

T.-D
24/7

1

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y

CIENCIAS POLITICAS

1979

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PRESENTADA POR:

CHRISTIAN JAVIER MARRUGO MARTINEZ

SCIB

TITULO:

00019188

"EVOLUCION DEL DERECHO DE LOS

HIJOS NATURALES EN COLOMBIA"

CARTAGENA, JUNIO DE 1979

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR:

DOCTOR LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

DECANO:

DOCTOR JAIME GOMEZ O'BYRNE

SECRETARIO:

DOCTOR PEDRO MACIA HERNANDEZ

PRESIDENTE DE TESIS:

DOCTOR RAUL H. BARRIOS

EXAMINADORES:

- 1° DOCTOR ANIBAL PEREZ CHAIN
- 2° DOCTORA CARLOTA VERBEL ARIZA
- 3° DOCTOR ALCIDES MORALES ACACIO

CARTAGENA, JUNIO 1979

REGLAMENTO

" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LOS CONCEPTOS EN ESTA TESIS, TALES CONCEPTOS SON CONSIDERADOS COMO PROPIOS DE SUS AUTORES'.

(Art. 83 del Reglamento)

DEDICATORIA:

A mis padres y hermanos

AGRADECIMIENTO

A mis tíos Concepción, Tarcisio, Rubén; a mis primos Arturo y Fernando Marrugo P., a las familias Gregory Pretelt, de Valencia Vélez, Mendoza Vellojín; a mis abuelas Estela y Nicolasa, y a todos los que en una u otra forma me ayudaron durante la carrera. A todos, muchas gracias.

I N D I C E

CAPITULO I

LA FILIACION

CAPITULO II

FAMILIA ILEGITIMA

CAPITULO III

CAUSAS DETERMINANTES DE LOS NACIMIENTOS ILEGITIMOS

CAPITULO IV

**EL HIJO NATURAL A LA LUZ DEL CODIGO CIVIL COLOMBIANO
DE 1.873**

CAPITULO V

LA REFORMA DE 1.936 (LEY 45)

CAPITULO VI

LA REFORMA DE 1.968 (LEY 75)

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CONSIDERACIONES GENERALES

Teniendo en cuenta la organización del Estado moderno, como productor técnico de normas jurídicas, consideramos que es a éste a quien le compete, sobre la base del hecho biológico de la procreación, establecer la importancia jurídica de las relaciones y vínculos que el mismo Estado determina, señalando condiciones de certeza y estabilidad que en cuanto tales representan una modalidad de justicia.

En este trabajo me referiré no sólo al aspecto jurídico-normativo del problema, sino a explicitaciones de carácter sociológico e histórico.

En función meramente axiológica, consideremos la idea de atribuir a determinadas personas el hecho de la procreación y a las más allegadas a ellas las relaciones emergentes del nuevo ser.

La primera dificultad al respecto nace, dentro de la organización actual, con motivo de la incertidumbre que rodea a la paternidad; ángulo desde el cual cobra extraordinario relieve la celebración del matrimonio, erigido como institución, en la piedra angular de la organización jurídica de la familia, rodeado de efectiva publicidad en las legislaciones modernas y calificando por referencia al mismo a la prole, según se dé, dentro o fuera de él.

Ello es así, al término de una progresiva diferenciación que se opera desde el Derecho antiguo al actual, refiriéndose al ser nacido de la unión sexual entre el hombre y la mujer fuera del matrimonio, calificándolo sólo en razón de esta circunstancia, que opera así como único y exclusivo criterio para ello; resultando una diferenciación que se advierte en numerosas calificaciones que se han ido abandonando progresivamente en relación a la valoración de justicia que reclama el ser procreado fuera de matrimonio, no sea que resulte a la postre víctima y portador de tacha, de la cual resulten consecuencias jurídicas delezna- bles.

Ha de advertirse la diferenciación cuando con noticia de las cali- ficaciones que han existido según diversos criterios seguidos al-efecto, se detallan empíricamente algunas de ellas, pero antes miremos cómo surge el problema.

La incertidumbre de la paternidad en la organización jurídica contemporánea de las relaciones de ascendientes con descendientes, es una de las dificultades iniciales, que con la celebración del matrimonio se resuelve al sentarse la presunción de que los hijos nacidos de la mu- jer - la esposa- han sido engendrados por el marido, manteniendo en plena vigencia el aforismo romano PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMOSTRANT. No ocurre lo mismo cuando la procreación se produ- ce fuera del matrimonio.

En esta situación no ha de partirse de la premisa de que pueda ignorarse la existencia de la procreación, producto de la unión sexual extramatrimonial; toda vez que la misma tiene necesariamente que ad- quirir significación jurídica, por tratarse de una innegable realidad que trae sus problemas a la comunidad, según vínculos y relaciones que tie-

nen carácter similar a los de la unión matrimonial.

De otro modo no sería dar solución a un problema que la realidad trae; sino mucho peor, ignorarlo.

En Derecho y en el orden sucesivo de la legislación se muestra la tendencia a superar discriminaciones irritantes, con miras a proteger al hijo de la situación de hecho creada; lo que en modo alguno significa promoverla; acercando a las personas nacidas extramatrimonialmente a la situación en que se encuentran aquellas que nacieron de matrimonio, pero cuyos padres podían contraerlo al momento de concebirlos en otro supuesto asimilando cualquier otra situación de estos últimos bajo la denominación común de extramatrimoniales o con idénticos derechos como ha ocurrido con la Ley 45 de 1936 entre nosotros.

En esta ley que más adelante examinaré, sin llegar a la equiparación de los hijos nacidos de la unión matrimonial, con los nacidos de la unión extramatrimonial, se ha dado en cambio para estos últimos un régimen común de mayor liberalidad, para los llamados o calificados como naturales, hijos de dafado y punible ayuntamiento: incestuosos y adulterinos, admitiéndose para todos el derecho al reconocimiento, la acción de investigación de la filiación, uso del nombre, derecho sucesorio, patria potestad y asistencia familiar; suprimiéndose las calificaciones vigentes en el Código Civil, hasta la sanción de la ley.

De esta manera nuestra legislación se colocó en la corriente moderna, advirtiendo la existencia de todos los hijos procreados y poniendo sólo el criterio de división en la existencia o no de matrimonio; estableciendo para los que nazcan fuera de matrimonio un régimen de protección que se articula con facultades obligaciones y deberes jurídicos que antes no tenían en igualdad de situación, todos; manteniendo al propio

tiempo la prioridad de la familia constituida regularmente y por ende de la procreación dentro del matrimonio; manteniéndose el claro sentido de lo ético-intersubjetivo enderezado a la distancia del mero FACTUM de la unión sexual, la situación creada en función de significaciones múltiples que conllevan la articulación axiológica y normativa de lo que debe ser en la comunidad.

CAPITULO I

LA FILIACION

CAPITULO I

LA FILIACION

CONCEPTOS

NATURALEZA JURIDICA

Desde un punto de vista natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y un padre, pero su filiación se determina según sean las circunstancias legales de la unión de los mismos. Vale decir, que hay una filiación derivada del hecho real de la existencia y otra jurídica, que origina aspectos de derecho.

Según Demolombe, la filiación es el estado considerado como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre. Por su parte Flanion y Ripert dicen que la filiación es la relación de dependencia que hay entre dos personas en virtud de la cual, la una es la madre o el padre de la otra.

Prayones condensa ambos conceptos, diciendo que la filiación es "la relación natural de descendencia entre varias personas, de las

cuales, unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido más limitado, se entiende por filiación la relación existente entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra".

La filiación crea un estado civil, relaciones de familia, y determinan los derechos y obligaciones emergentes del mismo.

CLASES DE FILIACION

La filiación puede ser de dos categorías, la que deriva del casamiento, o filiación legítima, y la que resulta de una unión irregular, o sea filiación ilegítima o extramatrimonial.

Esta última comprende a su vez, dos clases, consideradas siempre en forma muy distinta, no sólo desde el punto de vista legal, sino también por el consenso moral. En la primera de las mismas, debemos incluir a la que se produce al margen del matrimonio, pero sin detrimento del mismo, por ser el resultado de la unión de dos personas que, sin estar casadas, tampoco están impedidas de casarse. Y en la segunda, a la filiación que resulta de lo que el derecho canónico ha llamado "ex damnato coito", hijos nacidos de uniones que por obstáculos de parentesco, ligamen o votos religiosos no hubieran podido tener consagración legal. Además, y fuera del campo biológico, la ley ha establecido la filiación adoptiva, resultante de la voluntad individual, dentro de ciertas normas jurídicas.

EVOLUCION HISTORICA

Los hijos nacidos fuera del matrimonio, (filiación ilegítima o

extramatrimonial), estuvieron colocados siempre y a través de los siglos y de las diferentes civilizaciones, en una situación de injusta inferioridad.

Haciendo una revisión de las legislaciones antiguas, encontramos algunas que encararon este problema con menos rigos, y otras que, en cambio, extremaron su severidad.

a) BABILONIA

El derecho babilónico permitía que se reconocieran a los hijos que un hombre casado había engendrado en su esclava; les otorgaban una porción de herencia, casi equivalente a la de los hijos legítimos.

En caso de que el padre no los reconociera, perdía sus prerrogativas patrimoniales, pero tanto el hijo como la madre, tenían derecho a la libertad. La filiación materna no se discutía, siendo así precursores de la máxima romana "mater semper certa est".

b) INDIA

El manava-dharma-sastra excluía de la familia a los hijos adúlteros e incestuosos. Decía también: "todo hijo dado al mundo por una mujer que haya tenido comercio carnal con otro hombre distinto de su marido, no es hijo legítimo de esta mujer; de igual modo el hijo engendrado por un hombre en mujer ajena, no pertenece a este hombre".

c) GRECIA

En cierto momento de la civilización griega, bajo las leyes de Solón, los hijos extramatrimoniales fueron excluidos de la comunidad social y no se les permitía casarse con ciudadanos. Más tarde se suavizó este rigor, pero se continuó colocándolos al margen de la vida familiar y privándolos de todo derecho, en especial del sucesorio.

d) ROMA

En la Roma primitiva también se consideró a los hijos extramatrimoniales con extrema severidad, pero a partir del momento en que se dictó el edicto "Undecognati", este rigor comenzó a atenuarse.

El edicto establecía las obligaciones emergentes del parentesco natural, esencialmente de sangre, que se establecía por el simple hecho de la concepción por la madre y con los parientes de la madre. Esta es la base del principio "mater semper certa est", que aun cuando había existido en forma tácita en legislaciones anteriores, recién fue consagrado en la letra del "Digesto".

Luego, poco a poco, se fue fijando la diferencia entre los "liberi naturali", o sea los hijos habidos de una concubina; los "adulterini", cuyo padre ó madre estaban casados en la época de su concepción; los "incestuosi", resultantes de uniones prohibidas por vínculos de sangre; y los "spurfi", colocados

en esta condición por la vida deshonesta o promiscua de su madre. Estos últimos serían los "manceros", que son considerados así por muchos códigos contemporáneos.

Los primeros fueron aceptados como parientes del padre o de la madre, quienes pedían legitimarlos. Tenían, además, derecho a la herencia de sus progenitores, aunque en una porción muy inferior a la de los hijos legítimos. En cuanto a los demás, su posición era de extrema inferioridad y estaban privados de todo derecho, hasta del elemental de pedir alimentos.

Esta clasificación del derecho romano, reviste una gran importancia, porque las categorías establecidas por ella, pasaron a la mayoría de las legislaciones de inspiración latina del siglo pasado, incluso nuestro Código Civil.

e) EDAD MEDIA

El Catolicismo suavizó un tanto la dureza de las disposiciones romanas y germanas con respecto a los hijos extramatrimoniales. Los germanos habían llegado a considerarlos como seres "contaminados", a los que se debía evitar; no podían ser testigos, ni desempeñar cargos importantes, ni casarse con otra persona de distinta condición.

El Derecho Canónico estableció que "natura non facit differentiam inter conjunctio legitimus co inter illegittimus", y, en consecuencia, reconoció el derecho a alimentos de todos los hijos, cualquiera fuese su origen. Favoreció, además, la legitimación por subsiguiente matrimonio, como una forma de

subsanan errores y consolidar la familia. Los únicos que quedaban excluidos de esta posible ventaja eran los hijos "ex damnato coito".

El derecho francés de esa época siguió en esta materia las normas del derecho romano, aunque algo atenuadas ya que se estableció que los padres tenían derechos morales hacia todos sus hijos, cualesquiera que fueran las condiciones de su nacimiento, y consideró el deber alimentario como una obligación sagrada.

f) LEYES ESPAÑOLAS

Las partidas de Alfonso el Sabio no obligan al padre de hijos incestuosos, adulterinos o sacrílegos, ni a los parientes del mismo a prestarles alimentos, pero tampoco se los prohibía, por consideraciones de piedad. En cambio, obliga a la madre adulterina o incestuosa, y a los parientes de ella, a dicha prestación, de acuerdo con el principio "mater semper certa est".

