PATRIA POTESTAD Y FILIACION LEGITIMA EN LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA

JUAN CARLOS SAAVEDRA DURAN

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
obtener el título de Abogado.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1987

DR F.0841

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

BOLIVAR

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA
N.º 403 4384
NO. INVENTARIO 443
PRECIO
FECHA 21 FEB. 2008
CANJE DONACION

Rodolfo Pérez Vásquez
Abogado Titulado

Calle 36 No. 43-91
Oficina 209 - Tel. 414054

Barranquilla octubre 15, 1987

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolivar
Ciudad

Apreciado Doctor:

Cordialmente le comunico que atendiendo la designación que me hizo como asesor de la Tesis de Grado presentada por el egresado JUAN CARLOS SAAVEDRA DURAN, titulada "Patria Potestad y Filiación Legítima en la Legislación Civil Colombiana", encaminado a optar el título de Abogado de la facultad de Derecho de esa Alma Mater, realicé un minucioso estudio de los títulos y 5 capitulos que componen el presente trabajo, encontrando en él un valioso contenido que refleja un gran esfuerzo del egresado en la investigación del tema.

En mi concepto, la materia a que se refiere el tema expresado ha sido llevado con acertado tino didáctico y en forma por demás compleja que acreditan sin lugar a dudas, que el interesado se ha valido de un profundo estudio.

Estimo que la obra reúne los requisitos académicos exigidos y en lo que concierne al suscrito, le imparto su aprobación en todas sus partes.

Del señor Decano,

Atentamente,

RODOLFO PEREZ VASQUEZ
Director

T
346.01: 861
S-111

DEDICATORIA

A Mis Padres

A Mi Hermana

A Mi Hijo

A Elsa

Juan Carlos

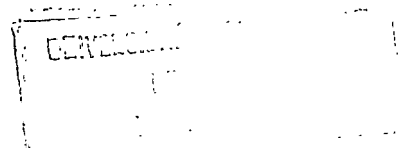
UNIVERSIDAD BOLIVAR

TABLA DE CONTENIDO

		Pág.
	INTRODUCCION	1
1.	PATRIA POTESTAD.....	3
1.1.	NATURALEZA DE LA PATRIA POTESTAD.....	4
1.2.	PROCESO HISTORICO DE LA PATRIA POTESTAD	5
1.3.	LA PATRI POTESTAD EN COLOMBIA.....	8
1.4.	REGIMEN VIGENTE	13
2.	SUJETO DE LA PATRIA POTESTAD	14
2.1.	ATRIBUTOS DE LA PATRIA POTESTAD.....	15
2.2.	USUFRUTO.....	15
2.2.1.	EL USUFRUTO LEGAL TIENE ESTAS CARACTERISTICAS...	17
2.2.2.	REGIMEN DE PECULIOS.....	18
2.2.3.	CAUSALES DE DESHEREDACION.....	20
2.2.4.	EXTINCION DEL USUFRUCTO LEGAL	20
2.3.	ADMINISTRACION LEGAL	21
3.	REPRESENTACION DEL HIJO DE FAMILIA-SUSPENSION DE PATRIA POTESTAD Y EMANCIPACION.....	25
3.1.	SUSPENSION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	27

Pág

3.2.	LA EMANCIPACION.....	29
3.2.1.	EMANCIPACION VOLUNTARIA	29
3.2.2.	EMANCIPACION LEGAL.....	30
3.2.3.	EMANCIPACION JUDICIAL	31
3.3.	HABILITACION DE EDAD	32
4.	HIJOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO	33
4.1.	EVOLUCION DE LOS CONCEPTOS DE PADRE, MADRE E HIJO.....	33
4.2.	DETERMINACION DE LA MATERNIDAD LEGITIMA	39
4.3.	IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD LEGITIMA	41
4.4.	DETERMINACION DE LA PATERNIDAD LEGITIMA	48
4.5.	IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD LEGITIMA	55
4.6.	IMPUGNACION EJERCIDA POR EL MARIDO SIN EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.....	56
4.7.	NATURALEZA Y VALOR DE LA PRIMERA PRUEBA DE IMPUGNACION	57
4.8.	ALEJAMIENTO DEL MARIDO DE LA RESIDENCIA DE LA MUJER O DE LA MUJER DE LA DEL MARIDO	58
4.9.	IMPOSIBILIDAD TRANSITORIA ACCIDENTAL O NATURAL.	59
4.9.1.	IMPOSIBILIDAD DE ENGENDRAR.....	61
5.	INSEMINACION ARTIFICIAL.....	73



INTRODUCCION

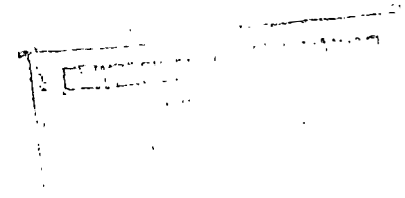
Como los apreciados lectores podrán observar el Tema escogido como tesis ha exigido un estudio minucioso, teniendo que adentranos a la raíz de este asunto en mención, como lo fué la Patria Potestad en el Derecho Romano.

En su aspecto histórico vemos como la Patria Potestad era un robusto poder del Padre.

Posteriormente también se hizo un análisis pormenorizado del tema, en los comienzos de nuestra Legislación Civil Colombiana, donde se consagraba la Patria Potestad como priviligio de los hijos legítimos no emancipados derecho que no pertenecía ni a la madre.

Es de anotar que el propósito de la presente es tratar de colaborar si en algo sirve, como tema de consulta para los compañeros de la Universidad, como ustedes lo podrán observar en un trabajo actualizado.

Sirva la presente para exteriorizar nis sentimiento de agradacimientos al señor Decano en unión del Cuerpo de Profesores de esta respetada y querida Alma Mater, por la colaboración prestada en el término de duración de la presente carrera. Que el Todopodero so os sepa retribuir por ta noble labor.



I CAPITULO

1.0 PATRIA POTESTAD.

El tratadista JOSE MARIA CASTAN VASQUEZ(1) define la patria potestad como "el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar la prole".Y las Partidas afirmaban que "patria potestad en latín, tanto quiere decir en romance,como el poder que tienen los padres sobre los hijos" .

COLIN Y CAPITANT(2) expresa que es "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipado, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos".

JOSSERAND(3) dice que es " el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos

1-JOSE MARIA CASTAN VASQUEZ,La patria potestad, Madrid,Edit.Revista de Derecho Privado,1960,ps.9 y ss

2- COLIN Y CAPITANT,Curso elemental de derecho civil,t.II,vol.I, Madrid,Instituto Editorial Reus,1946,p,18. p.18

3-LOUIS JOSSERAND,Courso de droit civil positit francais,t.I,2a ed.

menores no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos."

1.1. NATURALEZA DE LA PATRIA POTESTAD

No hay duda que la patria potestad es una institución natural. Las partidas explicaban que era "el poder, o señorío que tienen los padres sobre los hijos, segunda razón natural, o segundo derecho. Lo uno, porque nacen de ellos; lo otro, porque han de heredar lo suyo" (partida IV, título XVI, proemio). Según Castán Vásquez[4], dos aspectos pueden apreciarse en la patria potestad: a) cuando se contempla las relaciones internas de sus sujetos, se atribuye a los padres como un deber; y b) cuando se considera en las relaciones externas a los sujetos, es un derecho subjetivo de los padres. Para MESSENEO[5], la patria potestad es un conjunto de poderes (a los que corresponde otros tantos deberes: poderes-deberes), en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, de educar, de instruír al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en la consideración a su falta de madurez síquica y de su consiguiente incapacidad de obrar; es, pues, un medio para que pueda llevarse a cabo el oficio encomendado

4- JOSE MARIA CASTAN VASQUEZ-ob.cit.p.18
5-MESSINEO,Manual de derecho civil y comercial,t.III trad.de SANTIAGO SENTIS MELENDO,Buenos Aires,Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954,ps.136-137

a los progenitores (carácter oficioso de la patria potestad) en protección al hijo; en cambio, en cuanto se la considere fuera de las relaciones familiares, o sea, en las relaciones externas, la patria potestad es us derecho subjetivo.

1.2 PROCESO HISTORICO DE LA PATRIA POTESTAD

En los pueblos antiguos, la patria potestad era un robusto poder del padre. El carácter religioso de ello lo ha advertido FUSTEL de COULANGES, quien ha descrito al carácter sacerdotel del padre. Este no solo tiene los atributos de la paternidad, sino que es el sacerdote, el heredero del hogar, el continuador de los abuelos, la raíz de los descendientes, el depositario de los misterioros ritos del culto y quien ejerce el poder y la autoridad. En el derecho romano, la patria potestad al comienzo era absoluta.

Según GIRARD, " el pater familias tiene sobre las personas in Patria Potestate una autoridad absoluta, que no puede diferir originariamente de la autoridad similarmente absoluta que tiene sobre las otras personas de su casa, no solamente sobre la mujer, que es la forma más antigua del matrimonio, el matrimonio con manus est loco filiae, sino sobre las personas in dominica potestate, sobre los esclavos y sobre las personas in mancipio que estan asimiladas a los esclavos". El padre, en esta etapa, puede abandonar al hijo (derecho de exposición)como si fuera un esclavo una cosa, puede

venderlo, recuperarlo o volverlo a vender e inclusive reivindicarlo. Puede también castigarlo, y sus adquisiciones patrimoniales pasan al padre, La patria potestad no se extingue, porque sólo el pater-familia es el que alimenta el fuego del hogar; y únicamente saliendo de la familia como sale el hijo emancipado o la mujer casada con manus, o el hijo dado en adopción, puede el hijo deliberarse de la autoridad de aquél.

Luego evolucionó la patria potestad para convertirse el poder paterno en una función limitada, ejercible en beneficio del hijo.

El derecho de exposición de los hijos fue prohibido, según unos, desde el tiempo de los jurisconsultos clásicos, y según otros, desde el imperio cristiano. El derecho de venta fue derogado en la época imperial CASTAN VASQUEZ sostiene que el derecho de castigo fue considerablemente restringido en el imperio, y el de vida y muerte, que desde los orígenes no era una potestad ilimitada, se pierde en absoluto en la época imperial, reduciéndose a una simple facultad correccional que le permite al padre por si mismo inflingir al hijo castigos leves e impetrar, en caso necesario el auxilio del magistrado para la imposición de penas más graves. En el orden patrimonial, la incapacidad del hijo fue mitigada por la admisión de los peculios. El principio originario que impedía al hijo tener nada propio, fue recortado en el derecho justinianeo con tantas excepciones, que la excepción se convirtió en regla. El influjo del cristianismo hizo que en la época de CONSTANTINO se atenuaran las facultades del padre

y se dignificara la situación del hijo. Y con JUSTINIANO se dulcificó, el proclamar que esta "non debet in atrocitate sed in pietat - consistere" (Digesto,48,9,5).

En el derecho gérmanico la potestad del padre recibe el nombre de Munt y significa un derecho y un deber de protección. En el derecho gérmanico antiguo, en efecto, las amplias facultades que el padre tiene sobre la persona del hijo son similares a las del derecho romano. El padre tenía el derecho de exponer al hijo inmediatamente despues del nacimiento; el de castigarlo a su arbitrio; el de venderlo en caso de necesidad o por pena, e inclusive matarlo; el de disponer su matrimonio y el de representarlo en el proceso.

En cuanto a los bienes, al hijo se le reconocía capacidad matrimonial, pero el padre, como señor del Munt sobre el hijo, tenía también la potestad sobre el patrimonio de éste tomando dicho patrimonio de su Gewere, administración y aprovechamiento. La duración del poder del padre terminaba al separarse el hijo de la comunidad doméstica paterna.

Luego vino la evolución y se suprimió el derecho de exposición; y de disponer del matrimonio de las hijas se convirtió en un simple derecho de consentimiento. Se admitió la teoría de los peculios y la extinción de la patria potestad se aceptó en los casos en que el hijo entrara en una relación de servicio

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

En el sistema occidental, la patria potestad se considera como una función atribuída al padre para la protección de los hijos.

