo orden hereditario está conformado por los ascendientes y cónyuge.

El artículo 5 de la ley 29 de 1982 establece:

Si el difunto no deja postead, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas. No obstante en la sucesión del hijo adoptivo en forma plena, los adoptantes excluyen a los ascendientes de sangre; en la del adoptivo en forma simple, los adoptantes y los padres de sangre recibirán igual cuota.

La norma establece como segundo orden hereditario el de los ascendientes, sin distinguir si se trata de ilegítimo o natural, lo cual consagra la igualdad entre los mismos.

El tercer orden hereditario lo reglamenta el artículo 6 de la ley 29 de 1982, el cual está conformado por los hermanos y cónyuge.

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

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

La norma es clara, pero el último inciso que establece que los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente paternos o maternos no se ajusta a la igualdad que campea a lo largo de la ley, ya que establece discriminación no explicable ni justificables, puesto que todas las personas son iguales ante la ley.

El cuarto orden hereditario lo reglamenta el artículo 8 de la ley 29 de 1982, y está compuesto por los sobrinos.

A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes y cónyuges, suceden al de cuyos hijos de sus hermanos. Esta norma está de acuerdo con la ley 60 de 1935, para no hacer más extensa la sucesión de los

colaterales hasta más allá del cuarto grado, ya que no se justifica tal extensión hasta el décimo grado, como se establecía en el artículo 88 de la ley 153 de 1887.

Y por último, el quinto orden lo establece el artículo 8 de la ley 29 del 1982. A falta de éstos, el Instituto de Bienestar Familiar. La razón se justifica por la misión que cumple el ICBF de proteger la niñez.

9. PRIMER ORDEN HEREDITARIO

9.1 HEREDEROS AL ABINTESTATO-LOS HIJOS

El artículo 1045 del Código Civil enuncia el primer orden y el artículo 4o. de la ley 29 de 1982 en los siguientes términos: "Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal".

Se dijo que el primer orden hereditario lo forman todos los hijos del causante según el artículo 1045 del Código Civil, quien determina en qué orden lo van a hacer; todo ellos con armonía del artículo 1043 del Código Civil. De aquí se determina que los herederos abintestato son los hijos personalmente representados por sus descendientes.

El artículo 1040 del Código Civil solo estatuye la vocación hereditaria de los descendientes.

Por ello no existe llamamiento hereditario ni simultá-

neo de todos los descendientes sino únicamente de los hijos, o por representación.

Tampoco puede decirse que los herederos sean los descendientes de grado más próximo, porque debido a la representación posible de descendiente faltante. En efecto, el hijo del causante no excluye a los hijos de su hermano prefallecido, puesto que ellos pueden representarlos en la sucesión del abuelo.

De acuerdo con la ley de 1982, la cónyuge supérstite no quedó cobijado por la igualdad sucesoral; confirmándole la carencia de la calidad de heredero abintestato en el primer orden hereditario, pero le conservó su derecho de porción conyugal, dentro de la regulación del Código Civil.

Queda entendido, que los hijos llamados a suceder del causante deben serlo de éste último y conforme con la ley.

No son hijos del causante aquellas personas que han sido por el cónyuge sobreviviente de éste y con su consentimiento. Lo cual este consentimiento no genera al causante ningún lazo de parentesco con el adoptivo.

Tampoco es hijo aquel que de hecho es tratado simplemente como tal.

Son hijos del causante, los legítimos, o extramatrimoniales y adoptivos, quedando excluidos los simples hijos de padres desconocidos. Igualmente, cuya filiación no se encuentra establecida, o que teniéndola se ha destruido.

9.2 CLASE DE HIJOS

Componen el primer orden hereditario todos los hijos legítimos extramatrimoniales y adoptivos.

Dentro de los hijos legítimos se comprende a los propiamente legítimos y los legítimos ipso jure, voluntaria y judicialmente.