Las partidas establecen que estos hijos no pueden ser instituidos herederos por testamento, y si los padres, en contravención, les hiciesen legados o donaciones, las mismas podían ser invalidadas por los hijos legítimos o por un representante de la Corona. Pero podían heredar en los bienes de su madre.

g) EPOCA CONTEMPORANEA

El espíritu de la Revolución Francesa, que quería la igualdad

entre los hombres, no podían aceptar las diferencias que surgían por una simple condición de nacimiento. En consecuencia y por decreto del 12 de Brumario del año II, se estableció la igualdad entre hijos legítimos y naturales, dejando, como siempre, al margen a los adulterinos o incestuosos.

El Código Civil de 1.804 (Código de Napoleón), restableció la desigualdad pero sin llegar a los extremos del rigor anterior.

A partir de esa época, comenzó a manifestarse una corriente de opinión que consideraba esta segregación injusta desde el punto de vista legal y contra natura si se le enfocaba con un criterio biológico. El más elemental sentimiento de justicia se revelaba contra una solución jurídica que hacía caer sobre gentes inocentes el peso de culpas ajenas.

Pero junto a esta corriente renovadora, ha existido, frenándola y regulándola, un muy respetable temor de herir a la familia legítima, estableciendo una absoluta equiparación de los derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

En verdad, es un arduo problema que deben encarar las legislaciones modernas, con un sentido de igualdad, según reza en todas las declaraciones que de los Derechos Humanos se han hecho a través de los tiempos y en donde el principio de que los hombres son iguales en derechos, ha permanecido incólume.

La filiación debe ser un hecho jurídico resultante de una situación real, pero nunca debe actuar como un castigo de por vida.

CAPITULO II

FAMILIA ILEGITIMA

CAPITULO II

FAMILIA ILEGITIMA

Sobre la familia ilegítima me permitiré transcribir los autorizados conceptos del ilustre tratadista colombiano, doctor Rafael Martínez Sarmiento :

" Familia es el conjunto de relaciones jurídicas que surgen del ayuntamiento de un hombre y una mujer y de su prole. Cuando este enlace se practica con promesa solemne de fidelidad es familia legítima, y cuando falta esta solemnidad, la familia es ilegítima. Por tanto, la legitimidad o ilegitimidad es simple cuestión probatoria.

" La fidelidad es el objeto cardinal del matrimonio, ataca la esencia del vínculo, porque en verdad, en el matrimonio los cónyuges dan uno al otro, potestad sobre su cuerpo, como dijo un maestro español. Así, la adúltera es sacrífega para la religión

católica, pues mancilla un sacramento, y es infractora de un contrato solemne ante la ley positiva, lo que autoriza el divorcio, la separación de bienes, la suspensión de la patria potestad, la emancipación, la pérdida del cuidado de los hijos y, en resolución, la liquidación del estado matrimonial, y, en algunas naciones, la ruptura del vínculo. Por esto, crudamente decía el primer código civil colombiano, expedido en 1.857 en Santa Marta " Los esposos se deben recíprocamente coito, fidelidad, socorro y asistencia (Art. 119).

Cuando la unión sexual es un contrato, es un matrimonio civil y, cuando además es un sacramento, tenemos el matrimonio católico. Esto brilla en el texto de una tarjeta de invitación de un presidente de la República de Colombia en el siglo pasado: " Rafael Núñez invita a la ceremonia religiosa en que se elevará en sacramento el matrimonio que tiene contraído con Soledad Román de Núñez".

Distinción :

La unión fugaz sexual no es familia, por lo que no debe confundirse el simple ayuntamiento con la célula primaria de la sociedad. Para los fines jurídicos hay dos clases de uniones: las féculdas y las estériles. Estas últimas son extrañas al derecho familiar, siempre que los cohabitantes no se deban fidelidad. La estabilidad o repetición de la relación sexual, no produce el concubinato, que es familia de facto, si no existe la obligación de fidelidad de parte de la mujer. Por esto los frecuentes accesos sexuales con una sola mujer pública, no engendran amanecamiento con ella, sino una simple relación fisiológica continuada, a la cual le falta el ánimo de la unión familiar, que es la fidelidad.

Los coitos transitorios pueden ser fecundos. La concepción de un hijo forma la familia, aunque sus padres no se lo hayan propuesto, porque esta entidad social no se sustenta únicamente del amor de los amantes o cónyuges, sino también del amor paternal o filial. El amor a la carta, para valerme de una locución empleada para designar el amor effimero, que sólo persigue el orgasmo o deleite de la carne, no engendra familia, pues entre las partes de esta unión no hay "affectio societatis", sino simple deseo de goce, pues su fin no es social sino individual, sin propósito de entrega mutua exclusiva para procrear, sino mero anhelo de aliviar las glándulas genitales y de satisfacer los apetitos de la carne.

La prole inesperada que surge de estas uniones da nacimiento a la familia por simple instinto orgánico de protección a la cría, común al hombre y a los restantes animales.

La familia es un instinto natural, que impulsa al hombre a unirse sexualmente con la mujer, con espontánea inclinación a la fidelidad, y que impulsa también a los padres a proteger a sus renuevos. Sabiamente, Juan Ruiz, el arcipreste de Hita, enseñó que por dos cosas lucha el hombre: por haber mantenimiento y por haber ayuntamiento con hembra placentera."

CAPITULO III

CAUSAS DETERMINANTES DE LOS

NACMIENTOS ILEGITIMOS

CAPITULO III

CAUSAS DETERMINANTES DE LOS NACIMIENTOS ILEGITIMOS

La vigencia de las leyes sobre filiación que se han dictado en Colombia, nos permite hacer la afirmación de que su operancia intimidativa es, por decirlo así, casi nula o minúscula en las conciencias humanas.

Pero si adelantamos un estudio, siquiera a grandes rasgos, de nuestras condiciones de vida, de nuestras costumbres, de nuestro empobrecimiento educativo y de nuestro estado económico, encontraremos para las uniones ilegítimas una raigambre tan honda que no resulta aventurado, ni mucho menos erróneo, el predecir que la ley como medio exclusivo de saneamiento indirecto, apenas representa para el Estado un arma débil.

Nosotros lo acusamos a él como responsable de su quebración demográfica y le presentamos hechos. No se trata de enrostrarle que

sus bases están corroídas con su asentimiento cómplice, porque ha presentado la proximidad en el devenir de las sociedades, de un nuevo ciclo histórico que hace del matrimonio sacramental y de la familia legítima, formas anquilosadas y caducas de organización colectiva.

Pero sí de advertirle que, por su incuria, nuestra institución familiar está en decadencia, que la desnuda realidad de nuestro elemento étnico es un caldo de cultivo propicio como ningún otro de los pueblos hermanos, para que prosperen en él inquietudes forasteras y doctrinas disolventes.

Entre las causas que nos han originado el porcentaje crecido de ilegitimidad, no cuenta su primera importancia el fenómeno que algunas escuelas sociales llaman "Penetración de las clases pudientes sobre las clases proletarias".

Pero no podemos negar que el fenómeno ha tenido influencias perturbadoras en el Departamento de Córdoba, por ejemplo, especialmente en la región del Sinú, en donde ha sido notorio y deplorable. Es de ocurrencia frecuente el caso de la compra de muchachas vírgenes y pobres por jóvenes y viejos acomodados que, una vez que han satisfecho sus apetitos sexuales, las abandonan despiadadamente, sin que quede otro camino para ellas que la prostitución y la miseria, porque aquella economía liviana está muy lejos de los talleres y de las fábricas en donde pueden encontrar recursos para reconstruir la vida tronchada y conseguir la regeneración por medio de trabajo honrado.

A esto se debe en gran parte ese coeficiente de ilegitimidad tan elevado que acusa en su población este departamento costanero. Mas no se puede decir que eso sea una tendencia invasora de clase a clase, propiamente hablando.

Si hubiese en el país un espíritu clasista marcado y definido, escasearía el fenómeno, por la consecuencial repugnancia que causaría el odio, y por el mismo espíritu de defensa y conservación que se nota en donde quiera que la lucha de clases ha tomado incremento o se ha cumplido.

El hecho es causado en Colombia por un empobrecimiento moral derivado de la falta de educación; la ignorancia no puede engendrar pueblos virtuosos ni aquilatar vidas; el sentimiento del honor y de la dignidad humana se forman en los hogares cultos o en las escuelas de enseñanza. Los departamentos de la Costa Atlántica se llevan las palmas sobre los demás de la República, porque en ellos el porcentaje de analfabetismo es más crecido, porque hay más abandono en la educación de la niñez y porque hay menos escuelas. Antioquia es más culto y por eso su coeficiente de ilegitimidad es menos crecido.

En la Costa, las mujeres campesinas prefieren el simple ayuntamiento al matrimonio; y se les oye explicar su estado con razones que acá no sorprenden a nadie: ellas dicen que es mejor, dentro de las faenas campestres, el amante que el marido legítimo, porque éste, de dueño se convierte en amo. Eso no es carencia absoluta de religión, porque el campesino nuestro asiste a los ritos sagrados cuando baja al pueblo, y es magnánimo y es piadoso. Pero es falta de cultura, y si ésta escasea, la religión no puede ser comprendida en lo que ella tiene de elevado y moralizante.

En un pueblo analfabeto como el nuestro, fácilmente se comprende que la diferencia de cultura entre un hombre y una mujer, es terreno abonado para la seducción y el engaño. En un pueblo así, el hombre que ha tenido oportunidad de educarse, si dispone de holganza económi-

ca, se casa muy tardíamente, porque sus necesidades biológicas las allana y las sobrepasa sin mayores dificultades con las muchachas ignorantes de su medio, inexpertas y pobres, para quienes el cuidado de su propio honor ante su entera formación moral, vale menos que el rutilante cascabeleo de una alhaja barata.

A todo esto se agrega la penuria económica de las clases trabajadoras, en donde las uniones ilegítimas, el ayuntamiento sin más formalidades, se provoca asimismo, como necesidad de defender la vida por intermedio de él. El ahorro privado, en toda una existencia no llega a formar un pequeño capital para subvenir a los gastos que ocasiona la sola celebración del matrimonio; dos personas casadas han menester una vivienda ligeramente aceptable al menos; la transcendencia de un matrimonio así lo exige.

Entre nosotros, ni en los centros de habitación obrera existen habitaciones al alcance de los salarios, ni hay medios de diversión apropiados y sanos, en donde se pueda adelantar una cultura, ni fábricas, ni talleres suficientes. La familia legítima no puede prosperar así; los verdaderos explotadores en un clima social, en donde el capitalismo no tiene todavía desarrollo suficiente, son los cantineros y los proxenetas.

Sobre la población montañera no hay que insistir mucho; su mismo aislamiento de los centros urbanos, las largas distancias de la casa cural y los juzgados y las dificultades que aquí encuentran, los obligan a celebrar sus relaciones carnales en otros formulismos que un galanteo primitivo, siempre indispensable hasta en la simple y natural atracción de los sexos.

Al Estado toca el deber improrrogable de adelantar una intensa campaña educativa, para combatir eficazmente las causas de la ilegiti-

midad; en la incertidumbre actual porque atraviesa el mundo, la formación moral de nuestro pueblo, es más imperiosa que las armas de fuego. Si queremos conservar la democracia, hay que cimentarla sobre la virtud.

CAPITULO IV

EL HIJO NATURAL A LA LUZ DEL CODIGO CIVIL

COLOMBIANO DE 1.873

CAPITULO IV

EL HIJO NATURAL A LA LUZ DEL CODIGO CIVIL COLOMBIANO DE 1873

Con respecto a la filiación natural, existen tres grandes tendencias a saber: el Estado debe reconocer efectos jurídicos a los hijos legítimos -considerados como estados de derecho- y a los estados de hecho o sea a los hijos naturales, formados al margen de la Ley, se les debe negar todo efecto jurídico.

Con arreglo a la segunda tendencia, el hijo natural debe ser igual al legítimo ante los ojos del legislador, vale decir, que el estado de hecho debe tener la misma significación jurídica que el estado de derecho. Por último, surgieron doctrinas que tratan de evitar las consecuencias extremas de las dos tendencias anteriores, creando un sistema mixto para que el hijo natural encuentre la protección de la Ley, aunque sin asimilarlo al legítimo.

La primera tesis, con muy pocos atenuantes, estuvo vigente en Colombia con el artículo 318 del C. C., hoy afortunadamente derogado, que establecía:

"Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad de hijos naturales respecto del padre o madre que los haya reconocido..."

Pero el artículo 52 del mismo código decía que el hijo natural es el habido fuera de matrimonio por personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción; al lado de estos hijos naturales colocaba a los provenientes de dañado y punible ayuntamiento. De este modo, había una clara contradicción en el C. C. entre los artículos 318 y 52.