JULLIONT DE LA MORANDIERE explica que con la Revolución se rebajó la autoridad paterna y se concibió como una medida de protección para los menores, que cesaría a la mayoría de edad del hijo, y se impuso el control por la creación de los tribunales de familia. Pero el Código de Napoleón proclamó la patria potestad, suprimió los tribunales y rehusó el control judicial y la decadencia posible de la potestad del padre sobre los hijos. Sin embargo, esta concepción ha evolucionado en el derecho francés, para admitirse hoy que se ejerce en interés de la familia de los hijos.

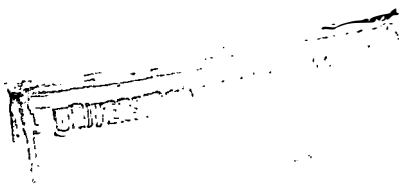
1.3 LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA

El artículo 288 del Código Civil consagra la patria potestad pero únicamente sobre los hijos legítimos no emancipados. Estos derechos no pertenecían a la madre ni siquiera en el caso de la muerte del padre, Esta concepción fue modificada por el artículo 53 de la ley 153 de 1887, según el cual, " la patria potestad es un conjunto de derechos que la ley reconoce al padre legítimo sobre los hijos no emancipados. Muerto el padre, ejerce los derechos la madre legítima, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias." Pero la patria potestad se otorgó a la madre con relación a los hijos legítimos. Podía ejercerla únicamente por muerte del padre,

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA

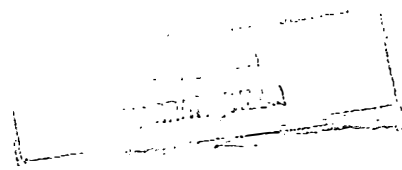
siempre y cuando guardara buens costumbres y no pasara a otras nupcias.

Este sistema fue modificado por el artículo 13 de la ley 45 de 1936, que estatuyó lo siguiente: "la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre sus hijos no emancipados para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Ejerce estos derechos respecto de los hijos legítimos, el padre y a la falta de éste, por cualquier causa legal, la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase otras nupcias. Los hijos no emancipados son hijos defamilia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia". El artículo 14 de la citada ley 45 de 1936 dispuso lo siguiente: "Por ragla general corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural. Pero el juez puede, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera conveniente a los intereses del hijo, conferirla al padre siempre que no esté casado, o poner bajo guarda al hijo. A falta de la madre, por matrimonio u otra causa legal, tendrá la patria potestad el padre natural no casado, sin perjuicio de que juez confiera la guarda del hijo a otra persona, a petición de partes y en las mismas circuntancias previstas en el inciso anterior. No tiene la patria potestad ni puede ser nombrado guardador el padre o madre declarado tal en juicio contradictorio.



De conformidad con la ley 45 de 1936, la patria potestad se otorgó a los padres; se concedió a la madre el ejercicio de la patria potestad, con respecto a los hijos legítimos, no solamente para el caso de muerte del padre, sino también para cuando éste llegue a faltar por cualquier causa, siempre y cuando ella guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias. En cuanto a los hijos naturales , le concedió la patria potestad a la madre, pero autorizando al juez para otorgarla al padre, siempre que no esté casado y lo considere conveniente a los intereses del hijo. Y si faltaba la madre, dicha patria potestad la tenía el padre natural casado.

Luego el artículo 19 de la ley 75 de 1968 (sustantiva del artículo 288 del C,C.) definió la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de sus deberes que su calidad les impone". El inciso 2 estableció el ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad que tenía respecto de los hijos legítimos el padre, y a la falta de éste, por cualquier causa legal, la madre. El juez puede entregar guarda al hijo, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente para los intereses del hijo .



Igualmente, la citada ley conservó el sistema de la ley 45 de 1936, otorgando a la madre la patria potestad respecto al hijo natural, pero autorizando al juez para darla al padre o poner bajo guarda al hijo, de acuerdo con los intereses de éste. Si faltaba la madre, el ejercicio de la patria potestad del hijo correpondía al padre, pero el juez podía, en interés del hijo, designarle un curador, a instancia de parte interesada y previo conocimiento de causa. Se estipuló que el matrimonio del padre o de la madre no ponían fin al ejercicio de la patria potestad en cuanto al hijo natural; pero se autorizó al juez para otorgarla al padre en caso de que la madre contragere nupcias, o discernirle la guarda a un tercero, de conformidad con los intereses del hijo previo conocimiento de causa. Sin embargo, la ley 75 le negó la patria potestad al padre o a la mdre naturales que hubieran sido declarados tales en proceso contradictorio por la persona del hijo o su representante.

El artículo 24 del Decreto 2820 de 1974 estatuyó "El inciso 2 del artículo 288 del Código Civil quedará así: Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro".
El artículo 24 se refiere erróneamente al inciso 2 del artículo 288 del C.C. que había sido subrogado por el artículo 19 de la ley 75 de 1968; pero en el artículo 70 aparece derogada en forma expresa esta última norma, razón por la cual hay problemas interpretativo.

El articulo lo. del decreto 2820 de 1974 expresó: "El articulo 62 del Código Civil quedará así:

"Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:
"1). Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años .

"Si falta uno de los padres, la representación legal será ejercida por el otro.

"Cuando se trata de hijos extramatrimoniales, no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio. Igualmente pondrá el juez, con conocimiento de causa y a petición de parte, conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres, o poner bajo guarda al hijo, si lo considera más conveniente a los interese de éste. La guarda pondrá fin a la patria potestad en los casos que el artículo 335 contempla como causales de emancipación judicial; en los demás casos la suspenderá". (Artículo lo. del decreto 772 de 1975).

"2). Por el tutor o curador que ejerciera la guarda sobre menores de 21 años no sometidos a patria potestad, y sobre los dementes, disipadores, y sordomudos que no pudieren darse a entender por escrito".

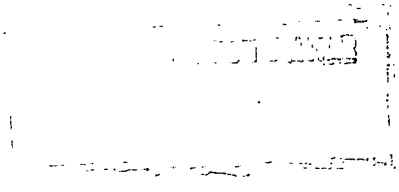
El decreto 2820 de 1974 dispuso que la patria potestad sobre los hijos legítimos les corresponde conjuntamente al padre y a la madre,

aspecto en el cual siguió a las modernas legislaciones que han es tablecido la igualdad jurídica de derechos y obligaciones entre cón yuges .

1.4 REGIMEN VIGENTE

Según el inciso 2o. del artículo 24 del decreto 2820 de 1974, el ejercicio de la potestad sobre los hijos legítimos corresponde con juntamente a los padres, y a la falta de uno de éstos, la ejercerá el otro. La falta de uno de los padres se puede presentar en estos casos.

a) Cuando mueren real o presuntivamente (C.C. artículo 314 nums.1o. y 4o.); b) cuando ha abandonado el hijo (artículo 315, nums.2o.); c) cuando maltrata habitualmente al hijo en términos de poner en pe ligro su vida o de causarle grave daño (C.C., artículo 315 nums.1); d) cuando la patria potestad (artículo 315, mun.3)e)cuando por sen tencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, no se ha declarado al padre o la madre culpable de sus delitos al que se le aplique pena privativa de la libertad superior a un año (artículo 315 num. 4) y f)cuando exista demencia del padre o de la madre o por estar en entre dicho de administrar sus bienes, o por larga ausencia (artículo 310. modificado por el decreto 2820 de 1974).-



II CAPITULO

2.0 SUJETO DE LA PATRIA POTESTAD Y ATRIBUTOS

a) Conforme se ha explicado, respecto de los hijos legítimos el ejercicio de la patria potestad les corresponde a los padres conjuntamente. A falta de uno de los padres, ejercerá el otro (decreto 2820 de 1974, artículo 19 y 24).

b) En cuanto a los hijos naturales, el ejercicio de la patria potestad les corresponde a ambos padres, si viven juntos; en caso contrario, ejercerá tales derechos aquel de los padres que tengan a su cuidado el hijo (decreto 2820 de 1974, artículo 50). El juez de menores, con conocimiento de causa y a petición de padres o bajo guarda de una tercera persona, siempre y cuando considere que ello resulta favorable a los intereses del hijo . El artículo 21 de la ley 75 de 1968 modificó el artículo 15 de la ley 45 de 1936, disponiendo que "Al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales se aplicán las reglas de los títulos 12 y 14 del libro del Código Civil en cuanto se pugne con las disposiciones de la presente ley". La reforma conservó sustancialmente el criterio del legislador de 1936, pero lo modificó, en cuanto suprimió las excep

BIBLIOTECA BARRANQUILLA

ciones referentes a los artículos 252 y 260 del Código Civil. Debe advertirse que a los hijos naturales se les aplican las normas sobre autoridad paterna o autoridad familiar compartida (título XII) y sobre patria potestad (efectos patrimoniales) prevista en el título XIV del C.C..

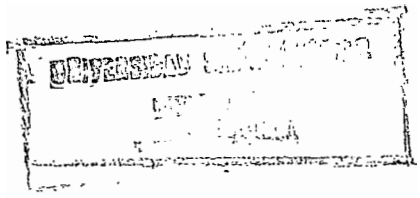
c) En la adopción plena, los adoptantes son llamados a ejercer la patria potestad de manera semejante a como la ejercen los padres respecto a los hijos legítimos. Si el adoptante es una sola persona, le corresponderá a ésta el ejercicio de la patria potestad (C.C. artículo 276).

2.1 ATRIBUTOS DE LA PATRIA POTESTAD

El ejercicio de la patria potestad confiere al titular tres atributos o derechos, que son: a) el derecho de usufructo; b) el derecho de administración; y c) el derecho de representación.

2.2 USUFRUCTO

El usufructo legal es el derecho que la ley le concede a quienes ejercen la patria potestad, para hacer propios los frutos de los bienes de los hijos legítimos (C.C. artículo 291,292,295,y 296, modificados por el decreto 2820 de 1974).



Según la doctrina el fundamento de esta institución estriba en que los frutos deben dedicarse al sostenimiento y educación de los hijos. El Código Civil otorgaba el usufructo legal únicamente al padre; a falta del padre lo tenía la madre, porque en este caso se le atribuía la patria potestad. El Decreto 2820 de 1974 modificó al artículo 291 del C.C. y estableció: "El padre y la madre gozan por iguales partes del usufructo de todos los bienes del hijo de familia". Desde luego que si falta uno de los padres, el otro goza del usufructo.

Los padres hacen suyos los frutos de todos los bienes del hijo que integran el peculio adventicio ordinario, pero no afecta los bienes que constituyen el peculio adventicio extraordinario ni a los bienes que forman el peculio profesional. Según el tratadista ROBERTO SUAREZ FRANCO[6], los caracteres del derecho de usufructo son los siguientes: a) universalidad, las excepciones que establece la ley; b) inalienabilidad; y c) irrenunciabilidad. Sin embargo, es válida la renuncia por efectos fiscales (decreto 187 de 1975, artículo 24).

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de usufructo, VALENCIA ZEA[7] expone "... debe advertirse que no es un derecho real de usufructo con que definimos este derecho."

6- ROBERTO SUAREZ FRANCO-, Derecho de familia, t,I Bogotá Edit.Temis 1979. p 390.
7-ARTURO VALENCIA ZEA,Derecho civil.t.V.4a.ed.Temis,1977,p.499

Al estudiar lo relativo a los bienes, ya que los derechos reales deben recaer siempre sobre cosas corporales singulares, y en cambio, el derecho titular de la potestad recae sobre una universalidad jurídica de bienes. Además, cuendo el derecho real de usufructo recae sobre inmuebles, requiere un título (testamento o escritura pública) e inscripción de él en los libros de registro mobiliario; por el contrario, el usufructo legal del titular de la potestad se constituye sin ninguna formalidad, ya que los padres toman de plano la posesión de los bienes de su hijo, y los administran y usufructúan. Para ser más precisos y más lógicos, puede decirse que se trata de un derecho universal de disfrute, originado en la potestad parental y dependiente de ella. Y es derecho universal por cuanto recae sobre todos los bienes que integran el patrimonio del hijo, salvo los exceptuados expresamente. Además, por ser un derecho derivado de la potestad parental, es derecho familiar y se encuentra fuera del comercio. Por lo tanto, no es derecho hipotecable, ni enejamable o cedible, aunque sí son embargables los frutos ya percibidos o en trance de percibirse.