En la legitimidad se tendrá en cuenta que: es legítimo el hijo concebido antes y nacido después de la disolución del matrimonio, la legitimación no tiene efectos retroactivos y que puede suspenderse la vocación hereditaria en caso de excepción o que puede tener efectos absolutos o relativos. Queda excluido el hijo cuya legitimidad ha sido destruida por acción de impugnación.

En los hijos adoptivos quedan comprendidos los adoptivos plenos y los adoptivos simples, cuyos efectos se miran desde la admisión de la demanda de adopción.

Cuando hablamos de hijos extramatrimoniales nos referimos a quienes han establecido legalmente su estado civil de acuerdo al causante; basta con ser hijo extramatrimonial con relación a la madre o padre de quien pretende suceder.

Es indiferente que el estado civil de hijo se haya antes o después de la vigencia de la ley 29 de 1982, ya que se aplica esta última siempre que el causante haya fallecido con posterioridad a su promulgación. Por lo tanto, es indiferente que el hijo haya nacido o establecido su estado civil de hijo bajo la legislación anterior.

Casos en que el hijo extramatrimonial no hereda, ellos son:

1. Los hijos extramatrimoniales de estado civil anterior a 1936 que concurren con hijos legítimos también de estado civil anterior a esa fecha, en la sucesión de su padre o madre fallecidos antes del 31 de diciembre de 1969. Esta excepción no opera para la

sucesión de causantes que han fallecido con posterioridad a esta fecha.

9.3 TODOS LOS HIJOS SON HEREDEROS EXCLUSIVOS DE LOS DEMÁS

La nueva ley 29 de 1982 le ha dado una gran categoría a los hijos extramatrimoniales y adoptivos de herederos concurrentes a herederos tipos.

Así mismo, la calidad de heredero accesorio que la ley 5 del 75 le había dado a los hijos adoptivos simples en concurrencia con los hijos legítimos o adoptivos plenos, se ha elevado a la de heredero principal. Luego todos los hijos son herederos principales. La importancia y situación jurídica de esta elevada posición, se encuentra reflejada en el privilegio que tienen estos hijos de excluir a cualquier otro heredero. Con ella los hijos extramatrimoniales e hijos adoptivos simples excluyen a los ascendientes y al cónyuge como heredero; antiguamente aquellos concurrían con los primeros en el segundo orden y eran acompañados hereditariamente por el cónyuge supérstite en el tercero.

Con la anterior modificación se reafirma la preponderan-

cia 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 cujus.

9.4 EXCLUSIÓN DE LOS ASCENDIENTES Y DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE

Los ascendientes podrán quedar excluidos por existencia de cualquiera de los hijos. Sin embargo, pueden aspirar a suceder al difunto en virtud de testamento o donación, o bien pueden exigir alimento.

Los padres del causante que no han sucedido a su hijo legítimo, extramatrimonial o adoptivo pleno, pueden exigir de la sucesión, los alimentos atrasados que el de cujus les quedará debiendo, cuando estaba obligado a ello por demanda judicial.

En caso de adopción simple, solamente los padres adoptantes simples podrán reclamar de la sucesión los alimentos atrasados debidos y no podrán exigirlos personalmente de persona distinta de los hijos del causante.

El cónyuge sobreviviente en su carácter de heredero, también queda excluido por cualquier hijo. Esto no

parece correcto cuando se trata de hijo extramatrimonial o adoptivo simple, pero la verdad es que la ley le garantiza los derechos gananciales y de porción conyugal.

Con la expedición de la ley 29 surgen varias consecuencias tales como:

La investigación post-mortem de paternidad extramatrimonial que bajo la legislación precedente se solían iniciar contra los hermanos del causante, a fin de excluirlos de la herencia en el tercer orden hereditario, con la ley 29 irán a ser dirigidos contra los ascendientes y el cónyuge sobreviviente del difunto.

Con la legislación anterior, se buscaba que la herencia quedara en manos de la filiación legítima, con la ley 29 de 1982, los hijos extramatrimoniales pueden recoger toda la herencia, salvo la porción conyugal del cónyuge sobreviviente, si a ella alegare tener derecho.