Para eliminar esta contradicción, se dictó el artículo 7° de la Ley 57 de 1887, que hacía prevalecer el artículo 52 del Código. Además, el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 también hacía referencia a la misma noción de hijos naturales.

Para el doctor Valencia Zea, con las leyes de 1887, se abre en Colombia lo que él ha dado en llamar la segunda etapa de nuestra legislación en materia de hijos naturales, y que bajo su imperio eran hijos naturales los habidos fuera de matrimonio por personas que podían casarse libremente entre sí, y no eran naturales los habidos fuera de matrimonio, de personas que no podían casarse entre sí al momento de la concepción. Estos últimos, según decía la Ley, eran hijos de dañado y punible ayuntamiento, y dentro de estos últimos se distinguían los adulterinos y los incestuosos.

Nacen, de este modo, tres clases de hijos en la legislación colombiana, provenientes de uniones no matrimoniales, a saber: naturales, de dañado y punible ayuntamiento y simplemente ilegítimos.

Estudiaré el régimen jurídico de cada uno de ellos.

NATURALES

Para que un hijo tenga la calidad de natural respecto del padre, era preciso que éste lo reconociera como tal por escritura pública, por acto testamentario, o bien suscribiendo el acta de nacimiento correspondiente; pero el reconocimiento no podía hacerse sino por el varón que tenía aptitud jurídica para casarse con la mujer en quien hubo el hijo, al tiempo de la concepción, como quedó explicado arriba.

No sucede lo mismo en cuanto a la madre, pues la ley presume el reconocimiento de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda.

La naturalidad, por tanto, acompañaba al nacimiento en cuanto a la madre y era hija de la voluntad respecto del padre.

Dentro de esta anómala situación, veremos la situación de los hijos naturales, conforme a nuestro Derecho.

Deben respeto y obediencia a su padre y a su madre, pero con sometimiento especial al padre, están obligados a cuidar de los padres en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios; se extiende a ellos la facultad de corrección y castigo que los padres tienen sobre los hijos legítimos y las demás

relaciones que establecían los artículos 261 a 268 del Código; los padres, a su turno, debían cuidar personalmente del hijo, a no ser que estuvieran casados. En tal caso, se necesitaba el consentimiento del respectivo cónyuge para llevar a la casa un hijo natural. Quien tenga la calidad de padre o madre natural, hará los gastos de crianza y alimentación del hijo, incluyendo en el concepto de alimento la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio, tomados estos gastos de los bienes del hijo, si los tuviera.

No tiene el padre, ni muerto éste, la madre, la patria potestad, fenómeno éste reservado a la filiación legítima, de suerte que el hijo natural no tenía quien lo representara en juicio legalmente ni extrajuicio, como no fuera mediante el discernimiento de una guarda, siendo de advertir que el padre estaba prácticamente excluido de la guarda legítima, porque como era llamado a ella el progenitor a quien primero se le asignara el carácter de natural, es claro que siempre era la madre quien asumía en primer término esa calidad, supuesto que el nacimiento traía consigo.

Además, como estos hijos casi nunca nacen con patrimonio, ni con fundadas expectativas de adquirirlo, nadie distinto de ella tenía interés en representarlos. Esto, aparte de que la designación y el discernimiento siempre son precedidos de un juicio cuyos gastos rara vez puede hacer la madre.

Respecto de alimento, sólo a los necesarios tiene derecho el hijo natural, esto es, a lo indispensable para sustentar la vida.

Cuando de sucesión por causa de muerte se trataba y ella era intestada, los hijos naturales eran excluidos por los legítimos, exclusión que alcanzaba a la descendencia legítima de los hijos naturales, llegado el caso de representación. Concurrían los hijos naturales con los ascendientes legítimos del difunto o con uno de ellos, en un 25% del haber hereditario; con el cónyuge o con los hermanos legítimos en el 50%. Pero si el causante fue un hijo natural que no dejó descendientes legítimos, su herencia se defería primeramente a sus hijos naturales.

HIJOS DE DAÑADO Y PUNIBLE AYUNTAMIENTO

Bajo esta denominación estaban comprendidos, en general, los hijos habidos en uniones adulterinas o incestuosas; mas, como respecto de la madre se presumía un reconocimiento de los concebidos por ella siendo soltera o viuda, tales hijos tenían el carácter de naturales con relación a su madre, aunque provinieran por obra de hombre casado a la sazón con otra mujer. Respecto al padre, eran simplemente ilegítimos, calidad que les impedían toda acción eficaz para obtener de éste elementos de subsistencia. La madre sola era obligada a los alimentos necesarios y a las demás cargas que competen a los padres naturales arriba especificadas, sin que por medio alguno sea posible establecer un vínculo del cual surgiera la obligación paterna. Y como en la gran mayoría de los casos, la pobre madre no tiene medios de atender siquiera a sus propias necesidades, se presentaba como inevitable un gran filón de miseria que, de seguro, alcanza a varias generaciones.

HIJOS SIMPLEMENTE ILEGITIMOS

El simplemente ilegítimo, o sea el hijo que no tiene ante la ley otra calidad, cuenta con una acción menesterosa, de tan remota prosperidad y tan exigua en resultados, que nadie o casi nadie la usa, para hacerse suministrar alimentos del padre, " pero sólo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia", palabras éstas del Código que revelan como una intención rencorosa y cruel para con los hijos que cometieron el grave pecado de nacer ilegítimos.

Tal acción se limita a citar al presunto padre para que manifestara ante el juez si creía serlo, de suerte que, con decir no creo, pudiera poner término al proceso, aunque el interesado contara con pruebas que acreditaran su filiación de un modo irrefragable.

De esta manera, según el sistema de nuestro Código Civil de 1873, resultaban cinco clases de hijos, vale decir, que un padre podía tener hijos de cinco calidades a los cuales se les reservaba un tratamiento distinto: naturales, legítimos, espurios, simplemente ilegítimos e ilegítimos no reconocidos solemnemente, pero con derecho a alimentos necesarios para su precisa subsistencia.

También pueden concurrir hijos de unión no matrimonial que tienen un mismo padre y una misma madre, y, sin embargo, llevar unos respecto del primero la condición de naturales, otros la condición de simplemente ilegítimos y otros los de alimentarios. Todos eran igualmente hijos, pero sólo unos tienen el de-

recho a la crianza, educación y sucesión, otros a lo preciso para no perecer de hambre y los últimos, sin derecho alguno, estaban condenados a sucumbir, si no físicamente, sí por el aspecto moral; constituyendo así una justicia artificial, irritante y con graves anomalías.

DERECHO SUCESORIO DE LOS HIJOS ILEGITIMOS

La patria potestad es un instituto para que cobije la posteridad extramatrimonial, y si su contenido es más de protección de los hijos que de derechos a sus padres, lógicamente ha de haber materia sobre la cual recaiga el aspecto patrimonial de la representación que aquella entraña; y como los menores tienen como fuente principal, si no la única, de adquisición de bienes, a la sucesión por causa de muerte, justo es que siempre ocupen en la de sus padres un mismo puesto todas las personas que tienen la calidad de hijos de determinados causantes.

Porque, no obstante la aberración con que la ley ha tratado la filiación natural, así moral como patrimonialmente, ésta sigue siendo, cada vez con mayor fuerza, una manifestación real de la vida, en tales términos que en Colombia, habida cuenta de las estadísticas, hay hijos ilegítimos que sobrepasan con mucho el número de hijos legítimos o sea los habidos en matrimonio; de suerte que seguir manteniendo una legislación adversa a los primeros, mediante la cual se les niega fundamentalmente el derecho a la subsistencia, a la formación como elementos capaces de honrar a la sociedad en que nacieron, era condenar a la mitad de los colombianos a la vida parasitaria, sin derecho a nada propio; a la permanente oscuridad de sus inteligencias, muchas de ellas

de estructura superior; al aislamiento de medios propicios para la cultura, situación cuyas fatales consecuencias de miseria, delitos, presidio, hospitales, muerte, no se hacían esperar.

Espíritus mezquinos alegaban que, cómo es posible hacer concurrir en la herencia a los hijos legítimos, con los que no lo son, en detrimento de sus derechos? Cuánta ruindad!...

No; la presencia de los últimos en la sucesión de sus padres, en nada menoscaba la posición justa de los primeros; lo que hace es establecer el equilibrio que no existía en razón de la legislación vigente antes del año de 1936; colocar a quienes no proceden de matrimonio en un plano de equidad, como hijos del causante o causantes, lo mismo que provenientes de padres casados, ya que ni unos ni otros pudieron elegir su condición o estado.

En cambio sus progenitores, casados o solteros, sí estaban en la capacidad de prever los resultados de sus respectivas uniones. De esto se desprende que, cuando unos hijos excluyen, como decía la ley, a todos los demás herederos, sí menoscaban a quienes también son hijos; iguales por naturaleza, distintos por artificio legal.

Esto así en la generalidad de los casos, pero hay unos de tan frecuente pcurrenia y en los cuales la justicia asumía visos de injusticia tanto, que merecen especial mención en este trabajo:

Un varón soltero y sus varios hijos de la misma o distintas mujeres o madres, forman al cabo de largos años de lucha, una fortuna de la cual es titular el padre, pero que tiene incorporado el trabajo de sus hijos. Un día, por capricho senil u otra causa, el padre se casaba, y si la mujer daba a luz, por ese sólo hecho iban a tierra todos los es-

fuerzos, la consagración de toda la vida por parte de los hijos anteriores; hasta sus más justas expectativas perdían su razón de ser; desaparecían para ellos, con lo que sus brazos habían formado, las ilusiones que sus espíritus alimentaban; y como obligado remate, sin concurso ni conocimientos que le permitan darse una posición independiente y con el ánimo destrozado para emprender en nada distinto, se ven en el caso de seguir acrecentando el patrimonio del recién nacido y vivir agradecidos de su 'generoso' progenitor, que les había asegurado su subsistencia física, a pesar de no estar obligado por la ley.

Y si fue una madre la que, con su hijo y por su hijo formó un patrimonio y al casarse y procrear un fruto legítimo, el anterior quedaba excluido, no hay duda de que se producía un grave desequilibrio social, que reclamaba una urgente solución.

A la inversa sucede, como caso aún más frecuente, que de un matrimonio han nacido varios hijos, y si el marido, violando la fe debida a la esposa, a ciencia y paciencia de los resultados de sus desvíos, se unía con otra, el nacimiento así determinado, en nada modificaba la situación jurídica de la descendencia matrimonial, y en cuanto al nuevo ser, una de dos: o moría de hambre o su madre se prostituía en busca de medios para sostener la vida de su hijo y la suya propia, salvo el evento rarísimo de que contara con un modesto pasar. Por lo que tocaba al padre, todo el mundo sabía quién era, pero resultaba altamente censurable y escandaloso, algo más, monstruoso, que le diera alimento tanto "a los hijos del honor como al de la deshonra".

Vale la pena traer a mención en este trabajo, el comentario autorizado del doctor Gustavo Valbuena sobre varias disposiciones legales y que dicen relación con el tema que nos ocupa:

" El artículo 149 del C. C. dice: Los hijos procreados en un matrimonio que se declara nulo son legítimos, quedan bajo la potestad del padre y serán alimentados y educados a costa de él y de la madre, a cuyo efecto contribuirán con la porción determinada de sus bienes que designe el juez; pero si el matrimonio se anuló por culpa de uno de los cónyuges, serán a cargo de éste los gastos de alimentación y educación de los hijos, si tuviere medios para ello, y de no, serán del que los tenga".
 Y el artículo 140 dispone: "El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

... 9° Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes o descendientes o son hermanos;

... 12. Cuando, respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior".

La ley 57 de 1887, artículo 15, sanciona: "Las nulidades a que se contraen los Nos. ... 9°... y 12. del artículo 140 del Código ..., no son subsanables y el juez deberá declarar, aún de oficio, nulos los matrimonios que se hayan celebrado en contravención a aquellas normas prohibitivas".

Ahora bien - sigue Valbuena- ¿Por qué les da la Ley a los hijos de un matrimonio nulo, es decir celebrado por encima de uno o varios impedimentos dirimentes, la condición de legítimos, con todos los derechos anexos a ella, como los que resultan de la patria potestad, de la sucesión por causa de muerte, etc. ?
 Sencillamente por no hacer pesar sobre los hijos las culpas de sus padres; porque aquellos son seres inocentes a los cuales la ley debe protección y defensa contra actuaciones que les son extrañas.

Lo censurable es que los padres tengan también el tratamiento correlativo, en cuya virtud pueden llegar a los hijos así habidos, y de manera indirecta, por intermedio de éstos, recoger uno de los cónyuges putativos los bienes del otro, en el supuesto, no muy remoto por cierto, de fallacer alguno de los contrayentes del matrimonio nulo y luego el hijo que lo heredó, quien a su turno sería causante del otro cónyuge.