2.2.1 EL USUFRUCTO LEGAL TIENE ESTAS CARACTERISTICAS:

1) El padre no goza del derecho de persecución.
2) Es un derecho personalísimo. Como consecuencia no puede enajenarse, renunciarse, transmitirse, hipotecarse ni embargarse.
3) El padre como usufructtuario, no es obligado a la fianza o caución que generalmente deban dar los usufructuarios para la conserva

ción y restitución de la cosa fructuaria.

4) El usufructo dura hasta la emancipación del hijo.

2.2.2 REGIMEN DE PECULIOS.

a) Peculio profesional o industrial. El artículo 291 del C.C. modificado por el artículo 26 del decreto 2820 de 1974, dice que el peculio profesional está constituído por los "bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su peculio profesional o industrial".

De conformidad con las normas antes dichas, el peculio profesional lo componen: el fruto del trabajo del hijo; los bienes que adquieran con los dineros provenientes de su trabajo; y los frutos que produzcan estos bienes. El artículo 292 del C.C. dice que "El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial".

b) Peculio adventicio ordinario. Lo constituyen los bienes que han entrado al patrimonio del hijo, no como fruto de su trabajo sino a título gratituito como donación, herencia o legado (C.C. artículo 291, ord.2) . Los padres tienen derecho a todos los frutos naturales y civiles por partes iguales de los bienes que constituyen el peculio adventicio ordinario, en los mismos términos que todo usufructuario. El menor no puede administrar estos bienes sino sus

padres, y si el menor celebra negocios jurídicos sobre los bienes, se produce la nulidad absoluta si es impúber, y relativa, si es menor adulto.

c) Peculio adventicio extraordinario. Integran este peculio los siguientes bienes: a) los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia, legado, "cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes corresponda al hijo y no a los padres; si sólo uno de los padres fuere excluído, corresponderá el usufructo al otro;" b) " el de las herencias o legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de los padres, caso en el cual corresponderá exlusivamente al otro", (ords.2 y 3 del artículo 291, modificado oor el artículo 26 del decreto 2820 de 1974) .

Este peculio está formado, como se ha visto, por dos clases de bienes:

1) Bienes objeto del usufructo adquiridos por el hijo por donación, herencia o legado. La ley exige que haya prueba de que el usufructo corresponde al hijo y no a los padres por expresa voluntad del donante.

2) Herencia o legado que haya causado al hijo incapacidad o indignidad de uno de los padres, o por haber sido uno de ellos desehe

redado. La indignidad debe ser declarada mendiante sentencia judicial y no se produce de pleno derecho sino por cuasales establecidas en el artículo 1025 del Código Civil,

2.2.3 CAUSALES DE DESHEREDACION

Las causales de desheredación están enumeradas en el artículo 1266 del Código Civil, y conforme al artículo 1267 del mismo Código, deben especificarse en el testamento y haberse probado judicialmente "en vida del testador" o si "las personas a quienes interesare el desheredamiento no lo probaren después de su muerte".

2.2.4 EXTINCION DEL USUFRUCTO LEGAL

Según el tratadista ROBERTO SUAREZ FRANCO, el usufructo legal de los padres termina: a) por privación de la patria potestad, tanto por emancipación del hijo como por sustitución y terminación de aquélla; b) por resolución de derecho del constituyente en el caso del artículo 865 del Código Civil, c) por confusión; d) por destrucción de la cosa; y e) por sentencia judicial que declare a los padres responsables de dolo o culpa grave en el desempeño de la administración de los bienes del hijo (decreto 2820 de 1974 artículo 33).-

2.3. ADMINISTRACION LEGAL .

En cuanto a los sujetos de la administración, el artículo 29 del decreto 2820 de 1974, que modificó al artículo 296 del Código Civil, establece que, por regla general, corresponde a las partes la administración de los bienes del hijo sobre los cuales la ley les concede el usufructo. La administración de los padres se refieren a los bienes de los hijos menores no emancipados.

La regla del artículo 29 del decreto 2820 de 1974 tiene estan excepciones: " 1) Bienes que forman el peculio adventicio extraordinario, respecto de los cuales, los padres administran, pero no perciben para sí los frutos; 2) Bienes que el hijo perciban por herencia o donación, con la donación de que el titular o los titulares de la potestad no los administren (C.C. artículo 295) 3) Bienes que dejen al hijo con la condición de que el titular de la potestad no tenga ni la administración, ni el usufructo; 4) Los bienes que recibe el hijo por indignidad o desheredamiento del padre o de la madre (C.C. articulos 1025 y 1266).

La administración de los padres de familia difieren del usufructo y de la administración del tutor o curador por que no están obligado a proceder a confeccionar inventario solemne de los bienes que reciben, ni a prestar cuación por este concepto.

La administración debe ejercerse conjuntamente por los padres, o por uno de ellos autorizados por el otro, y a falta de uno de los padres por muerte o por privación de la patria potestad, la ejercerá el otro.

Si bien, los padres no están obligados a confeccionar iventario solemne, deben elaborar una descripción circunstancia de tales bienes (artículo 297, modificado por el artículo 31 del decreto 2820 de 1974).

El titular de la patria potestad administra libremente los bienes del menor en dos casos: 1) cuando se trata de negocios de mera administración de bienes muebles e inmuebles; y 2) cuando se trata de negocios jurídicos de disposición de bienes muebles. Los negocios de administración tienen por objeto la conservación de un derecho, o hacerlo más productivo, o recuperarlo, o evitar que se pierda o extinga, como arrendar, colocar dinero al interés, cultivar un predio, explotar una empresa, etc.

Para proteger al menor, la ley restringe las facultades del titular de la patria potestad, cuando se trata de negocios de donación o de disposición que recae sobre bienes inmuebles. Los negocios de administración tienen por objeto la conservación de un derecho, o hacerlo más productivo. o recuperación, o evitar que se pierda o extinga, como arrendar, colocar dinero a interés, cultivar un predio,

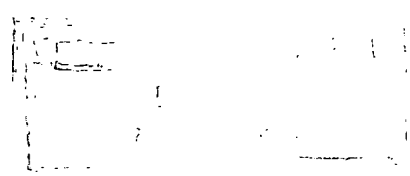
explotar una empresa, etc.

Para proteger al menor, la ley restringe las facultades del titular de la patria potestad, cuando se trata de negocios de donación o de disposición sobre bienes inmuebles o sobre derechos herenciales (C.C. artículo 303 y ley 67 de 1930, artículo 1).

La ley, en los artículos 304,484, 491, y 492 del C.C. y 1 de la ley 67 de 1930, establece dos excepciones: a) los padres por nigún motivo, pueden hacer donaciones dobre muebles o inmuebles y sobre derechos hereditarios del menor por ello causa perjuicio al patrimonio del menor; y b) se prohibe a los padres enajenar a título oneroso bienes inmuebles o derechos hereditarios del hijo, aunque el juez puede autorizar negocios de disposición sobre inmuebles o derechos hereditarios del menor con conocimiento de causa y en pública subasta, si el negocio consiste en una venta.

Los contratos celebrado por el hijo impúber, aun con autorización de sus padres, son nulos (C.C. artículo 1740).

Los padres no pueden repudiar una herencia deferida el hijo sin decreto judicial con conocimiento de causa, ni aceptarle sin beneficio de inventario. El titular de la patria potestad tampoco puede dar en arrendamiento los bienes del hijo por largo tiempo.



Los padres responden hasta de culpa leve en la administración de los bienes del hijo (C.C. artículo 63).

En cuanto a la extinción de la administración , la ley establece estas causales: a) cuando se extingue la patria potestad; y b) cuando por sentencia judicial se declare a los padres que la ejercen responsables de dolo o culpa grave en el desempeño de la patria potestad (C.C. artículo 299, modificado por el artículo 33 del decreto 2820 de 1974). Además, la norma citada (artículo 33 del decreto 2820 de 1974), en su numeral 2 dice que se presume la culpa cuando se disminuyen considerablemente los bienes o se aumenta el pasivo sin cuasa justificada.

Si los padres no tienen la administración de todo o parte del pecu lio adventicio o extraodinario, se dará al hijo un curador para esta administración. Pero quitada á los padres la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley les da el usufructo, no dejarán por eso de tener derecho a los frutos líquidos, deducidos los gastos de administración (artículo 34 cel decreto 2820 de 1974, que modificó al 300 del C.C.).

III CAPITULO

3.0 REPRESENTACION DEL HIJO DE FAMILIA-SUSPENSION DE PATRIA POTESTAD Y EMANCIPACION

La representación del hijo es consecuencia de la administración que tienen los padres sobre los bienes del hijo menor no emancipado. Puede ser judicial o extrajudicial.

La representación extrajudicial del hijo de familia es ejercida conjuntamente por el padre y la madre, al tenor del artículo 40 del decreto 2820 de 1974 que modificó al artículo 307 del Código Civil. Esta norma es inconveniente porque dificulta en la práctica la realización de actos que beneficien al menor, ya que si hay desacuerdo entre los padres, de debe acudir al juez de menores para resolver el litigio.

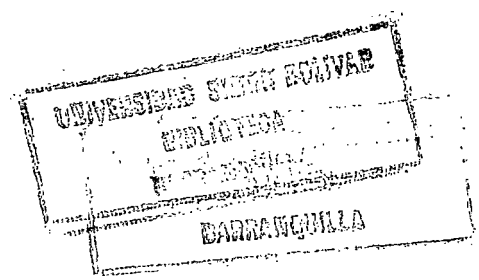
La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres (artículo 306, modificado por el artículo 39 del decreto 2820 de 1974). La ley establece que el hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como autor , autorizado y representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o se

están inhabilitados para representarlos o si lo autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación de curador adliten.

El artículo 308, modificado por el artículo 41 del decreto 2820 de 1974, dice que no será necesaria la intervención de los padres para proceder contra el hijo en caso de que exista contra él una acción penal; pero aquellos serán obligados a suministrarles los auxilios que necesite para su defensa.

Si el hijo de familia tiene que iniciar un proceso contra uno de sus padres, debe incoar la demanda por conducto del otro padre, previa licencia del juez. Si el hijo demanda a ambos padres, al juez le dará un curador para la litis o confirmará al designado por el menor. Si el hijo pretende demandar al padre o la madre, se le designará un curador ad-liten, el cual necesita licencia judicial para proceder como actor.

Cuando uno de los padres instaura acción contra el hijo, éste comparece representado por el otro padre que esté en ejercicio de la patria potestad; en caso de que este no quiere o no pudiere, el hijo pedirá al juez la designación de curador.ad-liten, si no estuviere bajo curanduría general. (C.de P. C. artículo 45).


UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

3.1 SUSPENSION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se pierde por suspensión y terminación o emancipación.

La patria potestad se suspende respecto de ambos padres o de uno solo, sin que ello implique su extinción, debido a que puede existir rehabilitación cuando cesa el motivo o causa que la originó . El artículo 310 del C.C. modificado por el artículo 42 del decreto 2820 de 1974, establece las siguientes causas de suspensión de la patria potestad .

a) La prolongada demencia de quien la ejerza. Hay que advertir que la ley no exige que haya sido decretada la interdicción por demencia, y desde luego hay que probar que es permanente y no pasajera. Si la patria potestad se suspende respecto de un padre, la ejerce el otro, y a falta de ambos padres, el juez le designará al hijo un curador para que se encargue de la administración de sus bienes.

b) Por hallarse el padre o la madre en entredicho de administrar sus propios bienes. Desde luego, se requiere que exita declaración judicial de interdicción.

c) Larga ausencia del padre o de la madre. La ausencia implica que el padre o la madre desaparezcan y se ignore su paradero, por lo

que se perjudica al hijo.