Con la ley 29 de 1982, el de cujus ejerciendo sus facultades legales de disposición, pretenda establecer discriminaciones hereditarias, similares o superiores a las que traía la legislación anterior.

9.5 DISTRIBUCION

9.5.1 Igualdad de cuotas. Cuando el artículo 1045 del Código Civil habla de que los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, recibirán entre ellos iguales cuotas, la palabra ellos debe entenderse como indicativo de hijos y no como equivalente a categoría de hijos. Es decir, la herencia se dividirá entre todos los hijos por partes iguales, para lo cual se acudiría en armonía con el inciso 2 del artículo 1042 del Código Civil a una distribución por cabeza.

De acuerdo con lo dicho, en una herencia líquida de \$100.000.00 con un hijo legítimo y cuatro extramatrimoniales, la distribución conforme a la interpretación correcta sería la de \$20.000 para cada uno de los hijos y de acuerdo con la segunda absurda interpretación, una mitad (\$50.000) correspondería al hijo legítimo y la otra mitad (\$50.000) para los hijos extramatrimoniales, de la cual le correspondería a cada uno de ellos la suma de \$12.000. La primera distribución es legal.

En cuanto a la porción conyugal, la ley le conserva al cónyuge superviviente su porción conyugal, que en este orden equivale a la legítima rigurosa de cualquier hijo.

Así mismo, debe resaltarse que la igualdad sucesoral no afecta a los gananciales, ya que éstos son extraídos previamente a la liquidación y partición de la herencia.

9.5.2 Reducción de las cuotas de los hijos legítimos y de adoptivos plenos cuando heredan los hijos extramatrimoniales o adoptivos simples. Al establecerse el equilibrio hereditario de los hijos, a los legítimos o adoptivos plenos se les reducen sus cuotas hereditarias pero con gravedad cuando es excesivo el número de aquellos hijos. En cambio, no existe perjuicio alguno cuando los únicos herederos son los hijos legítimos o los adoptivos plenos, o los unos y los otros ya que suceden por partes iguales, en las mismas condiciones de la legislación precedente.

Veamos una distribución, dentro de la general de la herencia, que nos permite ver con claridad la importancia mencionada.

Tratándose de un causante que ha dejado una herencia de \$3.000.000 y dos hijos: uno legítimo (A) y otro extramatrimonial (B). Según el artículo 18 de la ley 45 de 1936 a A le correspondería la suma de \$2.000.000, mientras que a B solamente \$1.000.000. En cambio con la

ley 29 de 1982 A y B reciben cada uno la cantidad de \$1.500.000.

En este caso la cuota del hijo legítimo se ha reducido de \$2.000.000 a \$1.500.000.

10. UNIONES SIN VINCULO MATRIMONIAL

Además de la familia legítima, existe la familia extramatrimonial que surge de la unión, sin vínculo matrimonial, entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos, fenómeno que por cierto es frecuente. Estas uniones suelen cumplir unos mismos fines: procreación de hijos, sustentación de éstos, fidelidad mutua, obligación de socorro y ayuda, etcétera. La unión de un hombre con una mujer sin vínculo matrimonial se llama concubinato y el hombre y la mujer concubinos; los hijos nacidos de tales uniones recibirán el nombre de naturales, hoy día reciben el nombre de extramatrimoniales.

Desde luego, se entiende que el concubinato supone una unión estable y no transitoria, aunque su perduración no indica que los concubinos deban vivir necesariamente en este estado toda su vida, pero si se exige la formación de un hogar, es decir, la comunidad de habitación, a fin de dar ciertos caracteres de publicidad y notoriedad al concubinato y distinguirlo

de la simple unión libre o unión transitoria.