Se explica así la reforma según la cual el contrayente que conocía el vicio que invalidó el matrimonio, no tiene respecto de los hijos de esa unión los derechos que corresponden al padre legítimo, y si ambos procedieron de mala fe, ninguno de ellos los tiene. Así como los hijos del matrimonio nulo tienen los derechos del legítimo por no ser culpables, de la misma manera quedan privados de la posición correlativa los progenitores que lo sean. Ahora, si los dos ignoraban la causal de nulidad, justo es que conserven la condición de putativos."

Tenemos entonces como cosa evidentísima que son legítimos y que gozan de todos los derechos correspondientes, los hijos nacidos de un matrimonio entre padre e hija; o entre hermanos; o los habidos del matrimonio de dos personas, una de las cuales se hallaba en el momento de la celebración del matrimonio casada con otra. Así las cosas, como el incesto o el adulterio son por sí solos hechos delictuosos, es necesario que a ellos se añada otro delito: el matrimonio entre los hermanos o la bigamia en su caso, para que la prole tenga los derechos de legítima y sea socialmente considerada en tal calidad. En cambio, los hijos nacidos del solo adulterio del marido son escarnecidos, señalados con una denominación infamante y arrojados del seno de la sociedad, como cosa dañada y perjudicial.

Más aún, los que provienen de uniones entre personas aptas legalmente para casarse al tiempo de la concepción, estaban proscritos, como parias, viles criaturas excluidas de cuanto implicaba ventaja en el común de los asociados, todo porque sus padres cometieron el error gravísimo de aparejarse en condiciones exentas de pecado! Para ellos no hay derechos provenientes del parentesco o del afecto; ninguna iniciativa podían tomar para proporcionarse un estado racional siquiera, delante de su padre; debían aguardar, en posición pasiva, a que la caridad hiciera surgir el derecho mediante el reconocimiento voluntario.

Como se ve, el derecho consagrado en el artículo 149 del Código Civil, es justo, en cuanto su fundamento consiste en no imponer sanción al inocente. Rige en la República desde el siglo pasado, a través de muchos regímenes ortodoxos, y ni Colombia, ni el resto del mundo, se ha escandalizado: todo ha seguido igual.

¿Por qué entonces no aplicar tan sano criterio de no culpar a quien no tuvo culpabilidad al derecho sucesorio de los hijos naturales? Porque en verdad éstos son irresponsables de la omisión matrimonial de sus padres.

CAPITULO V**LA REFORMA DE 1.936 (LEY 45)**

CAPITULO V

LA REFORMA DE 1.936 (LEY 45)

BASES SOBRE LAS QUE DESCANSA LA REFORMA

PRIMERA BASE :

Abolición de la clasificación de hijos incestuosos y adulterinos

Con el artículo 1° de la nueva ley que, además, derogó el 52 del Código, acabamos con esa distinción injustificable de hijos naturales e hijos de dafiado y punible ayuntamiento: incestuosos y adulterinos; distinción que marcaba como un herrete infamante precisamente al ser inocente.

A este respecto y en esa época se expresaba el famoso expositor Consentini:

"... Otra iniquidad contra la cual se sublevan las tendencias reformatoras de la legislación moderna, esaquella que sobre las huellas del derecho romano sancionan tanto el Código de Napoleón (art. 335), como sus imitadores, y el Código Italiano (Art. 180] : es la prohibi-

ción no solamente al hijo de investigar a uno u otro de sus padres, sino a los mismos padres de reconocer a su hijo, aun cuando fuesen llevados por el deseo de enmendar la falta cometida, asumiendo la responsabilidad de sus efectos. Esta es la condición impuesta a los hijos adúlteros e incestuosos.

"Este injusto tratamiento jurídico, aunque se explica fácilmente por el hecho de que el legislador ha manifestado su severa aprobación al adulterio y al incesto como flagrantes ofensas a la moralidad pública y al orden de las familias, trae consecuencias inhumanas, injustas, porque hace recaer las faltas de los padres, que son la causa consciente del crimen, sobre la cabeza de sus hijos, víctimas inocentes, a los que se niegan los alimentos.

" El código austríaco, el código alemán, la legislación inglesa y las legislaciones formadas sobre estos tipos, no establecen ninguna distinción entre los hijos adúlteros e incestuosos y los demás hijos ilegítimos, tratan a todos de la misma manera..."

El mismo jurista, que fue traído a Cuba y a México a difundir su ciencia entre las juventudes universitarias de esos países, tuvo oportunidad de estudiar todas las legislaciones latinoamericanas; y sin apartarse del espíritu general de ellas y mucho menos violentarlas, elaboró un excelente "Proyecto de Código Civil Panamericano", calificado por el eminente jurista cubano Sánchez de Bustamante de "Cura Magistral", cuyo primer título sobre "Derechos Personales, Derechos de Familia", contiene una reglamentación avanzadísima sobre filiación natural, en que se prescinde de los calificativos de hijos adúlterinos, incestuosos, etc., se consagra la investigación de la paternidad, se instituye la Patría Potestad, a favor de los hijos naturales, etc.

Afamedos tratadistas, como Laurent en Bélgica, Cimbalf y Duci en Italia, abogan también por la abolición de la diferencia de tratamiento de los hijos habidos fuera de matrimonio.

Duci observa que "... Esta repugnancia moral que hasta ahora ha llevado a los legisladores a un tratamiento desfavorable para los frutos del incesto y del adulterio, debe cesar de constituir un principio de ley positiva desde el momento en que, sin ninguna ventaja para la sociedad, se resuelve en perjuicio del que no ha cometido ninguna falta..."

"... Por otra parte, no se puede alegar, añade Duci, el peligro de graves perturbaciones en el orden familiar; los casos de filiación incestuosa, son, en efecto, muy raros, y en lo que concierne a los hijos adúlteros, se tendrá la alternativa: sea de una madre esposa, y entonces si ésta no está legalmente separada del marido, el hijo no podrá considerarse como adúltero, sino cuando el marido lo desconoce formalmente; sea de una madre libre, y entonces la investigación del padre no podrá hacerse sino en los casos en que se pueda establecer uno de esos hechos que bastan a hacer probable y verosímil el informe de paternidad y que garantizan el carácter concluyente de la prueba..."

Travers dice que: "... No se debe hacer recaer sobre los hijos las faltas de los padres a quienes el sistema actual libra de toda consecuencia onerosa de su falta y arrastra así al camino de las malas costumbres, mientras que el hijo, completamente separado de sus padres, tiene en la sociedad una posición de las más desfavorables. Una situación así es contraria al orden público y a la moral y, por lo tanto, inadmisibile..."

Demostración de la Paternidad - Reconocimiento Art. 2°

En cuanto al establecimiento o demostración de la paternidad, en primer término en el artículo 2° de la ley, el reconocimiento; institución que, en principio, existía en el Código, pero limitada en cuanto al medio o forma, al instrumento público entre vivos y al acto testamentario; y, en cuanto al alcance, excluyendo a los hijos del llamado punible y dafado ayuntamiento. (Artículos 54 y 56, Ley 153 de 1887).

Nuevas formas de reconocimiento

La nueva ley da valor al reconocimiento hecho en el acta de nacimiento o mediante manifestación expresa y directa hecha ante un juez, consagrando, además, para todos los casos, inclusive el de testamento, la irrevocabilidad de la declaración por la cual se reconoce al hijo.

Hijos naturales de mujer casada (Art. 3°)

Como, en lo general, del reconocimiento no quedan excluidos los hijos naturales nacidos de adulterio, para evitar nocivas complicaciones familiares, había que establecer lo dispuesto por el artículo 3° que dice:

Art. 3°. - "El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo.

"Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada salvo en el caso final del inciso anterior."

Como se ve, si la impugnación de la legitimidad de un hijo, que es acción exclusiva del marido (y que el Código le otorga), llega a prosperar, es esa acción y no la nueva ley, lo que viene a poner a descubierto el adulterio de una mujer. Así las cosas, ya se sabe que esa mujer tuvo un hijo de un hombre diferente a su marido. Hasta aquí no hay novedad en relación con lo dispuesto por el Código. La nueva ley, al ocurrir ese caso, quiere que ese hijo no quede sin padre y permite demostrar quién es. Eso es todo, y eso no agrava el trastorno familiar que ocasionaron el adulterio de la mujer y el ejercicio de la acción de impugnación por el marido, hecho realizables bajo el imperio del Código. Y no se trata de una innovación empírica y exclusiva de nuestra ley. El artículo 316 del Código suizo establece también que, cuando la madre estaba casada en la época de la concepción, no se puede intentar una acción de paternidad sino después de haber sido declarada por el juez la filiación legítima.

SEGUNDA BASE :

Acción para investigar la Paternidad - Artículo 4°

En seguida viene en el artículo 4° de la ley, la normación esta-

blecida para averiguar o demostrar, fuera del reconocimiento de que trata el artículo 2°, la paternidad natural.

El proyecto primitivo dejaba abierta ampliamente la puerta de la investigación para acreditar aquel hecho a todos los medios adecuados de la tarifa legal de pruebas, en cualesquiera que fueran las circunstancias. La Corte Suprema de Justicia, en conferencia que sostuvo con los congresistas de la época, consideró que esa amplitud absoluta, era peligrosa por lo que se contrajo tanto la acción como la prueba a los cinco casos contemplados en el artículo 4° a que me refiero.

En este punto, quiso la Corte que nuestra ley siguiera el derrotero trazado por la francesa de 1912, con la ventaja innegable de aprovechar en la interpretación y aplicación del nuevo estatuto, el valioso acervo de la jurisprudencia derivada de aquella.

Ese parecer de la Corte fue acogido, pero es evidente que nuestra ley, por muchos aspectos, ha quedado mejor, más avanzada, más liberal que la francesa.

El primer caso en que el artículo 4° autoriza la declaración de paternidad:

Rapto o violación, cuando el tiempo de hecho coincide con el de la concepción, es tan claro y de justicia, tan evidente, que puede decirse que lo traen los Códigos de todos los países cultos.

Y no debe olvidarse para nuestro caso, que, conforme al inciso segundo, Ley 153 de 1887, disposición que quedó vigente, "El hecho de seducir a una menor, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado está, es rapto, aunque no se emplee la fuerza".

El caso 2° del artículo 4°:

Seducción en las circunstancias allí previstas, se encuentra también, entre otras legislaciones, en la de Bélgica (Ley de 1908), Francia (ley de 1912), y Suiza (Art. 323 del Código).

El caso 3°:

Existencia de carta u otro escrito del pretendido padre, que contenga una confesión de paternidad, se halla en los códigos de Brasil, Costa Rica, Honduras, Panamá, Francia, Bélgica, Alemania y Suiza.

El caso 4°:

Relaciones sexuales estables entre el presunto padre y la madre en las condiciones allí contempladas, aparecen en los códigos de Brasil, Francia, España, Alemania y Suiza.

Y el caso 5°:

Poseción notoria del estado de hijo natural, se halla en las legislaciones de Costa Rica, Honduras, Uruguay, Francia, Bélgica, España y Portugal.

Así, pues, los relacionados medios de comprobación de la paternidad natural no constituyen una innovación empírica ideada sin meditación ni antecedentes; tienen el respaldo de legislaciones las más civilizadas, con una experimentación centenaria de muchas partes, sin que en ninguna se haya registrado trastornos sociales o familiares, que entre nosotros han pronosticado ciertos opositores timoratos.

Poseción Notoria

Una de las más eficaces, valiosas y sólidas pruebas de la paternidad tiene que ser, y lo es ya con la Ley 45, la de posesión notoria del estado civil de hijo natural.

Anteriormente, con respecto al padre no había manera de hacer valer ese hecho; en cuanto a la madre, nada decía explícitamente la ley, pero desde 1919, en providencia del 18 de agosto de ese año, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, se sentó la siguiente doctrina:

... "El Código Civil, al instituir la prueba de la posesión notoria del estado civil, no contempla sino el de matrimonio y el de hijos legítimos. Se ve que deliberadamente excluyó el de padres e hijos naturales, porque anteriormente, conforme al art. 318, la calidad de hijo natural no se adquiría sino mediante reconocimiento expreso del padre o madre, según el caso, con las formalidades legales. Pero vino la Ley 93 de 1890, cuyo artículo 7° estableció la presunción de reconocimiento por parte de la madre, con el solo hecho del nacimiento. Así las cosas, con la prueba del último queda acreditada la calidad de hijo natural respecto de la madre. Y como el comprobante principal del nacimiento se puede suplir (segunda parte del inciso primero, Art. 22, Ley 57 de 1887), y una de las pruebas supletorias es la de la posesión, esta puede servir para comprobar aquel estado respecto de la madre".