El artículo 64 de la ley 83 de 1946 estableció otras causales de suspensión de la patria potestad : La suspensión de la patria potestad o de la guarda de un menor podrá ser declarada, por el tiempo indicado por el juez de menores, en virtud de las siguientes causales:

"1) En los casos del artículo 315 del Código Civil."

"2) Por la vagancia o mendicidad habituales del menor, en caso de que los padres y guardadores no empleen toda su inteligencia para impedirlo, y

"3) Cuando el juez de menores lo crea conveniente para la salud del niño o de la niña, o para evitarles grave peligro físico o moral.

La suspensión de la patria potestad la decreta el juez de menores oyendo los parientes del menor previo el procedimiento establecido en el 83 de 1946. La patria potestad puede rehabilitarse mediante el procedimiento indicado en los artículos 65 a 68 de la ley 83 de 1946, cuando haya dejado de existir la causa que la motivó.

El artículo 42 del decreto 2820 de 1974 contempla también la pérdida de la patria potestad en estos términos: " asi mismo, termina

por las causales contempladas en el artículo 315; pero si ésta se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo. "Esto implica que la patria potestad termina para uno de los padres, en cuyo caso es ejercida por el otro; se presenta por las mismas causas que la suspensión y la emancipación judicial. Es obvio que la terminación de la patria potestad exige decreto judicial.

La suspensión es temporal, ya que puede haber rehabilitación y, en cambio, la terminación es definitiva , pero sólo respecto a uno de los padres, Al contrario, la emancipación implica que la patria potestad para los dos padres.

3.2 LA EMANCIPACION .

El artículo 312 del C.C. dice que la emancipación "es un hecho que pone fin a la patria postestad". Actualmente, la emancipación supone la pérdida de la patria potestad por parte de ambos padres, porque si es con respecto a uno de ellos, será una simple terminación. La emancipación puede ser voluntaria, legal o judicial.

3.2.1 EMANCIPACION VOLUNTARIA

La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que los padres declaran emancipar al hijo adulto y éste consienta en ello. No valdrá esta emancipación sino es autorizada por el juez

con conocimiento de causa. De conformidad con el artículo 43 del Decreto 2820 de 1974, la emancipación requiere estos requisitos:

a) Debe hacerse por instrumento público; b) el consentimiento deben darlo el padre y la madre conjuntamente; c) sólo puede recaer sobre un hijo adulto; d) el hijo debe dar su consentimiento; e) requiere autorización judicial, con conocimiento de causa; f) es irrevocable una vez efectuada, por causa de ingratitud.

3.2.2 EMANCIPACION LEGAL .

Conforme al artículo 44 del decreto 2820 de 1974, la emancipación legal se efectúa :

1) Por la muerte real o presunta de los padres,

2) Por el matrimonio del hijo. Como la ley 27 de 1977 estableció la mayoría de edad a los 18 años, todo matrimonio válido entre púberes menores de 18 años los amancipa.

3) Por haber llegado el hijo a la edad de 18 años.

4) Por el decreto que da la posesión de bienes del padre desaparecido. Esta causal no tiene hoy vigencia, por cuanto el artículo 657 del C. del P.C. modificó el artículo 97 del Código Civil, habiendo desaparecido las etapas de mera ausencia, muerte presunta, posesión

definitiva.

3.2.3 EMANCIPACION JUDICIAL

La emancipación judicial, al tenor del artículo 315 del C.C. modificado por el 45 del decreto 2820 de 1974, se efectúan, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en laguna de las siguientes causales:

1) Por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o causarle grave daño.

2) Por haber abandonado al hijo.

3) Por depravación que lo incapacite de (sic) ejercer la patria potestad.

4) Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

En estos casos podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio. El procedimiento para la privación de la patria potestad, cuando el juez la inicie oficiosamente, está determinado en el artículo 424 del C de P.C. debiéndose oír a los parientes indicados en el art. 61 del C.C.

El efecto de la emancipación es poner fin a la patria potestad, pero como el hijo continúa siendo incapaz, habrá de designársele un curador legítimo o dativo.

3.3. HABILITACION DE EDAD

La ley 27 de 1977 derogó tácitamente la habilitación de edad, que tenía por objeto facultar a algunos menores adultos para que pudieran realizar todos los actos propios del mayor de edad, con excepción de aquellos que estaban expresamente prohibidos por la ley.

IV CAPITULO

4.0 HIJOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO

Reglas generales sobre la filiación legítima.

El derecho civil colombiano, a semejanza de lo que sucede en la mayor parte de la legislaciones actuales, condiciona invariablemente el estado de hijo legítimo al matrimonio de los padres. Desde este punto de vista existen dos grandes variedades de hijos legítimos: los concebidos dentro del matrimonio y los concebidos fuera del matrimonio, pero legitimados por el que posteriormente contrae sus padres. El título X del libro 1 del C.C. (artículo 213 y ss)trata de los primeros, y el título XI del mismo libro (artículo 236 y ss) se refiere a los segundos. En este capítulo explicaremos las normas que atañen a los hijos concebidos en matrimonio; y en el proximo capítulo las normas que se aplican a los hijos legitimados.

4.1 EVOLUCION DE LOS CONCEPTOS DE PADRE, MADRE E HIJO

En general, en los tiempos modernos relacionamos estos conceptos con una idea de orden biológico: padre es el hombre que engendra

a un ser humano; madre, la que lo ha concebido y dado a luz; hijo, el que ha sido engendrado por un hombre y dado a luz por una mujer.

Las sociedades primitivas no relacionaron los dichos conceptos con su aspecto biológico. Ante todo esto se ignoró el papel del padre en la fecundación de la mujer, la que se atribuía, en unos casos al tóten del grupo; en otros, el espíritu de los antepasados y, en ocasiones, se atribuyó a los fenómenos atmosféricos o a los astros. A lo que debe agregarse que las antiguas formas de familia eran poco propicias para establecer en forma rigurosa los conceptos en cuestión. Con la aparición de la agricultura y la domesticación de animales (época del neolítico) comienza a formarse, aunque no con la precisión que lo conocemos hoy día. En época posterior aparece la familia monógrama, y solo en su seno es posible atribuír la paternidad al marido de la madre. Sin embargo, el concepto de padre no siempre señala al padre biológico, sino más bien al padre dueño de la madre en una especie de sumisión y esclavitud. Así, en las leyes de Manú (Código hindú) se establece que el hijo es de aquel a quien pertenece la madre. "La mujer es considerada por la ley como el campo, el hombre como la semilla". Si un toro engendra cien terneros uniéndose con la vacas de otros, esos terneros pertenecen a los propietarios de las vacas." Estos y otros pasajes de aquel Código enseñan que la paternidad fue entendida como un señorío sobre el hijo y que emanaba del poder que se tenía sobre la madre. El hijo era algo accesorio, una especie de derecho de accesión.

En el derecho hindú y en el hebreo, la paternidad se atribuye al hombre que tiene poder sobre la mujer, El derecho griego antiguo supeditó la determinación de la paternidad a la voluntad del jefe de la familia, quien lo acpetaba o rechazaba a su libre arbitrio. " La contextura religiosa y su publicista de la familia griega exigía que aquellas aceptación se hiciera en un acto religioso, en que el padre asociaba al hijo al culto doméstico y que fuera presentado a la fratría e inscrito en el registro correspondiente". La paternidad dependía más, del acto de voluntad de la aceptación, que del hecho biológico de que el hijo hubiera sido engendrado.

Los juristas romanos pretenden vincular la paternidad al hecho biológico y proclaman que el padre es el que engendra un hijo, independiente dela potestad que se tenga sobre la mujer o de la declaración de voluntad de aceptar al recién nacido como hijo. Al parecer, esto es lo que establece la célebre regla de Paulo recopilada en el Digesto: "Quia semper carta est Imater), etiam si vulgo concepe rit: pater vero is est, quen nuptiae demonstrant", vale decir: los hijos dados a luz por mujer casada tienen por padre al marido. En este sentido fue expuesta la regla romana por las Siete Partidas: .... los hijos que nacen de las mujeres casadas, viviendo de consumo con sus maridos, son tenidos ciertamente por hijos de ellos" (Part. IV, tít. II, ley 7) . En la misma orientación fue recogida por el artículo 312 del Código de Napoleón ("El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre el marido") y por el artículo 214 de nuestro Código.

En sintesis: la paternidad representa- para el derecho actual ante todo un hecho biológico, pues se presume que solo el marido cohabita con su mujer y, como consecuencia natural, él lo ha engendrado. La paternidad no depende ya de una potestad que el marido ejerza sobre la mujer o de una declaración especial del marido consistente en aceptar el nacido como su hijo.

Con arreglo al artículo 213 del C.C. " el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo". Y según el párrafo lo. del artículo 214, "el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre el marido".

La comcepción del hijo dentro del matrimonio determina su legitimidad. Sólo se exige que los padres estuvieran casados en aquel momento, lo cual indica que no afecta la legitimidad el hecho de que tal matrimonio se destruya más tarde por divorcio o nulidad. En forma clara estatuye el artículo 149 del C.C. que "los hijos procreados en un matrimonio que se declara nulo son legítimos". La misma regla se aplica a los casos de disolución del matrimonio por divorcio. No coinciden con nuestra legislación la francesa, ni la canónica y otras, que exigen que el hijo haya sido concebido en matrimonio válido o putativo. En cambio, nuestro Código, lo mismo que el derecho suizo, alemán, español, inglés, norteamericano, conserva la legitimidad del hijo procreado en matrimonio que se anula, aunque ambos padres hayan procedido de mala fe al casarse (supra, s, 38).

Igualmente son legítimos los hijos póstumos, pues fueron concebidos duramte el matrimonio de sus padres (C.C. artículo 232 y 233).

No son legítimos los hijos de padres que no estaban casados entre sí en el momento en que aquellos fueron engendrados, aunque, como veremos después, pueden alcanzar la legitimidad por el posterior matrimonio de los padres.

El artículo 214 del C.C. advierte que el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él. Esto de acuerdo con las reglas generales, especialmente con lo que dispone el artículo 92 del mismo Código. No solo se reputam concebidos en matrimonio los hijos nacidos después de los ciento ochenta días a partir de aquel, sino también los nacidos antes de expirar los trecientos días después de la disolución del matrimonio por muerte o declaración de nulidad. Sobre este último punto, véase infra,s lll- IV.

Según el mismo artículo 214, párrafo lo. el hijo concebido en matrimonio "tiene por padre el marido". Esta es una importante presunción que examinaremos más adelante (infra, s. lll).

Lo expuesto nos revela que el hijo legítimo, al determinar su filiación materna, determina también la paterna. Estas dos filiaciones van siempre unidas; el hijo legítimo las establece ambas o no establece ninguna . Cosa diferente sucede con la filiación natural, pues

en ésta, la materna puede estar disgregada de la paterna, es decir, que el hijo natural puede saber y probar quién es su madre (por el hecho del parto), pero no quién es su padre,

En la gran mayoría de los casos, la determinación de la filiación legítima se hará fácilmente con ayuda de las reglas de los artículos 92,213,y 214 del C.C.. Las actas del estado civil: la del matrimonio de los padres y la del nacimiento del hijo, demostrarán la existencia del matrimonio, la del parto y la de la mujer que dio a luz .

Sin embargo, examinando las cosas con más detenimiento, el estado del hijo legítimo depende de estos cuatro supuesto, que será necesario acreditar ante la justicia: a) El hecho de que la mujer ha dado a luz a un ser humano, o sea la maternidad; b) Que dicha mujer estaba casada; c) Que el hijo fue concebido en matrimonio; d) Que su padre es el marido, o sea la paternidad .