10.1 EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO

Los romanos consideraron el concubinato como un matrimonio de orden inferior, y la comunidad de vida entre hombre y mujer les mereció respeto aunque la mujer no tenía la calidad de uxor, ni compartía jurídicamente el rango y posición social del marido. No obstante, esta concepción del derecho romano cambió fundamentalmente con el surgimiento de cristianismo, ya que para éste el concubinato es un hecho inmoral y censurable. Además, el derecho canónico lo considera sólo como la unión de hombre y mujer soltero, vale decir, de personas que libremente pueden casarse. Pero la tesis sostenida por el cristianismo ha sufrido rectificaciones fundamentales en los últimos tiempos, pues se sostiene que el concubinato no debe carecer de todo efecto jurídico, ya que ello equivaldría a sostener la irresponsabilidad total de los concubinatos entre sí y para con los hijos.

10.2 EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y FRANCÉS

Bajo la influencia del derecho romano y del derecho canónico se distinguió entre concubinato no punible y

Concubinato punible.

El concubinato no punible, es el estado de vida común que hace un hombre y una mujer, que pudiendo casarse libremente entre sí, no están unidos por el vínculo matrimonial, como acaece con la unión de solteros o viudos. A pesar de que el cristianismo no miró con buenos ojos este tipo de concubinato, pero fue tolerado y por ello no hubo sanciones para quien viviera de esa manera.

En cambio, el concubinato punible era el de mujer casada que abandonaba a su marido y establecía comunidad doméstica con otro hombre; igualmente, el de los hombres casados que en las mismas condiciones se unían con mujer diferente a aquella con quien estaban casados. La antigua legislación española distinguió tres clases de concubinatos punibles. En primer lugar, el que implicaba adulterio ya de la mujer, ya del marido. El hombre que se lleva a mujer casada y la tiene públicamente por manceba, puede ser requerido por la justicia o por el marido para que la entregue; si no la entrega pierde la mitad de sus bienes a favor del fisco. En segundo lugar, era punible el concubinato que establecían los clérigos. En tercer lugar, era punible el concubinato establecido entre hombre y mujer

vinculados entre sí por lazos de parentesco en línea directa o eran hermanos, por cuanto tales parientes no podían casarse entre sí.

10.3 EL CONCUBINATO EN COLOMBIA, ANTES Y DESPUES DE LA EXPEDICION DE LA LEY 45 DE 1936

Antes de la expedición de la ley 45 de 1936, la concepción del concubinato no punible fue tenido en cuenta por el Código Civil, pues el primitivo artículo 329 advirtió que se tendrá por concubina de un hombre "la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos". El artículo 52 primitivo consideró como punible también las uniones de hombre y mujer que implicaban la comisión del delito de incesto. El Código Civil, en su redacción primitiva, ignoró el concubinato de los clérigos.

Hasta la expedición de la ley 45 de 1936 se les denominó ayuntamientos dañados y punibles, denominación que se les dio por considerarse que su establecimiento implicaba la comisión de un ilícito punible por la ley penal, pues las unas constituían adulterio y las otras incesto.

La clasificación de las uniones extramatrimoniales dentro del sistema del Código Civil tenía fundamental importancia, por los diversos efectos que se les otorgaba en relación con los hijos procreados en ellas. Los nacidos de uniones dañadas y punibles recibían el nombre de dañados y punible ayuntamiento, en cambio los nacidos de uniones extramatrimoniales no dañada ni punible recibían el nombre de hijos naturales.

Después de la expedición de la ley 45 del 36 al suprimir esa ley la categoría de hijos de dañado y punible ayuntamiento (artículo 1) derogó, como consecuencia natural, la clasificación de los concubinos en punible y no punible. De ahí que para el derecho positivo actual concubinato es toda unión estable de hombre y mujer, sin distinguir el estado personal de quienes establecen la comunidad; y concubinos son el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar unidos por el vínculo matrimonial. La comunidad de vida, en general, es de naturaleza analógica a la que resulta del matrimonio; se diferencia en que la una es de hecho, o sea sin vínculo matrimonial; la segunda, es amparada por el matrimonio.