Es tan importante y adecuada la prueba de la posesión notoria, que algunos autores la consideran superior, en el mérito probatorio, al reconocimiento. Así que Charmont declara:

"... La posesión de estado es en realidad una confesión muy superior al título. Cuando una persona ha tratado públicamente como suyo a un niño, atendiendo a su sostenimiento, vigilado su educación, ¿no lo ha reconocido tan bien o mejor que por una declaración hecha en presencia de un notario o de un oficial del estado civil? Esta es una prueba que se continúa, que está exenta de irreflexión. El título, es la obra de un instante, de una confesión que puede haber sido obtenida por sorpresa; no prueba la identidad del hijo, en tanto que la posesión de estado la prueba necesariamente."

TERCERA BASE :

Representación del hijo natural - Artículo 14

La tercera piedra angular de la Ley 45 es la representación del hijo natural, extendiendo a su favor la institución de la patria potestad en cabeza de la madre, en los términos del artículo 14.

El desamparo integral a que la ley condenaba a los hijos ilegítimos, con un criterio parecido al de la más ruin venganza, iba hasta el extremo de dejarlos sin un representante que se preocupara por ellos, que los asistiera durante su minoría de edad, de manera que hasta por ese aspecto eran relegados a la condición de parias, menos dignos de consideración que los delincuentes, a quienes se les provee de un defensor.

El proyecto primitivo daba la patria potestad al primero de los padres que tuviera la calidad jurídica de tal, pero en los debates en la Corte Suprema de Justicia surgió la modificación de que se otorgara en primer término a la madre; enmienda encomiable porque es evidente que la vida común entre la madre y el hijo alimenta y acendra desde el principio el afecto de la primera para con el segundo, al paso que el distanciamiento del padre va creando la diferencia por parte de éste, lo que hace pensar que la madre sabrá ejercer esa potestad mejor que el padre al tiempo que, estando en manos de ella, hay quien haga cumplir al padre las obligaciones que le impone la ley.

A este propósito observa Charmont:

"... Se ha sostenido que es el caso preferir a la madre. Frente a ella la filiación es cierta; sus cuidados son los más útiles al niño; los casos de abandono son más raros; el padre no tiene la misma conciencia de sus deberes..."

"Para el hijo natural, la preponderancia del padre no se justifica; ella es una consecuencia de la autoridad marital. Ahora bien, aquí no hay matrimonio; el hogar es inestable; el padre puede, cuando le plazca, rechazar a la madre y separarla del hijo".

CUARTA BASE :

Derecho herencial de los hijos naturales - Artículo 18

La cuarta base fundamental de la ley consistió en el derecho herencial de los hijos naturales, aún en presencia de los legítimos. En esta materia el nuevo estatuto civil mejora ostensiblemente la situación de aquellos.

En primer término, viene el artículo 18, que dice:

"... Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales, cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales. Cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos, y sin perjuicio de la porción conyugal..."

Sin olvidar que el artículo 28 establece una restricción transitoria a la cual me referiré más adelante, conviene destacar la innovación de gran transcendencia, consistente en reconocerles derecho de herencia a los hijos naturales, aún en concurrencia con legítimos. La justicia de esta disposición es tan evidente que no hay para qué encarecerla. Es absurdo, es inhumano, aberrante y contrario a la misma naturaleza, que de dos hijos del mismo padre, el uno goce de todas las comodidades y cuidados desde su nacimiento, y al morir su progenitor, recoja íntegramente su fortuna, y el otro, ser inocente que no pidió la vida, que no tiene culpa de ninguna clase, crezca en la miseria y el abandono y carezca hasta de la expectativa de recibir algún día un centavo del matrimonio paterno; que al primero se le dé todas las oportunidades de hacer una brillante carrera, que asegure su porvenir, y el otro haya de ser casi siempre, limosnero, presidiario, o cuando mucho peón, si le va muy bien.

El caso de hijos naturales que llegan a coronar una cima y a ser elementos valiosos de la sociedad, no alcanza por su excepcionalidad, a cubrir el cuadro trágico de las legiones de expósitos que colman los hospicios, de parásitos, y viciosos que llenan las calles, tabernas, garitos y lupanares; y delincuentes de cárceles y casas de corrección.

Y aunque entre ellos hay muchos precedentes del sacramento del matrimonio, el desamparo de la descendencia ilegítima es un factor de gran peso e influencia en aquellos males. Con razón el Departamento Nacional de Higiene, en los números del 1 al 4 de su "Revista de Higiene", editada en 1935, apoyándose en observaciones prácticas y estadísticas de la época, irrefragables por cierto, dice:

"Se observa que casi siempre la vagancia, la mendicidad y la delincuencia, se originan directamente por el abandono moral en que se encuentran los niños ilegítimos".

A curar ese cáncer social se encaminan no solamente los arts. 18 y es. de la Ley 45, referentes al derecho herencial, sino que ese estatuto, más acorde con la moral cristiana, que toda la legislación conservadora que mantuvo entronizada la injusticia durante casi medio siglo.

Ante la equidad completa y pura, el hijo natural debería llevar igual cuota hereditaria que el legítimo, porque ambos fueron procreados por el mismo padre y tienen las mismas necesidades y el mismo derecho a la vida, y ninguno de los dos participó en la procreación, ni fue autor de su origen legítimo ni ilegítimo.

Los legisladores de la época, en gracia de la prosperidad del proyecto, tuvo que transigir con ciertos conceptos tradicionales y atemperar la reforma amoldándola al criterio de la mayoría de los legisladores que señalaban para el hijo natural una cuota inferior a la del legítimo. Sobre este punto volveré más adelante.

Cómputo de la Cuota

Aunque el artículo 18 es claro al decir que cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, "la mitad de la correspondiente a uno de éstos", no sobra explicar en concreto la normal porque en la misma Cámara de Representantes trató de suscitarse en el debate una pequeña confusión con la legítima rigurosa y la efectiva.

Llevar la mitad de la cuota de un hijo legítimo, quiere decir, a la inversa, que a éste no le puede corresponder más del doble de lo que ha de recoger el natural; o sea, que para hacer más fácilmente el cómputo debe estimarse que cada hijo legítimo concurre como dos naturales. Así, suponiendo que se trate de cuatro hijos legítimos y uno natural, para repartirse un activo herencial líquido de 18.000,00, se hace por cuenta que se trata de nueve hijos naturales (dos por cada legítimo) y se tiene: 18.000,00 pesos entre nueve = \$2.000,00. Esta suma de dos mil pesos será la cuota del hijo natural, y para cada legítimo el doble o sean 4.000,00 pesos, cantidad que, multiplicada por 4, da 16.000,00, que con los dos mil pesos del hijo natural, da la suma de 18.000,00 pesos, monto del activo.

Imaginando que hay tres hijos legítimos y seis naturales, para repartir la herencia de 18.000,00 pesos, se cuenta como si se tratara de 12 naturales y se tiene: 18.000,00 pesos entre 12 = 1.500,00 pesos. Esta última suma será la cuota de cada uno de los seis hijos naturales, quienes llevarán en total 9.000,00 pesos; y a cada uno de los legítimos, corresponderá 3.000,00

pesos y sea un total de 9.000,00 pesos entre los tres.

Los artículos 19 y ss. de la ley mejoran en alto grado la situación de los hijos naturales en concurrencia con los demás parientes del causante, pero en relación con hijos legítimos, el artículo 28 declara:

Artículo 28:

"La presente ley, en cuanto se refiere a los derechos herenciales del hijo natural, en concurrencia con los hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquella, sólo tendrá vigencia en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir..."

El artículo no ofrece dificultad alguna, y fue el resultado transaccional entre dos puntos de vista extremos de la Cámara y el Senado.

La Cámara quería que todos los hijos naturales, tanto los existentes al tiempo de entrar a regir la ley, como los concebidos posteriormente, llevaran la cuota hereditaria señalada en el artículo 18, aunque concurrieran hijos legítimos y éstos fueran de matrimonios anteriores a la ley.

El Senado acepta la concurrencia con estos legítimos, pero tratándose únicamente de naturales concebidos después de la vigencia de la ley. En estas condiciones un hombre soltero tenía hijos naturales cuando viniera la ley, esos hijos tenían la expectativa de heredar a su padre, pero si éste se llegaba a casar y procreaba un hijo dentro del matrimonio, los naturales quedaban totalmente excluidos.

Como es fácil ver, aunque la fórmula de la Cámara tenía un gran fondo de justicia en favor de los hijos naturales, que por haber sido concebidos la víspera de salir la ley no debían quedar privados de todo derecho, y la fórmula del Senado no quería que hijos de uniones extralegales anteriores vinieran a menoscabar a hijos del matrimonio, ambas fórmulas, especialmente la del Senado, eran defectuosas, o por lo menos de graves y a veces injustas consecuencias.

La fórmula transaccional que llegó a consagrarse en el artículo 28, tiene menos inconvenientes, porque, según ella, el hijo natural viene después de la ley, nadie niega el evidente derecho a que el estatuto bajo cuyo imperio llega a la vida, lo favorezca, haya hijos legítimos anteriores o posteriores a la ley. Si el hijo natural es posterior a la ley, y luego vienen hijos legítimos de matrimonios posteriores a la ley, estos descendientes no pueden cambiar la situación jurídica de aquel creada por la nueva legislación.

Pero el hijo natural anterior a la ley tampoco puede perjudicar a hijos del matrimonio anteriores.

Para la mejor inteligencia del artículo 28, conviene hacer saber que la Cámara de Representantes hizo constar en el acta de la sesión de fecha 20 de febrero de 1936, el siguiente aparte del segundo informe de la comisión del Senado, como explicación e interpretación auténticas de dicho artículo:

"... De acuerdo con las razones que dejamos expuestas, hemos considerado que el artículo objetado por la Honorable Cámara, puede modificarse en forma menos res-

trictiva, pero conservando su ideal cardinal, que es la de mantener los intereses de la familia legítima, originados por situaciones anteriores a la nueva ley. La fórmula que con tal fin nos permitimos proponer tiende a dejar protegidos esos intereses y al conceder, al mismo tiempo, mayores ventajas a los hijos naturales, estableciendo, al efecto, que la restricción que contiene el artículo objetado por la Honorable Cámara de Representantes, sólo tenga efecto en relación con los matrimonios anteriores a la fecha de la vigencia de la ley. De acuerdo con esta modificación, los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la nueva ley concurren solamente con los hijos legítimos de los matrimonios que se celebren después de que aquella empiece a regir, y los concebidos con posterioridad a la misma vigencia, concurren con los hijos legítimos tanto de los matrimonios anteriores a la nueva ley, como a los posteriores a ésta. Esta modificación que brinda a los hijos naturales concebidos antes de que la nueva ley empiece a regir, la oportunidad de concurrir a la herencia con la familia legítima de matrimonios posteriores a la vigencia de aquella, se inspira con una indiscutible base de justicia, sin chocar con situaciones jurídicas existentes, y concilian, al mismo tiempo, los puntos de vista de los criterios de la Honorable Cámara y del Honorable Senado".

El doctor Luis F. Latorre U., en el magnífico prólogo que hace al libro del doctor Valbuena, dice: "Yo he sido y soy amigo

de la fórmula adoptada en el artículo 28, por dos razones: porque me parece justa, juiciosa y prudente, y porque, no chocando con ciertos intereses tradicionales que por instinto de conservación se defienden, la ley no provocará protestas respetables ni reacciones peligrosas, tendrá la aceptación de toda la gente sensata, su aplicación y desarrollo disfrutará de una atmósfera propicia de general simpatía y la vía de su tránsito estará libre de tropiezos, lo que es una gran ventaja para la firmeza y perduración de la reforma".

CAPITULO VI

LA REFORMA DE 1.968 (LEY 75)

CAPITULO VI

LA REFORMA DE 1.968 (LEY 75)

Aunque muy tímidamente, la ley 75 de 1968, trae innegables avances en lo tocante al hijo natural y a sus derechos.

El primero de ellos es el consagrado en el artículo 1° que modifica al 2° de la ley 45 de 1936, en lo que al reconocimiento y a la acción de la investigación de la paternidad se refiere; ampliando los medios probatorios en los términos del inciso 2° del ordinal 1° de dicho artículo, que establece la oficiosidad del funcionario para indagar (en la misma diligencia de inscripción en el registro) por el padre y la madre del registrado, preguntando el nombre, apellido, identidad y residencia e inscribirá como tales a los que el declarante indique; con expresión de algún hecho probatorio y la protesta de no faltar a la verdad.

El inciso segundo del mismo ordinal primero ordena al funcionario que reciba la declaración, que se notifique ésta al padre dentro del término de los treinta días siguientes a la fecha de la inscripción si

éste no la hubiere firmado; de tal forma que, en la misma notificación, el notificado deberá expresar, al pie de la misma si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si se negare, el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores a fin de que inicie la investigación de la paternidad.

El inciso 3° de dicho ordinal, hace extensiva esta oficiosidad en el supuesto de que no se pueda llegar a notificar al presunto padre dentro del término, o que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre, de manera que de todas maneras se inicie la investigación.