El primer supuesto se acredita con el acta de nacimiento, por cuanto ella nos dirá que mujer ha dado a luz; el segundo se demuestra con el acta de matrimonio; los dos últimos son presunciones, la primera de las cuales se deduce al comparar la fecha del matrimonio y la del nacimiento, y la segunda queda demostrada con el acta de matrimonio.

El problema de la maternidad y la paternidad legítima necesitan explicaciones complementarias.

4.2 DETERMINACION DE LA MATERNIDAD LEGITIMA.

El hijo que pretende acreditar quién es su madre legítima, necesita probar: a) que una mujer dio a luz un ser humano y que él es ese ser humano (problema de la identidad); b) que su madre estaba casada cuando lo dio a luz.

El primer elemento se demuestra con el acta de nacimiento del estado civil, puesenella consta la fecha del parto y el nombre de la mujer de cuyo vientre nació el hijo. Si falta el acta, es necesario hacerla levantar ante el funcionario competente del estado civil, quien procederá a la inscripción abriendo el folio del registro de nacimiento, con fundamento: a) en instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso; b) en decisión judicial, basada, ya sea den delacraciones de testigos presenciales del nacimiento, ya se en la notaría posesión del estado de hijo de determinada mujer (inc.3o. artículo 105 del decreto 1266 de 1970, según la redacción del decreto 2158 de 1970, artículo 9).

Sin duda, la posesión notoria del estado del hijo de una mujer determinada es la prueba más plena de la filiación materna. Esta posesión implica que la madre haya criado y educado al hijo (tractatus), que los parientes y el vecindario reconozcan esos hechos (fama) y que

nadie discuta al hijo su apellido familiar (nomen). Según el Código Civil, la posesión notoria de un estado civil debe haber durado cinco años (artículo 398, según la red del artículo 9 de la ley 75 de 1968), y constituye una confesión pública permanente del respectivo estado civil; es susceptible de acreditarse por cualquier medio probatorio (cfr. t. I, Parte general y personas, 7 ed. a 155).

La identidad, en la mayoría de los casos, se demuestra con la posesión notoria del estado de hijos legítimos. En verdad, cuando la madre ha criado y educado al hijo, a todos les constará que el que se pretende hijo legítimo es el mismo dado a luz por la madre en determinada fecha. Si la madre no ha criado y educado personalmente al hijo, se admitirá toda clase de prueba tendiente a demostrar la identidad, especialmente las de testigos que presenciaron el parto[1].

Si el nombre con que figura el hijo en el acta de nacimiento no corresponde al que ha usado ante las gentes, se admitirán también todas las pruebas que conduzcan a acreditar que a pesar del cambio de nombre- quien reclama la legitimidad es el mismo ser dado a luz por la madre en la fecha indicada por el acta.

En cuanto a la existencia del vínculo matrimonial en la época de la concepción, se establece con el acta matrimonial y la de nacimiento. Si las dos actas son correctas, todo el problema se reduce

1- La no indentidad del hijo puede dar lugar a graves problemas, especialmente cuando en un mismo hospital varias madres dan a luz a un mismo tiempo y los diversos niños son confundidos por los médicos o enfermeras.

a comparar fechas y aplicar el artículo 92 del C.C. . En efecto, partiendo de la existencia del vínculo, matrimonial y de la fecha en que se estableció dicho vínculo, se examina la fecha de nacimiento, y se determina si el hijo nació después de 180 días de la celebración del matrimonio o antes de 300 días, contados a partir de la muerte del marido, o de la declaración de nulidad del matrimonio, o de la sentencia de divorcio.

En general, las dos actas, la de matrimonio y la de nacimiento, acreditan por sí mismas todos los elementos de la maternidad, inclusive el de la identidad, por cuanto ordinariamente todo hijo legítimo goza de la posesión notoria de ese estado. Sea como fuera, mientras nadie impugne la maternidad legítima de un hijo, los jueces están obligados a deducir simplemente por las mencionadas actas.

4.3 IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD LEGITIMA

Establecida la filiación legítima materna mediante las dos actas de matrimonio y nacimiento, cómo podrá impugnarse? . La impugnación deberá hacerse destruyendo los elementos que la integran.

1- En primer lugar, probando que hubo suposición de parto es decir, que a pesar de la declaración hecha ante el respectivo funcionario del registro civil de las personas, no existió el parto que se le atribuye a determinada mujer (C.C. artículo 335).-

2- En segundo luegar, demostrando que el ser humano nacido de determinado parto es diferente del que actualmente protege esa maternidad legítima. En el caso anterior, nos hallamos ante una falsedad en el acta de nacimiento; aquí,ante un hijo supuesto.

3- Finalmente, la legitimidad se impugna demostrando que la mujer que figura unida por un vínculo matrimonial con determinado hombre en el acta de matrimonio y la que dio a luz en cierta fecha, no es la misma que actualmente afirma ser madre o de la cual se reclama dicha calidad; es decir, demostrando la no identidad de la madre. El artículo 335 del C.C. se refiere a la suplantación de un pretendido hijo al verdadero, pero también puede existir la suplantación de una supuesta madre de la verdadera.

Desde luego, basta que se destruya uno cualquiera de los elementos enumerados de la filiación legítima materna, para que las mencionadas actas dejen de servir de medio de prueba a quien pretenda prevalecer de ellas.

Carácter general de las acciones de impugnación .

Acerca del estado civil, suelen distingurise dos grandes clases de acciones: las que tienen por objeto reclamar un estado y las

2-Es este el caso más frecuente de falsa maternidad, pues muchas mujeres casadas que no han logrado tener hijos dentro del matrimonio,desean tener uno.Pero la adopción adocele de dos graves inconvenientes, a saber: las excesivas formalidades y elhecho de no satisfacer el deseo de que el hijo aparezca como verdadero y no como adoptado.

que se emplean para impugnarlo. Mediante las primeras las personas pueden reclamar su estado estado civil, y así, el hijo puede investigar quién es su madre (legítima o natural) o quién es su padre (legítimo o natural), Esto puede ocurrir cuando un hijo no fue inscrito en el registro del estado civil y no tiene comprobantes acerca de quiénes fueron sus padres. Mediante las segundas, en cambio, se ataca un estado civil. En este caso, el hijo está amparado por un estado civil que no le pertenece:por ejemplo, figura como hijo de determinada madre que en realidad no lo es, o como hijo de un padre que no lo es en verdad.

Más adelante analizaremos detenidamente la teoría de dichas acciones (infra, S.S. 122 y ss); por ahora solo nos interesa señalar las técnicas de la acción de impugnación de la maternidad legítima que trata de destruir un estado.

Qué persona puede impugnar la maternidad legítima?.

La acción de impugnación de la maternidad legítima puede ejercerse por las siguientes personas; 1) por el marido de la supuesta madre y por la misma madre supuesta, para desonocer la elgítimidad del hijo (C.C. artículo 35 , num.1o.); 2) Por el padre y la madre legítimos del hijo para conferirlo a este o a sus descendiente legítimos los derechos de familia en la suya (C.C. artículo 335, num.2o); 3) Por la verdadera madre para exigir alimentos al hijo (artículo 335, num. 3o.); 4) por toda persona a quien la paternidad putati

va perjudique en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestado del padre o la madre supuestos(artículo 337); 5o) por el hijo, para reclamar su verdadero estado civil (C.C. artículo 406).

Sim embargo, ninguna persona podrá impugnar la maternidad (legítima o natural) del hijo que fue adoptado en forma plena según el mandato de artículo 278 del C.C. (en la nueva redacción de la ley 5a. de 1975).

Tiempo dentro del cual debe impugnarse la maternidad legítima.

Para fijar el tiempo dentro del cual puede ejercerse la acción de impugnación, es preciso tener en cuenta la persona que la ejerce; así las personas señaladas en el artículo 335 la pueden ejercer en el término de diez años, y las indicadas en el artículo 337, en el término de sesenta días. Estudiaremos por separado cada uno de esto dos casos.

a) Las personas indicadas en los tres primero numerales, o sea las señaladas por el artículo 335, no podrán impugnar la maternidad despues de diez años de la fecha del parto (C.C. artículo 336, párrlo.)."Con todo, en el caso de salir inopinadamente a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podra subsistir o revivir la acción anterior por un bien contado desde la revelación justificada del hecho". (C.C. artículo 336, párr.2o.)

No obstante, conviene notar que entre el artículo 336 y el 406 existe contradicción. En efecto, el artículo 336 comprende a las personas indicadas por el numeral 2o. del artículo 335, o sea al padre o madre legítimos, y para personas la acción prescibiría según los términos del artículo 336. Pero el artículo 406 dice claramente que nunca precribe la acción de quien pretende ser verdadero padre o madre del que se da por hijo de otros, Ante esta contradicción, debe sostenerse que prevalece lo dispuesto por el artículo 406, en virtud del principio general, que veremos luego según el cual las acciones encaminadas a reclamar un estado civil jamás prescriben; mas debemos advertir que no ocurre lo mismo con las acciones de impugnación de un estado civil, ya que esta sí están sujetas a prescripción. No es lo mismo reclamar un estado civil que impugnarlo, aunque la reclamación implica en muchos casos la impugnación. Sí un hijo no definido su estado civil de legítimación o natural, puede reclamación (o investigación de estado civil) no implica impugnación; pero puede suceder que el hijo se dé como hijo legítimo de tal madre o de tal padre, y si descubre quién es su verdadero padre o su verdadera madre, puede reclamar ese estado, y esta acción no prescribe nunca. La acción consagrada por el numeral lo. del artículo 335 es una verdadera acción de impugnación o desconocimiento de la maternidad legítima, cuyo ejercicio se rige por el artículo 336.

Por los mismos motivos, la acción de reclamación de maternidad que ejerce directamente el hijo, se rige por el artículo 406 y no por el artículo 336 .

b) La acción del artículo 337 es de impugnación y prescribe según lo establecido en ese mismo texto, o sea en sesenta días a partir de la fecha del conocimiento de la muerte de la supuesta madre; pero una vez transcurrido dos años, no podrá alegarse igonorancia del fallecimiento.

El ejercicio de la acción de impugnación de la maternidad legítima implica la existencia de un iterés legítimo.

La ley propende, ante todo, a la tranquilidad de las familias, y para conseguir este fin muchas veces sacrifica la realidad, que no siempre es absoluta. Los problemas familiares no pueden resolver se con el mismo criterio con que resuelve los de la física o los de las matemáticas,y un error cometido al anunciar una ley de la naturaleza es corregible en cuanquier momento, a pesar de que ten ga una tradición de varios siglos.

En cambio, la maternidad no es el hecho escueto de un parto sino algo más; como el hecho de criar al hijo, de velar permanentemente por su seguridad. de educarlo, guiarlo, etc. . De estas y otras circuntancias surge el amor materno y el filial. Pero este conjunto de hechos, que de ordinario debe constituir un todo armónico,

puede presentarse disgregado, como sería el caso de que una mujer hubiera contribuido con el hecho del parto y otra hubiera aportado la crianza y educación del hijo. Cuál de las dos mujeres es la madre? Este es uno de los problemas más difíciles que han afrontado los legisladores. En general, se considera que diez años de posesión notoria de estado de madre consolidan la maternidad y son superiores al hecho escueto del parto. Por esté motivo, el artículo 336 dice que la maternidad no puede impugnarse transcurrido diez años desde la fecha del parto, y no la pueden impugnar no la verdadera madre, ni el marido de la madre supuesta, ni la madre supuesta.

Y aún así, para que pueda ejercerse la acción de impugnación se necesitan dos requisitos. En primer lugar, que exista un interés en el ejercicio de la acción por ejemplo, que la ejerzan el padre legítimo o la verdadera madre para conferirle al hijo "los derechos de familia en la suya", es decir para cumplir todas las obligaciones que su calidad de padre o madre les imponen; es evidente ese interés cuando ellos se encuentren en condiciones de cumplir dichas obligaciones, y no la madre supuesta. En segundo lugar que quien ejerce la acción no haya participado en los hechos que dieron lugar a esa situación anómala. Sobre este particular el artículo 338 establece, con justa razón, que no aprovechará el descubrimiento de un fraude de falso parto o de suplantación a quienes hayan participado en él, ni aún para ejercer sobre el hijo potestad parental, ni exigirle alimentos, no sucederle por causa de muerte. Por consiguiente, estas personas no pueden ejercer la acción de impugnación, pues de nada

les servirá ya que no pueden beneficiarse con su resultado.