10.4 ELEMENTOS ESSENCIALES DEL CONCUBINATO

1. La unión de hecho entre hombre y mujer con fines de orden sexual, no tiene cabida dentro de esta concepción, las posibles uniones cuya finalidad no sean las relaciones sexuales; en cambio, un matrimonio siempre matrimonio, aunque excepcionalmente no exista o no puedan existir las relaciones sexuales, también será matrimonio la unión de un hombre y mujer, aunque no pueda realizarse el comercio sexual.

2. El concubinato no exige que los concubinos puedan casarse entre sí; precisamente muchos de los concubinos que se establecen en Colombia obedecen al fracaso de la vida conyugal del marido o de la mujer y a la necesidad que tiene alguno de ellos, o ambos, de crear una comunidad doméstica con hombre o mujer diferente a sus cónyuges. Quienes se aman forman comunidad doméstica, ya sea dentro del matrimonio si éste se encuentra a su alcance, o de hecho si se encuentran impedidos para celebrarlo.

3. El concubinato exige la mutua fidelidad de los concubinos, especialmente de la concubina. En la práctica suele afirmarse que un concubino puede tener más de una concubina, caso en el cual se encontraría

excluida la fidelidad del concubino a cada una de las concubinas. El problema tiene su implicación y dificultades, pues equivale admitir la poligamia concubinaria, la que se encuentra totalmente excluida en el matrimonio.

4. Se requiere que la unión sea estable, sin exigirse que exista residencia independiente de la de alguno de los concubinos. Es posible que un hombre casado, sin destruir la comunidad doméstica matrimonial, haya establecido comunidad de hecho con una concubina. Por este motivo no se exige que la unión de los concubinos sea notoria y pública, ni que el concubino viva permanentemente con la concubina, pues basta la comunidad de habitación y que el concubinario provea a los gastos del hogar.

10.5 SOCIEDAD DE HECHO ENTRE LOS CONCUBINOS

En muchos casos y especialmente cuando el concubinato ha durado un tiempo considerable, es muy factible que mediante el trabajo o la industria de los concubinos se forme un patrimonio, el cual, por tener su fuente en el concubinato y por haberse formado durante su existencia, lógicamente se debe a la vida en común de los concubinos y al trabajo e industria de cada uno de

ellos. Y esto porque entre concubinos suele formarse una sociedad de hecho muy semejante, en el fondo, a la sociedad que se constituye entre cónyuges. Así lo ha reconocido la jurisprudencia colombiana al decir que el estado de concubinato puede dar origen a una sociedad de hecho de bienes, sociedad que algún día es preciso liquidar y cuyo activo deberá repartirse entre los concubinos.

10.5.1 Naturaleza y elementos de las sociedades de hecho entre concubinos. De acuerdo con lo sostenido por la Corte Suprema, las sociedades de hecho son de dos clases: en primer lugar, las que se forman en virtud de un consentimiento expreso, y que por falta de uno, de varios o de todos los requisitos que la ley exige para las sociedades de hecho, no logran tener la categoría de tales, en segundo lugar, las que tienen su origen en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resulta de un conjunto o de una serie coordinada de operación que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

Para que se pueda reconocer la segunda clase de sociedad, se requieren, según la Corte Suprema, estos dos requisitos:

a. Que se trate de una serie coordinada de hecho de explotación común y se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficio.

b. Que la colaboración se desarrolle en un pie de igualdad es decir que no se haya encontrado uno de ellos, con respecto al otro, en estado de dependencia proveniente de un contrato de trabajo o de otro contrato por razón del cual uno de los colaboradores recibe salario y esté excluido de una participación activa en la dirección, control y supervigilancia del patrimonio.

Se advierte, que entre los concubinos se forma una sociedad de hecho en la segunda clase, pues el concubinato además de la comunidad de vida, crea una comunidad de bienes. Los ahorros que hace el concubino se deben, en parte, a la industria y economía de la concubina, y con tales ahorros comienza a formarse el patrimonio. Por esto no puede decirse que ese patrimonio es de exclusiva propiedad del concubino, sino de ambos, pues se forma dentro del concubinato o por causa de él. Para la formación de una sociedad de hecho entre concubinos, no es necesario el aporte de un capital en dinero. Puede comenzar sin ningún aporte,

de un capital en dinero. Puede comenzar sin ningún aporte, igual como puede suceder con la sociedad conyugal.