Dentro del texto del artículo 1° que comento, la nueva ley al establecer los nuevos medios para el reconocimiento del hijo natural, crea una nueva configuración de lo que la doctrina ha dado en llamar presunción por confesión o confesión ficta o presunta, al establecer en el inciso segundo del ordinal cuarto que hace relación con la declaración o manifestación expresa y directa que ante un juez hace el padre con el fin de reconocer a su hijo.

El inciso segundo del numeral antes mencionado dice:

"El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serio. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación (hoy incidente).."

El hecho de que se mire como padre a quien pudiendo hacerlo no compareciere, máxime cuando sabe para qué se lo cita, debe tenerse como un indicio de que la legislación colombiana avanza en la medida en que se lo permiten la apatía de los legisladores por hacer del hijo natural, un ser que se incorpore a la sociedad sin vergüenza de ninguna naturaleza, que ya se han sentado precedentes encaminados a conseguir que algún día se cristalice la igualdad total entre el hijo legítimo y el mal llamado hijo natural.

Otra de las innovaciones de la ley en referencia es la contemplada en el artículo 2°, que estatuye que el reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento por los medios que establecen los ordinales 2°, 3° y 4° del artículo 1° de esta misma ley. Considero muy de justicia el hecho de que se pueda intentar la investigación y reconocimiento del hijo aún antes de nacer; puesto que si la ley protege al niño aunque todavía esté en el vientre materno, como en el caso del aborto y de los derechos herenciales del hijo póstumo, es muy justo que dicha protección se extienda hasta el reconocimiento del hijo natural antes del parto de la madre.

Siguiendo en los comentarios de la Ley 75 del 68, también hay que detenerse en el artículo 3° que modifica al 3° de la Ley 45 de 1936.

Me abstendré de hacer comentarios sobre el artículo 3° de la Ley 45 de 1936, pues ya los hice al tratar lo referente a los hijos naturales de la mujer casada (pág. 36). Considero que el legislador fue sabio al agregar al sistema anterior, algunas excepciones necesarias a la prohibición del reconocimiento del hijo de la mujer casada como natural. Al respecto el artículo 3° de la nueva ley dice:

" El hijo concebido por la mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo: 1° Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges."

Es ilógico pensar que si el hijo nace dentro del término en que los cónyuges no convivían bajo el mismo techo o que estuvieran legalmente separados judicialmente, o que se hallaren divorciados, hubiera de aplicársele la presunción de legitimidad de que habla el art. 213 de nuestro estatuto civil.

El ordinal 2° del artículo 3° de la ley que nos ocupa, era lo que se establecía en la parte final del primer inciso del primitivo artículo 3° de la Ley 45 del 36, y habla del desconocimiento que hace el marido de la legitimidad del hijo nacido durante el matrimonio en la oportunidad señalada por el título 10 del libro 1° del Código; sin embargo, agrega que además debe, este desconocimiento ser aceptado por la mujer y aprobado por el juez, con conocimiento de causa y la intervención personal del hijo, si fuere capaz o de su representante legal, si no lo fuere y en concurrencia del defensor de menores, si fuere menor.

El ordinal 3° del artículo que comento, establece la innovación de que el mismo hijo puede impugnar su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que uno de sus presuntos padres haya abandonado definitivamente el hogar conyugal. Quiere esto decir que si el hijo es presuntamente legítimo, puede probar que no lo es, en cualquier tiempo, puesto que la presunción de que se trata es de carácter legal y por tanto admi-

te prueba en contrario.

De otro lado, el artículo 6° de la ley de marras, trae importantes modificaciones al 4° de la Ley 45 de 1936 - deroga totalmente- en el aspecto de la presunción de la paternidad natural. Así que aumenta en número las causales y amplía las ya existentes, de manera que incluye como nueva causal la establecida en el ordinal 5° que a la letra dice:

" Si el trato personal y social por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrados con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previas en el inciso final del artículo anterior".

Antes de referirme al citado ordinal y para llevar una continuidad en este trabajo, consideraré en primera instancia, lo que el doctor Valencia Zea ha dado en llamar las "Reglas sobre la investigación de la maternidad y paternidad naturales", que es la materia sobre la que trata dicho artículo 6° de la ley precitada. Pero me concretaré en especial a la paternidad.

He querido transcribir al doctor Arturo Valencia Zea (Derecho Civil, tomo V Derecho de Familia, pág. 548), por considerar que sus opiniones están reconocidas dentro del ámbito del derecho civil colombiano, como "plenas de erudición jurídica y de la claridad y sencillas, características de las obras clásicas", al decir del eminente civilista ceretano, doctor Manuel Mendoza Herrera.

El doctor Valencia Zea en la obra citada dice:

" II. - En lo tocante a la paternidad natural, ésta sólo se establece por el reconocimiento voluntario del padre en la forma que ya

expusimos; a falta del reconocimiento, el hijo tiene que investigar judicialmente su paternidad.

Antes de la expedición de la Ley 45 de 1936, se prohibía en Colombia que los hijos investigaran judicialmente su paternidad. La citada ley lo permitió, siguiendo muy de cerca el sistema francés consagrado por la ley del 16 de noviembre de 1912 (Nueva redacción dada al art. 340 del CODE).

Si bien es cierto que el proyecto primitivo, del que autor Gustavo A. Valbuena, "dejaba ampliamente abierta la puerta de la investigación para acreditar aquel hecho, el de la paternidad natural, con todos los medios adecuados de la tarifa legal de pruebas y cualesquiera que fueran las circunstancias", no obstante, el Congreso de la República limitó la investigación a los casos expresamente contemplados en el artículo 4° de la Ley 45 de 1936, artículo complementado con la Ley 75 de 1968 con un caso nuevo.

Tanto el sistema francés como el colombiano tienen las siguientes características:

- 1a. Ambos representan un "espíritu de moderación y conciliación, al mismo tiempo que se inspiran en un fin de justicia y humanidad; ambos realizan una transacción aceptable entre intereses antagónicos que se enfrentan, el de las relaciones al margen del matrimonio; el dogma de la irresponsabilidad del padre natural se destruye en gran parte, sin que se abran las puertas al abuso y a las tentativas de chantaje provenientes de la mujer".

" 2a. En ninguno de los dos sistemas se echa por tierra de manera definitiva la regla que prohíbe la investigación de la paternidad natural, ya que tanto en el uno como en el otro sigue rigiendo, salvo los casos expresamente enumerados por la ley. Por lo tanto, si el hijo no se encuentra colocado en uno de esos casos en que excepcionalmente se permite la investigación de la paternidad natural, carece de personería para ejercer la acción. Los citados casos son, pues, de interpretación restrictiva, y por ello, aun cuando el juzgador llegue al pleno convencimiento de que determinado hombre es el padre natural de determinado hijo, al margen de los citados casos, no podrá declarar la paternidad. (Ley 45 de 1936, Art. 29) "

Hasta aquí las aseveraciones del maestro Valencia Zea.

Salta del análisis del artículo 6° de la ley que nos ocupa, que resultan entonces, seis casos en que hay lugar a declarar la paternidad natural, a saber:

- a) Cuando ha habido rapto o violencia sobre la mujer que después fue madre.
- b) Cuando ha habido seducción.
- c) Cuando existe carta u otro escrito que equivalga a confesión de paternidad.
- d) Cuando han existido relaciones sexuales notorias entre la madre y el presunto padre en la época en que se presume la concepción.

- e) Por el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo o el parto.
- f) Por la posesión notoria del estado del hijo. (Ley 45 de 1936, Art. 4°, nueva redacción de la Ley 75 de 1968).

Seguidamente entraré a considerar cada uno de los anteriores casos:

El primero de éstos es el contemplado en el ordinal 1° del artículo en cita y se refiere al rapto o violencia ejercidos sobre la mujer que luego fue madre. Como quiera que el rapto y la violencia son dos figuras delictivas claramente diferenciadas y tipificadas ambas en el derecho penal, puede decirse que se trata de dos casos englobados en uno solo. Sin embargo, para el derecho civil solamente tiene importancia el hecho de que realmente se hayan configurado los delitos, con los requisitos establecidos de antemano para estos casos y que son:

- 1) La consumación de dichos ilícitos, y
- 2) La relación de causalidad entre el rapto y la violencia y el nacimiento del ser humano que ejerce la acción.

Para lo que incumbe al derecho civil, se entiende consumado el rapto y la violencia, cuando, el raptor o violentador haya tenido relaciones sexuales completas con la mujer raptada o violentada.

En lo que toca al nexo o relación de causalidad entre el rapto o la violencia y el nacimiento de un nuevo ser humano, para que pueda presumirse la paternidad, se requiere que el nuevo

ser sea producto de las relaciones carnales habidas entre el raptor o violentador y la mujer raptada o violentada. La comprobación se hace fácilmente dando aplicación al artículo 92 del Código Civil, es decir, que habrá lugar a presumir la paternidad en el caso de que el hijo nazca dentro de los ciento ochenta días subsiguientes a la consumación del rapto y los trescientos días posteriores a éste, porque así habrá una relación o nexo de causalidad entre el hecho de haberse consumado el rapto o la violencia y el nacimiento del niño.

El ordinal 2° del artículo citado, establece que habrá lugar a presumir y por lo tanto, a declarar la paternidad natural, si hubiese mediado "... seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa formal de matrimonio".

Es preciso que se analicen, antes de entrar en materia, los conceptos de seducción y lo que se debe entender por promesa de matrimonio o esponsales; la seducción, según nuestro derecho penal, sólo se comete con mujeres mayores de catorce años, puesto que se supone que a la menor de esta edad se le puede engañar más fácilmente por ausencia de discernimiento y se cometería entonces el delito de violencia.

Además, debe acreditarse un hecho que haga verosímil el dolo, según el decir del doctor Valencia Zea, quien además nos trae varios ejemplos muy descriptivos sobre el tema: "... del curador con respecto a su pupila, o del alcalde de un municipio a la mujer de poca cultura, y la promesa de matrimonio o de esponsales". Todos los anteriores ejemplos nos dan una idea de lo que debe entenderse por seducción, que es sinónimo de en-

gaño, de tramposería.

Enconadas han sido en verdad las discusiones que se han formado acerca de lo que debe entenderse como promesa formal de matrimonio, sobre todo en los círculos penales, puesto que este elemento es configurativo del delito de estupro. Algunos sostienen que sólo hay promesa de matrimonio cuando se ha hecho la ceremonia de pedir la mano o de celebrar en acto público o privado, con la anuencia de los padres de la novia, el compromiso. Otros, por el contrario, aducen que el solo comportamiento del hombre con respecto a la mujer, es un indicio a favor del matrimonio que habría de celebrarse eventualmente, como por ejemplo el hecho de presentar a la mujer como su novia, visitar la casa de los padres de ésta en calidad de novio, etc. La jurisprudencia francesa sostiene que el hecho de que dicha promesa haya sido hecha de mala fe no importa; lo que importa es que ésta haya sido la causa que determinó la consumación del contacto sexual.

Siguiendo el orden lógico de los números, me es forzoso detenerme en el ordinal 3° del artículo 6° de la ley en comento, y que establece como causal la existencia de "... carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad".

De lo anterior, se colige que deben ser documentos distintos a los que se refiere el artículo 2° de la Ley 45 de 1936, sobre todo aquellos escritos que no lleguen a ser públicos, sino privados especialmente.

Pero pueden tratarse también de instrumentos públicos, por ejemplo, los otorgados ante los alcaldes, recaudadores de impuestos, etc.

El principal de estos documentos y el más común es la carta, no importa que sea dirigida al presunto hijo directamente; puede ser a su amante, a su hijo legítimo, a un hermano, al director del colegio en donde estudie el hijo, etc.

Sin embargo, la ley admite cualquier otro documento que emane del padre y que contenga una confesión inequívoca de paternidad; como lo sería la firma del padre en el registro de matrículas del colegio en donde estudie el hijo en la parte cuyo encabezamiento diga: "Firma del Padre". En este caso, la firma sola del padre constituye una confesión inequívoca de paternidad. De igual manera la firma estampada en los formularios que sirven para las declaraciones de renta, otorgados ante los funcionarios de hacienda, si allí se denuncia al hijo para conseguir las respectivas exenciones de impuestos.

Si el escrito debe emanar del padre, es necesario que esté firmado por éste. Si es analfabeta, se aceptará la firma de otra persona que lo haya hecho a ruego.

Otro requisito que deben contener dichos escritos, es que sean inequívocos, es decir, que no se presten a interpretaciones diversas. Las expresiones "mi querido hijo", "tu padre", representan confesiones inequívocas de paternidad.

Según el ordinal 4° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936, modificado por el 6° de la Ley 75 de 1968, se hará la declaración de

paternidad natural: "En el caso de que entre el presunto padre y la presunta madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil, pudo haber tenido lugar la concepción.

" Dichas relaciones pueden inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar, y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad."

" En el caso de este ordinal - sigue diciendo el referido artículo - no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió el hijo como suyo."