4.4 DETERMINACION DE LA PATERNIDAD LEGITIMA

Su fundamento es una presunción . Cuando el Código Civil (artículo 213 y 214) dice que el marido es padre legítimo de los hijos que su mujer dé a luz, establece solo una presunción en cambio, cuando dice que tal mujer es la madre legítima, no está presumiendo sino enunciando un hecho. En resumen, la maternidad se establece partiendo de un hecho comprobable por los sentidos, y la paternidad, en cambio, se presume, pues parte de un hecho no comprobable por los sentidos.

En efecto, el parto nos dice qué mujer es la madre, pero nunca nos dice con la misma evidencia quien es le padre. Esto se debe a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, es decir, la concepción, hecho que implica siempre la participación del hombre en el acto carnal con la mujer. En esto consiste la paternidad . Cuando decimos de un hombre que es el padre de tal hijo, estamos imputándole una cohabitación con la madre, que produjo su concepción. Esta es regla de derecho actual, diferente de la que existía en los tiempos antiguos (supra, s 108 - 1).

Ahora bien, tanto el hecho de la cohabitación como el de la concepción (preñez de la madre) no se puede determinar por medios directos, ya que son hechos ocultos que escapan a la observación . Por este motivo, la ley se ve obligada a recurrir a una serie de presun

ciónes graduales, aunque debe advertirse que estas presunciones son relativas, vale decir, que admiten prueba en contrario. Debemos aclarar que la cohabitación de un hombre con una mujer y la concepción en sí misma no se presumen, pues son hechos que necesariamente debieron realizarse cuando se presenta el fenómeno de un nacimiento; lo que se presume es el hombre con quien cohabitó la mujer en el tiempo durante el cua se presume la concepción.

Estudiaremos enseguida las presunciones que legisladores y juristan hanideado para determinar la paternidad legítima.

Primera presunción: Esta primera presunción se dirige a establecer la época o tiempo en que verificó la concepción de un ser humano. (C.C. artículo 92). Partiendo del hecho cierto del parto, se presume el tiempo durante el cual fue concebido el ser humano, o sea una fecha que debe distar del nacimiento no menos de 180 días ni más de 300. Observése que lo presumido no es la concepción, sino una época o tiempo, que en este caso es de 120 días(cons.t.I. Parte general y personas, 7 ed. s 136).

Segunda presunción. Dentro de este tiempo presumido de ciento veinte días, la madre necesariamente tuvo que cohabitar con un hombre, y para descubrirlo no valemos de otra presunción, diciendo que tal hombre fue el marido. Por lo tanto, los maridos son los padres de los hijos que dan a luz sus mujeres[3].

3-El sentido de esta presunción según advertimos,se remonta hasta el derecho romano, en el cual se decía:Pater vero is est,quen nuptias demonstrsnt; En cambio cuando se preguntaba por la madre, los textos

EL fundamento de esta presunción es claro. La ley les impone a las mujeres casada la obligación de fidelidad, y en virtud de esta obligación sólo puede cohabitar con sus maridos, y les está prohibido mantenerse relaciones sexuales con otros hombres. Conviene observar que la ley no solo se limita a imponer obligaciones, sino que presume que el obligado cumple, mientras no se demuestre su violación.[4]

Es lo mismo decir que se presume la fidelidad de la mujer casada a su marido, que presumir la cohabitación del marido con la mujer; son diferentes maneras de expresar una misma situación[5].

Qué hijos están amparados con la presunción de paternidad legítima? Se hallan amparados con la presunción de la paternidad legítima, todos los hijos que según el artículo 92 del C.C. se presumem concebidos durante el matrimonio, es decir, durante la existencia del vínculo matrimonial. Por consiguiente, esta presunción se aplica, en primer lugar, al hijo que nace expirado los 180 días subsiguientes al matrimonio de sus padres (C.C. artículo 214); se aplica también al hijo nacido dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio por muerte del marido; o por la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o por el divorcio.

respondían que semper certa esta.(cfr.P.VAN WERRTER,ob.cit,t,V.núm. 565).

4- La presunción de la fidelidad de la mujer casada es el fundamento de la paternidad legítima (cfr.P.VAN WETTER, ob.cit.t.V.núm.565)

Qué hijos no están amparados por la presunción de paternidad?
No gozan de la presunción de paternidad los hijos que a pesar de la existencia del vínculo matrimonial durante el tiempo en que se presume la concepción, sus padres estaban separados judicialmente de cuerpos, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, reconoce al hijo como suyo, o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los conyuges (ley 57 de 1887, artículo 203, y artículo 3o. de la ley 45 de 1936, según la red. de la ley 75 de 1968. La palabra divorcio empleada por estos textos legales equivalía a la simple separación de cuerpos).

El hijo nacido después de transcurrido 300 días desde la disolución del matrimonio. Como es lógico, no están amparados con la presun - ción de paternidad los hijos dados a luz por la mujer viuda pasados trescientos días desde la muerte del marido, o a partir de la disolución del matrimonio por declaración de nulidad o divorcio. Empero, el artículo 220 del C.C. dice que "a petición de cualquier persona que tenga interés actual en ello, declarará la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio"., regla que también se apolica al caso de nulidad o de divorcio del matrimonio, según el párrafo del mismo artículo.

5- El legislador alemán enuncia los fundamentos de la paternidad legítima en esta preposición del segundo aparte del s 1591, que dice "Se presume que el marido ha cohabitado con la mujer dentro del tiempo de la concepción". (Es wird vermutet, dass der Mann innerbalb der Empfangiazeit der Frau beigewohnt habe).Cualquiera comprende que

Si se aplica literalmente este artículo, fatalmente se llegará a las siguientes consecuencias: 1) Los hijos dados a luz por la mujer viuda después de expirados los trescientos días subsiguientes a la muerte del marido, a la nulidad del matrimonio o divorcio, se tendrán por legítimos; 2) se concede acción a cualquier persona que justifique un interés actual, para pedir la declaración de ilegitimidad .

Si no se ejerce la acción de desconocimiento, tales hijos se tendrán también por legítimos.

Sin embargo, fácilmente se comprende que estas disposicion es absurda. Si la viuda da a luz después de tres años de la muerte de su marido, tendríamos que aceptar que el padre legítimo de ese hijo es el marido muerto hace tres años. En que queda la presunción del artículo 92 del C.C.?.

La regla del artículo 220 del C.C. tiene su origen en el antiguo artículo 315 del Código de Napoleón, que establecía "La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio podra ser impugnada"; su fundamento se encontraba en una excesiva protección a los hijos legítimos; pero por unanimidad fue criticada por los autores, debido a que conducía al absurdo que ya hemos anotado. La novísima ley francesa 72-3, del 3 de Enero de

presumir la cohabitación del marido con la mujer casada en una consecuencia inmediata de la obligación de fidelidad, pues de lo contrario no tendría sentido escoger al marido para cargarle una presunción de cohabitación.En cambio, la mayoría de los códigos se limi

1972, corrigió aquella absurda disposición dando una nueva redacción al citado artículo 315, cuya actual redacción es la siguiente: " La presunción de paternidad no se aplica a los hijos nacidos después de los trescientos días a partir de la disolución del matrimonio, o de la declaración de ausencia del marido."

La sabia corrección que realizó el, legislador francés del antiguo artículo 315 mediante la citada ley del 3 de Enero de 1972, debe hacerla la doctrina y la jurisprudencia colombiana mediante una correcta interpretación de los diversos textos legales que se refieren a esta cuestión. En efecto los artículos 92, 213 y 214 del Código establecen que el hijo legítimo es el concebido dentro del matrimonio de sus padres; que la gestación del ser humanos dura entre 180 y 300 días; en consecuencia, hijos dados a luz por mujer después de los 300 días de disolución de su matrimonio, no quedan cobijados con la presunción de paternidad legítima. Al lado de dichos textos legales nos encontramos con el artículo 220,que, por grave error, afirmó que hijo dado a luz por mujeres después de los 300 días de disolución del matrimonio es hijos legítimo, y es necesario impugnar semejante legitimidad. Ante la tradición entre el principio de los artículos 92, 213 y 214, por una parte, y la del artículo 220, es necesario hacer prevalecer lo estatuído por los dichos artículo 92, 213 y 214, dejando sin efecto la absurda regla del artículo 220. En resumen: a los dados por mujer viuda,

tan a decir que "el marido es padre de los hijos dados a luz por la mujer casada",como lo establece el art.252 de Código Civil Suizo, o que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio" según reza el art.299 del Código Civil italiano de 1942.

divorciada o aquella cuyo matrimonio se declaró nulo, no quedan amparados con la presunción de legitimidad a que se refieren los artículos 213 y 214, en los casos en que hayan nacido después de venCerse los 300 días a partir de la muerte del marido o de haberse ejecutoriado la sentencia de divorcio o nulidad.

Debe tenerse en cuenta que este es el principio actualmente vigente en derecho francés, desde la reforma que se hizo al artículo 315 del Code por la ya mencionada ley del 3 de Enero de 1972; igualmente en el derecho civil alemán, el Código Civil suizo, el del Perú, el de Venezuela, el de México, el del Brasil.etc.

Concurrencia de la presunción de paternidad legítima respecto de dos maridos. Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 173 del C. C.,la viuda que en el momento de la muerte de su marido no diere señales de preñez, debe esperar 270 días para pasar a otras nupcias, y si diere señales de preñez, debe esperar al parto. Esta regla se aplica también a los casos de nulidad del matrimonio.

Pero puede darse el caso de que una viuda que no da señales de preñez, contraiga segundas nupcias sin esperar a que venzan los 270 días, o que contraiga matrimonio a los treinta días y que dé a luz a los doscientos cuarenta días del nuevo matrimonio, este es, a los doscientos setenta de la muerte del primer marido. En tal caso, quién es el padre de este hijo? . Conforme a las disposiciones del Código, cualquiera de los dos puede serlo: el muerto, por haber

dado a luz la mujer dentro de los trescientos días subsiguientes a la muerte del primer marido, y el marido actual, por haber dado a luz a su mujer después de los ciento ochenta días de las nupcias.

Este problema se resuelve en algunos casos de modo muy sencillo, como cuando el niño es notoriamente sietemesino; mas cuando esto ocurre, será necesario una decisión judicial, y el juez, para desatar el problema, tomará " en consideración las circuntancias y tendrá en cuenta el dictamen de facultativos, si lo creyere conveniente". (C.C. artículo 234).

La incertidumbre de la paternidad puede ocasionar perjuicios a terceros, y por ello el artículo 235 establece que tanto la mujer como el nuevo marido serán obligados solidariamente a indemnizarlos . Esta responsabilidad se justifica, pues la vuida, por violar el artículo 173, y el marido, por hacer copartícipe de tal violación, deben responder de los perjuicios causados.

4.5 IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD LEGITIMA

La ley establece la obligacion de fidelidad de la mujer a su marido y la presume. Pero la experiencia demuestra que existen mujeres infieles que mantienen relaciones con hombres diferentes al marido y de las cuales puede resultar la concepción de un ser humano. Esto acredita que la presunción de paternidad a cargo de los maridos no puede ser absoluta sino relativa, vale decir, que puede destruírse.

Para destruír la presunción de paternidad legítima, es necesario distinguir: a) el caso en que la mujer casada no consiente la demanda del marido de que el hijo no es de él; b) el caso en que la mujer acepta la impugnación ejercida por el marido; c) el caso en que sea el hijo presumido legítimo quien rechaza la paternidad legítima (normalmente quién es su padre natural).