10.5.2 Prueba de la sociedad concubinataria. Todos los medios probatorios son admisibles para acreditar una sociedad de hecho entre concubino. Ante todo es necesario acreditar los aportes de los concubinos para formar un fondo común. El principal aporte es, generalmente, el trabajo de uno de los convivientes en la empresa que se dedica el otro. Al comenzar el concubinato ninguno tenía bienes; el patrimonio que se forma en virtud de la colaboración de ambos, pertenece a la sociedad de hecho.

La sola prueba del concubinato no acredita la formación de la sociedad. Probado el primero existe sociedad conyugal en relación con los bienes adquiridos a título oneroso por marido o mujer; en cambio, en la sociedad concubinataria es necesario probar el concubinato y los aportes, estos últimos en forma trabajo o colaboración.

10.5.3 Liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos. Reconocida la existencia de una sociedad de hecho, en cualquier momento puede procederse a su liquidación, por solicitud de cualquiera de los

concubinos. Lo más común es que el problema de la liquidación se presenta a la muerte de uno de ellos.

No obstante, para efectuar la liquidación es preciso ante todo, determinar los bienes que forman el patrimonio de esa sociedad de hecho. Esos bienes por lo general son, los adquiridos con posterioridad a la constitución del estado de concubinato, a título oneroso, esto es, los que son el fruto del trabajo o industria de los concubinos. Por esto no se comprende en ellos los bienes que alguno de los concubinos tenían antes de asociarse con el otro concubino, ni tampoco los adquiridos durante el estado de concubinato a título gratuito.

Determinado los bienes de la sociedad de hecho, se procede a dividirlos en dos partes iguales: una parte para cada concubino.

10.5.4. Concubinatos que no implican la formación de la sociedad de hecho. Hay casos en los cuales no puede establecerse la formación de una sociedad de hecho entre los concubinos, debido a que no obstante haber existido colaboración de ambos en una empresa común, hubo subordinación de uno de ellos al otro, en virtud de un contrato de trabajo o de mandato.

Esto sucede generalmente cuando el patrón establece relación de concubinato con una de sus empleadas o trabajadoras, también puede darse el caso de que el patrón haya elevado a la concubina a la calidad de administradora de sus bienes, en la cual vínculo originario de subordinación es reemplazado por uno de mutua colaboración económica.

En general, la ingerencia en los negocios del concubino es lo que da a la concubina la categoría de socio; en todo caso, si no es posible establecer la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos, puede ser viable el ejercicio de una acción de indemnización por los trabajos de la concubina en la casa o en los negocios del concubino.

10.6 APRECIACION CRITICA DEL ACTUAL SISTEMA COLOMBIANO SOBRE CONCUBINATO Y ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA EN OTROS PAISES

Las uniones libres y estables tienden a producir determinados efectos en razón de considerarse el concubinato no sólo como fenómeno social sino también como un fenómeno jurídico. El concubinato es considerado como tal independientemente de que uno de los concubinos sea o no casado. Precisamente un gran

número de concubinatos tiene como causa la indisolubilidad del matrimonio católico que celebran los colombianos. Al no poderse disolver el vínculo matrimonial, de alguno de los cónyuges o ambos se ve constreñido a establecer una unión libre.

El concubinato entró dentro del orden jurídico en forma paulatina. En primer término, a partir de la expedición de la Ley 45 de 1936 se tuvo en cuenta a fin de dar protección a los hijos extramatrimoniales procreados en él; se estableció que la madre podía pedir alimentos para sus hijos. En segundo término, se reconocieron las sociedades de hecho entre concubinos.