De la redacción de la parte final del 2º inciso del comentado ordinal, debe deducirse que, en cuanto a las pruebas de las relaciones sexuales, éstas deben hacerse de manera indirecta, es decir, de conformidad con la conducta de los amantes. Así lo establecía la jurisprudencia nacional antes de la redacción de dicho artículo 6º de la Ley 75 de 1968, que no hace otra cosa que recoger dicha jurisprudencia y precisarla.

Salta entonces a la vista que la prueba por excelencia es la testimonial, pues si bien es cierto que la nueva redacción suprimió las exigencias de que dichas relaciones deberían ser "notorias y estables", deben revestir cierta notoriedad o exteriorización,

puesto que la prueba proviene de terceros, que alguna forma se enteraron y fueron testigos de esas relaciones; sin embargo, esta notoriedad o exteriorización frente a otras personas, de la conducta de los amantes, es relativa y varía, según los lugares, según la posición social y otras circunstancias, conforme lo indica claramente el artículo que se glosa.

La prueba en este caso se hace bastante fácil cuando existe comunidad de habitación; no así cuando ésta falta. En Colombia, las relaciones sexuales revisten muy variadas formas, de acuerdo con el lugar geográfico. Es así como en la Costa Atlántica son muy notorias y no es raro oír el comentario de que "fulano tiene como querida a fulana de tal", sin que nadie se escandalice o sorprenda por tal hecho. No sucede así en los departamentos del interior de la República, (departamentos de Boyacá, Cundinamarca, Antioquia, etc.), en donde dichas relaciones suelen ser muy íntimas, pues los amantes no quieren que el público se dé cuenta de sus relaciones. En todo caso, al decir del maestro Valencia Zea, "... el trato de amantes debe exteriorizarse de algún modo, ya sea ante familiares y amigos o ante el vecindario, pues de lo contrario la prueba sería imposible."

Debe agregarse, además, que las relaciones entre el hombre y la mujer deben haber existido durante el tiempo en que - según el artículo 92 del Código Civil - se presume la concepción, conforme lo dice claramente el ordinal 4° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936, y de acuerdo con lo que tiene establecido la jurisprudencia.

Las dos últimas causales que autorizan la declaración de pater-

nidad natural, las contemplan los ordinales 5° y 6° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936, reformado por el 6° de la Ley 75 de 1968. En el numeral citado se estatuye que:

"Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuera, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior".

En armonía con esta causal de investigación de paternidad, se encuentra lo que dispone el artículo 8° de la Ley 75 de 1968:

"Los jefes de hospitales, clínicas o casas de salud que reciban a una mujer embarazada y los médicos tratantes, tomarán los informes y practicarán los exámenes necesarios para establecer la fecha probable de iniciación del embarazo y las características heredo-biológicas del paciente, a quien indagarán por el padre; igualmente, ocurrido el alumbramiento, anotarán los caracteres de la criatura y la duración de su gestación. Todos estos informes serán suministrados al Juez de Menores, quien los tendrá en cuenta en el proceso de investigación de la paternidad a que hubiere lugar".

En el caso de que sea el mismo hombre quien lleve a la mujer al hospital, se configurará lo establecido en el ordinal 5°. Desde luego, es necesario que el hombre que atiende a la mujer durante el parto o embarazo, exprese claramente que lo hace en condición de padre del niño y marido de la mujer. Si, además, el presunto padre firma el libro o libros de la clínica u hospital,

expresando ser el padre, nos encontraremos ante un escrito hábil para investigar la paternidad natural, a tenor de lo dispuesto en el ordinal 3° del citado artículo.

En lo que atañe a la posesión notoria del estado de hijo, el ordinal 6° dispone que:

"Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo", hay también lugar a declarar la paternidad.

Cuando el padre ha reconocido ante familiares y amigos que determinada persona es su hijo, cuando le permite usar su apellido, atendido su crianza y educación y lo ha establecido, por lo cual, los parientes y amigos, o el vecindario del domicilio en general han tenido a esa persona como hijo de dicho padre, se produce la posesión notoria del estado civil de hijo natural, y, correlativamente, la de padre natural.

La duración de la posesión notoria del estado de hijo natural, debe haber durado por lo menos cinco años (Art. 398 del Código, reformado por el Art. 9° de la Ley 75 de 1968). Es de anotar que el primitivo artículo 398 establecía que la posesión notoria debía haber durado diez años. Así es como se establece un tiempo más corto de lo que resulta de la nueva redacción del artículo precitado, y que mejora en mucho el estatus jurídico o sea la posición ante el derecho, del hijo extramatrimonial o el llamado erróneamente "hijo natural".

En dos ocasiones en este trabajo me he referido al desacierto de llamar NATURAL al hijo habido fuera del matrimonio, puesto que

todos los hijos, ya sean los nacidos de concubinato, matrimonio civil o católico, son producto de un fenómeno natural, de la naturaleza.

Muy personalmente estoy de acuerdo con que se les llame simplemente extramatrimoniales a los nacidos fuera del matrimonio y matrimoniales a los que no lo son.

Otra de las innovaciones que trae consigo la nueva Ley (75 de 1968), es en el aspecto probatorio que ya no se reduce solamente a las causales del artículo 6° y que se establecen en el artículo 7° de la ley que comento, sino que se crean otros medios probatorios que serán válidos dentro del proceso de investigación de la paternidad natural. El antes dicho artículo reza así:

" Artículo 7° En todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antropo-heredo-biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres fisiológicos, patológicos, morfológicos e intelectuales transmisibles que valorará, según su fundamentación y pertinencia.

" La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes, será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias".

" Parágrafo:

" El juez podrá también en todos estos juicios pedir que la respectiva administración o Recaudación de Hacienda Nacional certifique si en la declaración de rentas del presunto padre hay constancia de que el hijo o la madre o ambos han figurado como personas a cargo del contribuyente."

Se constituye la genética en una nueva ciencia auxiliar de la justicia. De todos es conocido los innegables avances que ha tenido la ciencia en este campo, hasta el punto de determinar en un preciso momento, quién o quiénes son sus padres, partiendo de exámenes clínicos de laboratorio. De esta manera, siguiendo los adelantos de la época en que vivimos y acorde con las circunstancias, también evoluciona nuestro Derecho, en forma saludable para las instituciones.

El artículo 10° de la ley de marras modifica el 7° de la Ley 45 de 1936, quedando en la nueva redacción así:

" La regla de los artículos 395, 398, 399, 401, 402, 403 y 404 del Código Civil se aplican también al caso de filiación natural.

" Muerto el presunto padre, la acción de investigación de la paternidad natural, podrá adelantarse contra los herederos y su cónyuge.

" Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos y a sus ascendientes.

" La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirán efectos patrimo-

niales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción".

Antes de 1945, se pensó que muerto el padre natural, se extinguía definitivamente la acción de investigación de paternidad natural; pero a partir de ese año la jurisprudencia nacional estableció que, muerto el padre, la acción podría dirigirse contra los herederos.

La Ley 75 de 1968, al dar una nueva redacción al artículo 7° de la Ley 45 de 1936, acogió la jurisprudencia en los términos del inciso 2°, pero la modificó ostensiblemente en el inciso 4° del citado artículo al disponer que, para que la sentencia que declare la paternidad tenga efectos patrimoniales, la demanda debe notificarse a los herederos "dentro de los dos años siguientes a la defunción".

El doctor Arturo Valencia Zea en su magnífica obra, comenta así dicho aparte:

"... Es elemental que los efectos patrimoniales de la acción de investigación de paternidad natural que se ejerce después de la muerte del padre natural, no son sino los derechos hereditarios que al hijo natural se otorgan a la muerte de aquél. Justamente, en Colombia se venían ejerciendo al mismo tiempo dos acciones conjuntas después de la muerte del presunto padre: la investigación judicial de la paternidad natural (y que es acción de estado civil), y la acción de petición de herencia, o sea el derecho a participar en la sucesión; esta es acción patrimonial".

De lo anterior, se colige que el legislador de 1968 quiso sepa-

rar las dos acciones, diciendo que el hijo podrá ejercer la acción de paternidad natural en cualquier tiempo después de la muerte de su padre; y la acción patrimonial de petición de herencia únicamente dentro de los dos años después de la muerte. Es decir, que la primera es imprescriptible, mientras que la segunda prescribe en dos años. No cabe duda, de que conceptualmente hablando, deben distinguirse y separarse las dos acciones, mirando la primera como causa de la segunda y a ésta como consecuencia necesaria de la primera. Pero sucede que, en la práctica, la situación es muy distinta; puesto que quien invoca su calidad de hijo natural, es casi siempre persiguiendo su vocación hereditaria, pues como dijimos anteriormente, el efecto principal de cualquier filiación natural que se incoe después de la muerte del presunto padre, es el título de heredero. Porque quien no es hijo, carece de tales derechos. Por lo tanto, al decir del profesor Valencia Zea:

"... es una ironía otorgar acción de estado civil en forma indefinida después de la muerte del padre natural, y castigar con una prescripción corta de dos años la patrimonial relativa a los derechos hereditarios".

En cuanto al inciso final del artículo precitado, el autor Valencia Zea trae un excelente comentario, que, por estar ajustado de tal manera a mis sentires, transcribiré textualmente. En consecuencia dejaré que el profesor habla por mí:

"Agrega el citado artículo, que la sentencia que declara la paternidad sólo produce efectos patrimoniales contra quienes fueron notificados dentro de los dos años siguientes a la defunción. Estos representan una manifiesta anomalía. Supóngase cuatro hijos legítimos, un capital de \$500.000,00 y un hijo natural que

inicia la acción de investigación de paternidad natural después de la muerte del padre; si sólo dos hijos son notificados dentro de los dos años, y los otros dos, una vez vencido este término, no habrá forma de hacer el reparto sino así: Para cada hijo legítimo notificado en término, corresponden \$100.000,00 y al hijo natural, \$50.000,00; para cada hijo legítimo notificado fuera de término corresponden ciento veinte mil pesos (sic).

" En resumen, en lo futuro no siempre habrá lugar a repartir una herencia por partes iguales entre los hijos legítimos, sino que unos recibirán una porción superior a la de otros. Y si cambiamos el ejemplo, suponiendo cuatro hermanos, y el mismo capital y un hijo ejerciendo en las mismas condiciones la acción, resultará que dos hermanos, heredan cada uno la cuarta parte y dos se quedarán sin herencia.

" Pero en todo caso, lo más crítico de esta corta prescripción de dos años estriba en que comienzan a contarse a partir de la defunción del padre, sin distinguir la edad del hijo. Si tiene apenas un año cuando falleció el padre, y no existe interesado en ejercer la acción en nombre del hijo, la acción prescribe igualmente a los dos años".

Cabe ahora preguntarnos si se extingue la acción de investigación de la paternidad natural, a la muerte del hijo? Estatúyense dos casos según la Ley 75 de 1968, al modificar con su artículo 10° al 7° de la Ley 45 de 1936: "fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos, y a sus ascendientes".

En el caso que nos ocupa, los ascendientes son el padre y la madre naturales; y éstos no necesitan ejercer acción alguna puesto que les será suficiente reconocer a su hijo por cualquiera de los medios legales.

Nótese que la acción no se otorga a los hijos naturales del hijo natural muerto, sin ser reconocido en vida de su padre. Aquí debe distinguirse claramente entre el caso en que el hijo natural muerto era titular de la acción y fallece antes de haberla ejercido, del caso en que el hijo, al morir no era titular de dicha acción. En el primer caso nos hallamos ante los principios generales; en el segundo, ante el caso concreto que pretende reglamentar el artículo 7° de la Ley 45 de 1936, en la nueva redacción del artículo 10° de la Ley 75 de 1968.

Pongamos un ejemplo del primer caso: Si el 1° de enero de 1968 muere Pedro y deja a Juan, su hijo natural, sin reconocer; y éste a su vez tiene un hijo natural -Pablo-; en el supuesto de que el 30 de enero de 1968 fallezca Juan, ¿podrá Pablo (suponiendo que tiene establecido su estado civil en relación con Juan) solicitar la declaración de paternidad natural de su padre con respecto de Pedro? Naturalmente que puede ejercer la acción encaminada a recoger la herencia que a Juan le hubiera correspondido en la sucesión de Pedro; y la puede ejercer, porque Juan era titular de la acción y por herencia se ha transmitido a Pablo.

En el segundo de los casos, si el 30 de enero de 1968 fallece Pedro, y Juan había fallecido el 1° de enero de ese año, Pablo no podrá ejercer la acción de investigación para que se declare que Juan fue hijo natural de Pedro. Lo anterior, en razón de que el nuevo artículo 7° de la Ley 45 de 1936 no lo permite. Esta última limitación no se justifica de ninguna manera.