4 .6 IMPUGNACION EJERCIDA POR EL MARIDO SIN EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER .

En este caso, el marido debe probar plenamente en el juicio que él no es el padre, mediante alguna de estas dos clases de prueba: 1) acreditando que durante el tiempo en que se presume la concepción no tuvo relaciones sexuales con otros u otros hombres.

Estas pruebas tienen fuerza y alcance diferentes. La primera es de orden negativo y en sí misma envuelve a la segunda; es decir, que probando el marido que durante los ciento viente días en los cuales puede citarse la concepción, no cohabitó con la mujer, se prueba las relaciones sexuales con otros hombres, ya que toda concepción implica la cohabitación de la mujer con un hombre. A su vez, la segunda prueba es de orden positivo, y por no llevar en sí misma la primera, es de inferior valor. En efecto, si se prueba las relaciones sexuales de la mujer con otro hombre, ciertamente se destruye la presunción de fidelidad que ampara a las mujeres casadas, pero no la pre

sunción de paternidad, puesto que nada obsta que el hijo dado a luz por una mujer adúltera pueda ser obra de su marido. De ahí el valor pleno y absoluto de la primera prueba, y el simplemente relativo de la segunda.

4.7. NATURALEZA Y VALOR DE LA PRIMERA PRUEBA DE IMPUGNACION

La causal de desconocimiento o impugnación de la paternidad, basada en la imposibilidad en que estuvo el marido de cohabitar con la mujer, la enuncia así el párrafo 2 del artículo 214: "El marido, con todo, podrá no reconocer el hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo que, según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad de tener acceso carnal con su mujer".

Según esta disposición legal, puedem impugnar la paternidad legítima los maridos que esten amparados con la presunción de paternidad de que venimos tratando, presunción que se destruye demostrando la imposibilidad de haber cohabitado con su mujer y demostrándola de manera evidente. Además, para adelantar esta impugnación se requiere que el hijo dado a luz por la mujer sea un ser humano que haya alcanzado la condición de persona, pues ninguna utilidad habría en acatar una presunción cuando la mujer no alcanzó a dar a luz un ser humano que no pudo vivir siquiera un momento después de su separación completa del claustro materno. Sin embargo, puede impugnarse

la paternidad del ser humano que alcanzó a ser persona. pero murió despues.

Por otra parte, el artículo 214 exige probar una "absoluta imposibilidad" de tener acceso carnal con la mujer, y en ello el Código guarda armonía con la tradición y con la doctrina moderna. Imposibilidad absoulta es lo mismo que imposiblidad física, e implica una prueba de tal naturaleza que produzca certeza plena de la no cohabitación y no simplemente una mayor o menor probabilidad de su no realización. En seguida estudiaremos, teniendo en cuenta la doctrina, los casos más interesantes de prueba de la imposiblidad absoluta.

4.8 ALEJAMIENTO DEL MARIDO DE LA RESIDENCIA DE LA MUJER O DE LA MUJER DE LA DEL MARIDO .

La imposibilidad de cohabitación queda plenamente establecida si se demuestra fehaciente que durante los cientos veinte día en que se presume la concepción, el marido estaba alejado de la mujer.

Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando un marido se traslada a vivir a un municipio, dejando a su mujer en otro, y se demuestra que durante ese tiempo ninguno de los cónyuges visitó al otro.

Pero no se requiere indefectiblemente que durante el tiempo mencionado de ciento veinte días el marido haya vivido en municipio dife

rente en que vivió su mujer, por cuanto la prueba se refiere a la cohabitación, y el hecho de no haber cohabitado puede demostrar plenamente por no haber residido el marido en casa de la mujer. Asi, la privación de la libertad del marido en la cárcel es prueba suficiente de no cohabitación, si la dirección de la cárcel certifica que durante el tiempo de que se habla, el marido no gozó de salidas al hogar; también será prueba si el marido fue internado en un sana torio o en una clinica, y no tiene importancia el que el marido ha ya tratado a su mujer, si ello se realizó en presencia de otras per sonas.

4.9 IMPOSIBILIDAD TRANSITORIA ACCIDENTAL O NATURAL

Esta imposiblidad comprende varios casos, a saber: a) En primer lu gar, hay imposibilidad transitoria de tener acceso carnal con la mu jer cuando, por motivo de una operación quirúrgica, el marido tuvo que guardar un reposo tan absoluto que hacía físicamente imposible la cohabitación durante todo el tiempo en que se presume la concep ción.

b) También hay imposibilidad cuando el marido es inepto para ejecu tar el acto carnal, y no importa que esta ineptitud tenga o no co mo causa un accidente, ya sea posterior o anterior al matrimonio. A este respecto, el artículo 214 del C.C. se separa del Código Ci vil Francés, que exige una imposiblidad accidental, o sea la pro- veniente de un accidente (mutilación, operación quirúgica, acción

prolongada de rayos X, etc.), y no admite la imposiblidad natural o congénita. Además, antiguamente exigía la doctrina de la imposi biidad accidental hubiera ocurrido durante el matrimonio. Tanto la regla del Código francés como el principio de la antigua doctrina, se inspiraron en el perjuicio de que no era torelable que el marido alegara taras o enfermedades que excluían su capacidad de cohabitación antes del matrimonio, por implicar ello un disimulo a la mujer y un engaño a su familia. Si bien la regla permanece invariable, no ocurre lo propio con la antigua doctrina. pues se considera probable que la mujer haya tenido conocimiento de la imposibilidad en que se hallaba el marido, y, en caso de que no lo haya tenido se juzga que esta circuntancia no autoriza a imputar al marido como pena una paternidad que claramente no le pertenece. Por consiguiente, la doctrina moderna tiene en cuenta cualquiera imposibilidad accidental, tanto la existente antes del matrimonio como la que se origina durante él. No hay duda de que la doctrina se halla ante graves dificultades para rechazar como causal de impugnación la imposibilidad simplemente natural, o sea la congénita o que no tiene su causa en un accidente..

Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 214 sientá sobre el particular una doctrina más amplia que la establecida por el Legislador Francés, al exigir simplemente la prueba de la absoluta imposibilidad física de tener acceso carnal con la mujer, lo cual significa, en consecuencia, que no tiene importancia el hecho de que esa imposibilidad tenga o no como causa un accidente sufrido antes o des-

BARRANQUILLA

pués del matrimonio, o que se trata de una imposibilidad natural.

4.9.1 IMPOSIBILIDAD DE ENGENDRAR

Puede ocurrir que el marido no esté imposibilitado para cohabitar, pero sí lo está para engendrar, debido a su esterelidad. En este caso cabe preguntar: se tiene en cuenta esta imposibilidad como causal justificativa de impugnación? Creemos que sí, y esta afir mación la apoyamos en las explicaciones que damos en seguida.

a) Cuando el párrafo 2 del artículo 214 habla de absoluta imposibi lidad física de tener acceso a la mujer, implícitamente se está refiriendo no a cualquier clase de acceso carnal, sino al que es idóneo para producir la concepción de un ser humano; y ello porque es imposible creer que el legislador, a quien debemos suponer cuida doso en estos problemas de paternidad, haya empleado la expresión acceso carnal sin tener en cuenta el fin esencial de este, que es la procreación.

b) Tan cierto es lo dicho, que la misma expresión carecería de senti do si no llevara implicíto su fin; en efecto, sin necesidad de un acceso carnal en sentido material pudo realizarse la concepción (inseminación artificial, coito perineal),y, por otra parte, el marido no podrá adelantar la acción de impugnación elgando la ine= sistencia material del acceso carnal, si de manera evidente el hijo

es suyo. Y esto porque, cuando la ley emplea la expresión comentada, se está refiriendo a un contrato sexual susceptible de producir la concepción . Nunca debe olvidarse que la razón fundamental en que se apoya la presunción de paternidad legítima está en la relación de casualidad que hay entre la cohabitación idónea para procrear y la concepción .

c) Todos los problemas que se les presentan a muchos autores y jueces aceca de este punto, tiene su origen en que no se determinan exactamente el sentido que tienen las palabras de la ley. En efecto, cuando el legislador contempla la posibilidad de una relación sexual, sin hacer más advertencia. está presumiendo que el marido es capaz de realizar actos carnales idóneos para procrear. Todo esto significa que cuando el marido pretende impugnar la paternidad legítima apoyado en su esterilidad, debe destruir una presunción es decir, demostrar de manera evidente su esterilidad.

Recientemente, la Corte Suprema, en sentencia del 24 de febrero de 1970, acogió este punto de vista al advertir que la absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer comprende no solo el caso en que el varón está imposibilitado para realizar el acto sexual, "sino también el de impotencia generaldi, pues el acceso carnal a que se refiere la ley no es la de una relación sexual cualquiera, sino el que por su naturaleza idónea para producir la concepción".. Resultaría absurdo, por contraria la naturaleza misma de las cosas,

que por el solo hecho de hallarse el varón capacitado para realizar el acto sexual, se le tuviera como padre del hijo concebido por su mujer o su concubina, si, por otra parte, evidente que carece de aptitud para engendrar " .

Es entendido que la impotencia generaldi debe ser probada mediante exámenes que deben provenir de médicos especializados.

La doctrina moderna ha resuelto con claridad estos problemas adoptando soluciones racionales y prácticas. Así, el legislador alemán, con suficiente prudencia, ha establecido; "El hijo no es legítimo si, según las circuntancias, es notoriamente imposible que la mujer lo haya concebido del matrimonio". (S 1591, párr lo., frase final). Conviene observar que el legislador alemán ha tenido en cuenta directamente los fines y no los medios, como lo hacen el legislador francés y el colombiano, aunque para un buen intérprete que busque el sentido esencial de las instituciones y no se pierde en la consideración aislada de palabras o proposiciones, lo mismo da que se enuncien los medios o los fines, ya que de los primeros podrá inferir los segundos.

La doctrina moderna exige que, a consecuencia de una circuntancia determinada, o sea patente o notoria la imposibilidad de que la mujer haya sido fecundada por el marido.

BARRANQUILLA

Entre las pruebas más idóneas para demostrar esa posibilidad, se cuenta las siguientes : a) todas las ya enunciadas de no cohabitación; b) la esterilidad del marido; c) la diferencia de razas del hijo, pero no la disimilitud familiar; d) la deferencia entre el tipo de sangre del hijo y el del padre. Según la ciencia médica, existen cuatro tipos de sangre distintos que se trasmite hereditariamente, y en virtud de los estudios sobre los grupos sanguineos es dado establecer con certeza la imposibilida de que haya sido engendrado un ser por un hombre de determinado tipo de sangre; sin embargo, no es posible establecer que un hombre de determinado tipo de sangre haya originado determinada concepción.

Por su parte, el artículo 233 del Código Civil italiano de 1942 señala como causales impugnación de la paternidad, las siguientes: a) la imposibilidad física de cohabitar por alejamiento u otro hecho; b) la imposibilidad de tener acceso carnal con la mujer (por naturaleza o por accidente), y también la imposibilidad de engendrar . Los primeros proyectos elaborados para la redacción de esté Código, distinguian entre la impotencia absoluta, tradicionalmente denominada impotencia coeundi, e impotencia relativa o generaldi; pero se consideró que dicha expresiones podían ser fuente de equivocaciones, y de ahí la redacción actual del artículo 233, que habla de la imposibilidad de acceso carnal (imposibilidad di cohabitarse con la moglie) y de la imposibilidad de engendrar (impotenza di generarse). La imposibilidad de engendrar comprende tanto la

esterelidad del marido, como la imposibilidad de que el nuevo ser lo hayan concebido la madre por cohabitación con el marido (pruebas de sangres, etc.).

El artículo 312 del Código Civil francés, en la redacción de la ley 72-3 del 3 de enero de 1972, dispuso que el marido podrá desconocer la paternidad si justifica mediante hechos adecuados que él no puede ser el padre. El nuevo artículo 312 reemplaza la confusa y poco técnicas redacción de los antiguos artículos 312 y 313 del Code, por una fórmula sintética y que otorga amplios poderes al juez.