En tercer lugar, la legislación laboral comenzó a reconocer derechos a la concubina. Finalmente, nuestra jurisprudencia reconoce a la concubina el derecho a pedir indemnización por los prejuicios sufridos en su propia cabeza por la muerte accidental del concubino; a lo que ha llegado algunas legislaciones a reconocer el concubino o concubina el derecho a heredarse. Así, el Nuevo Código Civil de Bolivia estatuye: "Las uniones conyugales libres o de hecho conocidas por la Constitución política del estado y el Código de Familia producen respecto de los convivientes, efectos sucesorales similares a los del matrimonio". Dentro de

la orientación del proyecto de Código de Derecho Privado establece que cuando dos personas hubiesen vivido en concubinato durante los últimos cinco años anteriores a la muerte, y que careciere de bienes, tiene derecho una cuota hereditaria, según las siguientes reglas:

1. Si concurre con hijos o padres del causante recibirá la cuota de uno de ellos.

2. En los demás casos recibirá la cuarta parte de la herencia. Si al fallecer el causante este dejase varias concubinas, la mencionada cuota se repartirá por partes iguales entre ellas.

En nuestro actual derecho positivo, sin duda el concubinato es una institución jurídica dados los efectos que produce el matrimonio y no produce el concubinato es el derecho para la concubina. Pero ya dos códigos latinoamericanos establece semejante derecho hereditario.

El concubinato en los países latinoamericanos, en estos últimos años ha tratado de reglamentar el estado de concubinato, en razón del grave problema de la extensión considerable que ha alcanzado frente al matrimonio. Según datos estadísticos de 1965, en

algunos países los concubinatos alcanzan porcentajes entre el 15.5% al 40.9% mientras el matrimonio alcanza un porcentaje del 13.1% al 36% y muchas veces ese porcentaje es igual o próximo al de los matrimonios, entre ellos la de los centroamericanos. Por eso frente a este incremento en vida concubinaria, algunos países latinoamericanos han tratado de aproximar los estados de concubinatos al matrimonio ya sea teniendo por matrimonio al concubinato que reúna determinadas condiciones o simplemente haciéndola producir los mismos efectos que produce la unión matrimonial. Por eso es que el concubinato se le define como la unión libre y permanente con el fin de darle protección tanto a los hijos producto de esta unión como a la concubina.

11. CONCLUSIONES

El trabajo anterior titulado *Evolución de los derechos de los hijos extramatrimoniales a través de la historia*, nos lleva a la conclusión que la situación de los hijos extramatrimoniales anteriormente era sin lugar a dudas injusta desde todo punto de vista en relación con su padre o madre natural pues sus derechos ante los hijos legítimos estaban menoscabados, sin que los hijos extramatrimoniales tuvieran culpa en sus forma de nacimiento.

En virtud de la ley 29 de 1982 todas las discriminaciones de los hijos extramatrimoniales en razón de su filiación han sido totalmente derogados de nuestro sistema legal al quedar incluidos dentro de la familia de sus padres de la misma forma que los legítimos.

En épocas anteriores los hijos extramatrimoniales no eran mirados como entes de la sociedad, por lo tanto no tenían cabida dentro de ella, y también eran denominados como naturales; esta expresión fue borrada

por el decreto 2820 de 1974, quien los denominó como extramatrimoniales.

Hoy en día que se le debe este gran cambio favorable a la Ley 29 de 1982 que fue la que le dio igualdad de derechos a estos hijos en el campo sucesoral, ya que heredan igual los hijos extramatrimoniales y los legítimos, o sea que igualdad de derechos.

BIBLIOGRAFIA

CASTRO, José Félix. Derecho de familia. 9a. ed. Publicitaria. 1982.

CCDIGO CIVIL COMENTADO. Legis, 1988.

LAFONT PIANETA, Pedro. Derecho de sucesiones. 4 ed. Librería Profesional, 1984, Tomo 1 y 2.

_____. Derechos hereditarios de las filiaciones extramatrimoniales. Librería El Profesional, 1982.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia. Jurídicas Wilches. 1982.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil, 5 ed. Temis, 1983.
Tomo V.