Naturaleza de la segunda prueba. El adulterio de la mujer durante la época es que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para impugnar la paternidad (C.C. artículo 215).

Con todo y ser así, dicha prueba tiene especial importancia. En primer lugar, destruye la presunción de fidelidad que ampara a las mujeres casada y que le sirve de fundamento a la presunción de paternidad; en segundo lugar, por destruir la presunción de fidelidad de la mujer abre el camino para destruír la presunción de paternidad, lo cual puede lograrse con la comprobación de hechos que jsutifiquen que el marido no es el padre (C.C. art. 215. párr. 2).

Además, la índole especial de esta prueba es la ser de exclusión, - como lo indica elementales criterios de lógica jurídica. por cuanto la prueba positiva de la relación sexuales con otro hombre no excluye por sí misma que el marido tanbién haya tenido relaciones sexuales con la mujer y que el hijo no sea de él. Pero en qué consiste esta prueba de exclusión?la ley no lo indica concretamente, y su apresación queda en manos del juzgador; hasta que sea conducente.

Para las pruebas ya indicadas (examen de sangre, diferencia de raza, esterilidad, etc.). el marido puede aducir cualquiera de las que se enumeran a continuación:

a) Imposiblidad moral de cohabitación debida a la enemistad profunda entre los cónyuges. Se estima que si la imposibilidad moral y el adulterio, considerados cada uno por separados, no constituyen plena prueba de que el marido no es el padre, sin embargo ambas pruebas, tomadas conjuntamente, pueden llevar a la certidumbre de la ilegitimidad del hijo.

b) Avanzada edad del marido o determinada enfermedad que haga iverosimil la paternidad, lo mismo que el grado de formación físi ca del niño. Estas pruebas han sido aceptadas por los tribunales franceses como conducentes e idóneas para impugnar la paternidad, luego de probado el adulterio de la mujer.

c) El ocultamiento de la preñez o del parto, por parte de la mujer, y esto porque se juzga aunque no de modo constante que la mujer que oculta el parto lo hace porque está convencida de que su marido no es el padre del hijo que va a dar a luz. Lo mismo puede decirse respecto del estado de preñez.

Impugnación ejercida por el marido con el consentimiento de la mujer.

En los casos en que el marido presente demanda la impugnación o desconocimiento del hijo del cual se presume que el padre (S,116) y la mujer acepta la demanda, el juez debe proferir sentencia de impugnación. con conocimiento de causa (artículo 3, ord, 2 de la ley 75 de 1968).

En esta hipótesis no se exige la prueba de que el marido no es el padre; no obstante, el juez debe proferir la impugnación con un conocimiento de causa. Además. la nueva ley 75 de 1968 (artículo 3, ord. 2) manda que el hijo desconocido debe intervenir personalmente legal, si fuere incapaz ; por último si fuere menor de 16 años, debe oirse al defensor de menores.

El juez en este caso debe dar aplicación al artículo 93 del C.de P. C., por cuanto se ha producido un allenamiento a la demanda.

4.10 IMPUGNACION EJERCIDA POR EL HIJO

Antiguamente la impugnación de la presunción de paternidad legítima solo podía ejercerla el marido. Pero el artículo 3o. de la ley 45 de 1936, en la nueva redacción de la ley 75 de 1968, la concedió también al hijo. Advierte el penúltimo párrafo del citado artículo, que "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....".

En Colombia se venía presentando casos verdaderamente anómalos a este respecto' Destruido el hogar, la mujer establecía una relación de concubinato con otro hombre del que tenía uno o varios hijos, los cuales eran reconocidos por el padre natural, que los criaba y educaba; además, a todo el vecindario no ejercía la acción de impugnación de la paternidad legítima; en consecuencia. al ser dados a luz los mencionados hijos por su mujer casada, se presumia sin más que su padre era el marido. En semejante condición, dichos hijos tenían que tolerar la paternidad de un hombre que nunca conocieron . Lo más grave consistía en que al morir el padre natural (o sea el concubino de una mujer casada)., los bienes de aquel no se adjudicaban a los hijos, por cuanto aparecían los otros parientes del difunto y afirmaban que tales hijos eran legítimos y que tenían por padre al marido, en ningún caso al concubino.

La nueva ley ha pretendido corregir la citada anomalía concediendo al hijo acción de impugnación con la condición de que pruebe que nació después del décimo mes en que el marido y mujer casaron de hacer vida común (más detalles, infra. S 116).

El hijo debe notificar la demanda al presunto padre legítimo y a la madre, pero si uno de ellos o ambos han muerto la notificación debe hacerse a sus herederos (párr. penúltimo del art. 3o. de la ley 45 de 1936, nueva red. de la ley 75 de 1968).

Finalmente, el texto de que venimos tratando dispone que el hijo puede ejercer conjuntamente la acción de investigación de paterni= dad natural y la impugnación de su presunto estado de hijo legíti- mo.

En que tiempo y mediante qué procedimiento puede ejercerse la acción de impugnación de la paternidad legítima .

La acción de impugnación solo la puede ejercer el marido y el hijo presumido legítimo. En unos casos la acción debe tramitarse median te juicio ordinario, y en otros, mediante un juicio de jurisdicción voluntaria (C. de P.C., art. 649 y s).

Tiempo durante el cual debe ejercerse la acción .

Existen casos en que el marido o el hijo pueden ejercer la acción en cualquier tiempo, en otros el marido, y únicamente él, la debe ejercer dentro del corto plazo de sesenta días.

Casos en que la acción puede ejercerse en cualquier tiempo. El marido puede ejercer la acción de impugnación en cualquier tiempo en las hipótesis a que se refieren los artículos 5, y 6 de la ley 95 de 1890; y el hijo igualmente la puede ejercer en cualquier tiempo, según los términos del artículo 3o. de la ley 45 de 1936. en la nueva red. de la ley 75 de 1968.

a) En caso de separación de hechos, el marido podra reclamar en cualquier tiempo contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio. siempre que pruebe que durante la época en que pudo tener lugar la concepción, no hacía vida conyugal con su mujer(ley 95 de 1890, art. 6).

b) El hijo puede ejercer la acción de impugnación de su paternidad legítima en cualquier tiempo, aun después de la muerte de su presunto padre legítimo o de su madre, siempre que acredite que nació después del décimo mes a partir del abandono del hogar por parte de aquellos (párr. penúltimo del art. 3o. de la ley 45 de 1936. nueda red. de la ley 75 de 1968).

Casos en que el marido debe ejercer la acción dentro de sensenta días. En los casos no contemplados de modo expreso por los artículos anteriores, el marido debe impugnar la legitimidad del hijo dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento del parto (C.C. artículo 217). Empero, respecto al ejercicio de esta acción, debe advertirse:

1] El hecho de que el marido reside en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que se informó de ese nacimiento inmediatamente, a menos que la mujer haya ocultado el parto. (C.C. art. 217, párr 2); pero el marido puede destruir esta presunción demostrando que, a pesar de vivir en el mismo municipio dondo dio a luz la mujer, no tuvo conocimiento, se hallaba ausente el marido, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su regreso a la residencia de la mujer, salvo que haya habido ocultación del part.

2) En general, el plazo de sensenta días para impugnar la legitimidad, contados a partir del día del conocimiento del parto, se aplica cuando marido y mujer no se encuentran separados, pues debe entenderse que las separaciones de hechos se rigen siempre por lo estatuído en el artículo 6o. de la ley 95 de 1890; es decir, que - cuando la mujer se halla separada del marido, este puede ejercer la acción impugnación en cualquier tiempo, y cuando vive con el marido, se tiene sesenta días para impugnar la paternidad .

3) Si el marido no alcanza a impugnar la legitimidad del hijo dentro del término mencionado, la acción la pueden ejercer los herederos y en general todas personas que justifiquen un interés serio (C.C. art. 219),pero siempre que se den los siguientes requisitos; a) que el marido haya muerto sin tener conocimiento del parto de su mujer o antes de vencerse los sesenta días de que dispone para ejercer la acción; b) que el marido haya reconocido en forma expresa como suyo al hijo, ya por testamento o por otros isntrumentos públicos; c) que la acción la ejerzan los interesados en los términos en que podría hacerlo el marido (C.C. art. 219 y 221).

Debe anotarse que los herederos y que los interesados gozan del plazo de sesenta días a partir de aquel en que tengan conocimiento tanto del parto como de la muerte del marido (C. C. art. 221) . Se entiende que esta persona tiene siempre el plazo de sesenta días, ya sea cuando el marido solo tenía ese plazo o cuando podía ejercer la acción en cualquier tiempo, pues puede suceder que aquel que en vida no hubiere conocido el parto o que, habiéndose conocido, muriera antes de vencerse los sesenta días.

V CAPITULO

INSEMINACION ARTIFICIAL

Los nuevos problemas de la inseminación artificial.

La presunción expresadas por los romanos en la fórmula pater est quen uptiae demostrant, se funda en que la paternidad tiene como base un hecho oculto; un acto de cohabitación que haya producido la concepción; pero ni moral ni cientificamente es posible tratar de demostrar ese hecho mediante procedimiento directos, lo cual significa que toda prueba dirigida a comprobarlo es improcedente.

Empero, como el hecho no puede colocarse al margen de la realidad, ni desconocer aportes o procedimientos importantes de la ciencia, es menester exminar que repercusión tiene la inseminación artificial en la mencionada presunción de paternidad, pues esta hasta ahora se hacía consentir en el secreto de la cohabitación, fundamento que no puede subsistir, ya que la inseminación no es sino una operación de laboratorio, que no escapa a la observación de los sentidos y de la cual podemos tener una prueba de rigurosa precisión cientifica.

Es así como los procedimientos de inseminación artificial han obliga do a los juristas a ampliar de modo extraordinarios el antiguo concepto de cohabitación o relación sexual, y abandonar la idea de que la concepción no era posible ningún procedimiento artificial, por ser ella el producto del contacto directo y personal entre hombre y mujer. Con la inseminación artificial no se requiere este contacto y no es necesario la cohabitación, en el sentido usual de la pala= bra. Por este motivo. los juristas se han tenido que atenerse única mente al sentido esencial del problema de la paternidad, que en el fondo nos es otra cosa que una autoría sin que revista importancia el modo como se realiza, sin mediante cohabitación o mediante inse minación artificial, pues lo verdaderamente importante es la exis tencia de esa autoría, que en el primer caso se presume y en el segun do se determina de modo directo.

A decir verda, la autoría que constituye la paternidad es un hecho biológico, es una cuestión genética, es decir, el contacto del semen de un hombre con determinada célula femenina; el hombre del cual proviene el semen que fertiliza la célula femenina, es el padre.

Según lo expuesto, es hijo legítimo el dado a luz por una mujer ca sada, si bien inseminada con semen extraido de los órganos del marido.

Esta noción del hijo legítimo nos muestra, además que en general , no necesitamos seguir echando mano de la vieja presunción de los romanos- pater est quen nuptiae denistrat---, pues ya el laboratorio nos podrá decir concretamente que semen y en que fecha fue inseminado ,y si se produjo o no la concepción . Por lo tanto, las pruebas de que con él realizó la inseminación, son suficientes para que se tenga como hijo legítimo al que de a luz la mujer. Conviene aclarar que la doctrina alemana exige que el marido debe haber autorizado la inseminación, pero este requisito no lo exige ni el derecho anglosajón, ni la doctrina católica.

Por otra parte, no debe tenerse como legítimo el hijo dado a luz por una mujer casada, mediante el empleo de semen proveniente de un tercero, si no ha mediado el consentimiento del marido.

6- Será legítimo el hijo dado a luz por mujer casada cuando el marido consintió en que fuera inseminada con elementos activos de un tercero? El citado discurso del Papa Pío XII dice terminantemente que sí. Más esta tesis no es absoluta. Si la mujer fue inseminada con elementos activos provenientes de terceros, sin autorización del marido, el hijo indiscutiblemente es ilegítimo .