En lo que a la patria potestad (hoy POTESTAD PARENTAL) se refiere, el artículo 62 del Código Civil Colombiano (nueva redacción del Decreto 2820 de 1974), y el 15° de la Ley 45 de 1936 (nueva redacción del artículo 21 de la Ley 75 de 1968) extendieron dicha potestad a los hijos naturales, consiguientemente ésta dejó de ser patrimonio exclusivo de la familia legítima. Sin embargo, la potestad parental no se ejerce lo mismo sobre los hijos legítimos que sobre los naturales.

El artículo 62 del Código Civil otorgó el ejercicio de la potestad parental sobre los hijos naturales, a los padres, quienes la ejercerán conjuntamente. Cuando se trate de hijos extramatrimoniales -agrega el citado artículo 62 - (párrafo 3° del ordinal 1°), "podrá el juez, con conocimiento de causa y, a petición de parte, conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres, o poner bajo la guarda al hijo, si lo considera más conveniente a los intereses de éste".

La ley, como resultado del análisis del artículo anterior, le da al juez amplios poderes discrecionales, quien puede quitar en determinado momento la potestad parental a uno de los padres y otorgársela al otro, siempre que lo considere conveniente para los intereses del hijo. Además, puede también, si lo considera, colocar al hijo bajo guarda, si ve que es perjudicial para él, la potestad parental de ambos cónyuges.

El artículo 16 de la ley 45 de 1936 dispone:

"No obstante el ejercicio de la patria potestad, subsiste para la persona casada la prohibición de tener un hijo natural en su casa, sin el consentimiento del otro cónyuge".

O sea que el padre o la madre no podrán ejercer la potestad parental sobre el hijo natural, si están unidos a otra persona en matrimonio, sin el consentimiento de ésta.

Según el artículo 15 de la Ley 45 de 1936 (nueva redacción del artículo 21 de la Ley 75 de 1968), se aplicarán para el hijo natural, las mismas reglas que rigen para el legítimo, sobre la potestad parental. En cambio, en el primitivo artículo 15 de la misma ley 45 de 1936, el padre o la madre naturales debían ejercer la potestad parental con las limitaciones impuestas a los guardadores.

Por consiguiente, todo lo establecido para los hijos legítimos sobre el contenido, ejercicio, responsabilidad civil y penal, extinción de la potestad parental, debe entenderse también establecido para los hijos y padres naturales.

Se podría decir que la Ley 75 de 1968 quiso gobernar las relaciones personales entre el hijo natural y él o los padres naturales, con el mismo criterio con que se gobiernan dichas relaciones entre padres e hijos legítimos.

Una de las reformas más importantes de la nueva ley, es la establecida en el artículo 30, que a la letra dice:

" En las sucesiones que se abran después de la sanción de la presente ley, los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, tendrán, aún en concurrencia de hijos legítimos de matrimonios anteriores, los derechos hereditarios que al hijo natural confiere la citada ley. Queda así modificado el artículo 28 de la Ley 45 de 1936".

Digo que fue la más importante, puesto que ya desaparecieron las causales que llevaron al legislador de 1936 a hacer la concesión de que hablé en los comentarios hechos al citado artículo 28 y que tuvo muchas víctimas inocentes en Colombia.

85

Terminaré el estudio de la reforma de 1968, con un breve comentario sobre lo dispuesto en el artículo 31 de la misma y que establece la obligación de dar alimentos, tanto "A los hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales", como también "A los ascendientes naturales".

Era de elemental justicia, que, si se le daba al hijo natural, con respecto de su padre y viceversa el mismo tratamiento que al legítimo, en cuanto a las relaciones de respeto, obediencia, socorro, corrección, etc., no es menos lógico que se le conceda al hijo natural el derecho de exigir alimentos a su padre y viceversa.

CONCLUSIONES

C O N C L U S I O N E S

Nuestra Legislación Civil, como se ha visto, ha venido evolucionando en relación con el tratamiento que se les debe dar a los hijos legítimos y a los extramatrimoniales en relación con su crianza, alimentos, educación y herencia, y observamos que los diferentes legisladores han venido favoreciendo al hijo extramatrimonial, procurando buscar, dentro del medio en el cual les ha correspondido actuar, una justicia equitativa.

Muchos han sido los proyectos presentados al Congreso, en procura del mejoramiento al hijo extramatrimonial, pero dos se han convertido, con algunas modificaciones, en leyes que han dado un avance definitivo en esta materia, la 45 de 1936 y la 75 de 1968.

Por la ley 45 de 1936, se establecieron dos grupos de hijos: los legítimos y los naturales, quedando abolida la discriminación que se hacía antes entre hijo adulterino e incestuoso (de dañado y punible

ayuntamiento), simplemente ilegítimos e hijos legalmente naturales. Se permitió, además, el reconocimiento en juicio de la paternidad. La representación del hijo natural se le dio a la madre, pero en ciertos casos, también la podía tener el padre. Y por último, se mejoró el derecho del hijo natural frente al legítimo.

Por la ley 75 de 1968, se aumentaron las causales para el reconocimiento del hijo natural y hay mayor amplitud para la investigación de la paternidad.

Quedó consagrado que la acción de petición de herencia para los efectos económicos patrimoniales que se derivan de ella, en caso de defunción del presunto padre, sólo la puede ejercer el hijo dentro de los dos años siguientes a la defunción. Para que este fallo tenga efecto patrimonial, y dejó imprescriptible la acción de simple estado, tal como la estatuye el Código Civil.

El proyecto primitivo de la Ley 75 de 1968, propuso importantes y delicadas reformas al régimen herencial consagrado en el Código Civil y en la Ley 45 de 1936, en los artículos 30 al 37, en los cuales la Comisión Primera del Senado no consideró oportuno modificar y estimó con más acierto aplazar su decisión para una reforma directa y amplia del Código Civil.

Los problemas jurídicos planteados por los hijos naturales son difíciles de resolver, y en ellos se presentan divergencias porque la ley no puede dejar desprotegidos a aquel hijo de padres que al momento del nacimiento no están casados. Los hijos no son responsables del origen de su nacimiento, así que la legislación tiene que pronunciarse sobre este hecho.

El profesor Arturo Valencia Zea se refiere a este asunto en su magnífica obra ya citada, y al respecto pregunta: "... Podrá la legislación negar efectos jurídicos a un estado de hecho para proteger los estados de derecho, o deberá tener en cuenta unos y otros...?" En líneas generales, pueden distinguirse tres grandes tendencias a este respecto. La primera, el Estado sólo debe reconocer efectos jurídicos a los estados de derecho, y a los estados de hecho, formados al margen de la ley se les debe negar todos los efectos jurídicos. Segunda tendencia, iguala el hijo natural con el hijo legítimo al ojo del legislador, vale decir, que el estado de hecho debe tener la misma significación jurídica que el estado de derecho. Y por último hay una tendencia intermedia, para que el hijo natural encuentre la protección de la ley, aunque sin asimilarlo al hijo legítimo'.

En Colombia, antes de la Ley 45 de 1936, estuvo en vigencia la primera tendencia a fin de proteger debidamente al matrimonio y la filiación legítima, y por eso los legisladores de la época no reconocieron efectos jurídicos a la condición de hijos naturales o extramatrimoniales, hasta el extremo de ni siquiera admitirlos como alumnos en ciertos establecimientos de educación. En el mismo año de 1936, cuando vino la reacción a tan injustas medidas, se dictó la Ley 32, sobre "igualdad de condiciones para el ingreso a los establecimientos de educación", que complementa la reforma de ese año sobre "filiación natural", disponiendo que "ningún establecimiento de educación primaria, secundaria o profesional, podrá negarse a admitir alumnos por motivos de NACIMIENTO ILEGITIMO, diferencias sociales, raciales y religiosas".

Parece mentira que la sevicia social contra los hijos habidos fuera de matrimonio, hubiese llegado hasta el extremo incalificable de

dejarlos fuera de la puerta de muchos establecimientos educativos. La hipocresía social que tolera las faltas de los hombres, mientras no les acarreen responsabilidades pecuniarias, se había alojado también, lo que es inaudito, en algunas entidades de beneficencia infantil, donde se negaba alimento al niño hambreado que no llevara la partida de su filiación legítima.

Y tener que decir que esa ley 32 de 1936, ley humanitaria, sana, noble, generosa, en una palabra, cristiana, hubo de provocar la airada protesta de los reverendísimos y cristianísimos prelados colombianos de la época, que olvidaron, tal vez por un estúpido fanatismo, por lo menos dos de las obras de misericordia: Enseñar al que no sabe y dar de comer al hambriento.

Los hijos naturales, antes de la Ley 45 de 1936, no heredaban a sus padres en concurrencia con los legítimos, ni inquirir la paternidad, ni pedir alimentos, salvo casos excepcionales.

Después de la ley 45 de 1936, la tendencia mixta fue la que tuvo en mente el legislador, y por eso se le dieron al hijo natural unos derechos nuevos, concurrir con los legítimos a recibir la herencia, poder investigar la paternidad, el menor podría ser representado por su madre o su padre. Esto último ha sido más real con el hecho de la existencia del hijo extramatrimonial y todavía como lo analizamos antes, fue necesario un avance mayor de la legislación en materia de hijos extramatrimoniales y legítimos y por eso llegamos a la ley 75 de 1968, que fue, sin embargo, tímida para adoptar un régimen sucesoral mejor que el que nos dio la Ley 45 ya citada.

El hecho de no legislar en favor del hijo extramatrimonial no ha servido para proteger el matrimonio, pues día a día hay mayor número

de hijos extramatrimoniales, con el agravante de que si hay una legislación que responsabilice a los padres todos los días vamos creando unas diferencias sociales que repercuten en la estabilidad de nuestro país. Ya hemos visto que los hijos no son responsables de su nacimiento ni tienen culpa de ello, luego sancionarlos a ellos por razón de su origen no corresponde a una justicia social que debe implantarse. La falta contra el estado de derecho consagrado en el matrimonio es de los padres y precisamente hay que buscar las normas adecuadas para que exista una mayor responsabilidad de ellos.

Fuera de lo contemplado en la Ley 75 de 1968, denominada "Paternidad Responsable", es necesario poner otras normas que favorezcan al hijo como tal y que responsabilicen a sus padres.

Hacer pagar a los hijos las culpas de sus padres, no es cristiano, ni justo, ni equitativo, sino por el contrario una evidente y grave injusticia. El hijo es un ser igualmente sagrado para sus padres sea que nazca dentro del matrimonio de éstos o fuera de él.

En la declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos existe el principio de que se prohíbe toda discriminación por causa de "origen" y es precisamente lo que existe en Colombia con relación con los derechos herenciales. Si una persona nace fuera de matrimonio se le disminuyen sus derechos, respecto de los que se otorgan a los nacidos dentro del matrimonio, es decir, se está haciendo una clara discriminación contra los primeros, en razón de su origen, además una de las conquistas de una auténtica democracia, consiste en consagrar una real igualdad social que excluye diferencias como las existentes en el país, con mayor razón cuando más de la mitad de los nacimientos aquí registrados, son extramatrimoniales.

Esta igualdad social responde a un principio que en el mundo actual es indiscutible, el de darle igualdad jurídica, es decir, igualdad de derechos y obligaciones, a todas las personas, sin discriminación de origen, sexo, raza o religión.

En varias declaraciones de los Derechos Humanos que se han formulado en los últimos años, dicho principio ha tenido reiterada proclamación.

Obviamente, en estados de derecho y democráticos por consiguiente, la vigencia de dicho principio se hace más imperativa, pues en la moderna democracia es insostenible la discriminación que otorgue privilegiados derechos a grupos o castas o personas, frente a otros u otras, por la sola razón de su diferente origen, raza o religión.

Ahora bien, cuando la legislación actual discrimina una clase de hijos de otra, porque los primeros tuvieron la suerte de nacer en uniones legalizadas por el vínculo de un matrimonio religioso o civil, mientras que los segundos tuvieron menos suerte al nacer de uniones extramatrimoniales, está violando las mencionadas declaraciones de los Derechos Humanos y violando el principio constitucional de que todas las personas tienen derecho a ser consideradas en plano de absoluta igualdad frente a la ley y a la misma constitución.

La verdadera democracia es la que otorga a todas las personas igualdad de oportunidades, de tratamiento legal, de derechos y obligaciones en situaciones similares. Y nadie puede discutir seriamente que la situación de hijo es igualmente sagrada y humanamente idéntica, frente a sus padres, cualquiera que sea la calidad de la unión que produjo sus vidas. Puede que frente a prejuicios sociales que el mundo contemporáneo tiende a eliminar, se haga una injusta discriminación al

respecto, en razón de las condiciones legales del vínculo que une a sus padres, pero los hijos no deben pagar con desigualdad de tratamiento, la conducta criticable de sus padres, porque es tanto como aplicar una sanción a quien es ante Dios y ante la sociedad totalmente inocente de dicha conducta; esto es injusto, injurídico y contrario a la más elemental equidad.

Todos los hijos deben ser considerados iguales ante sus padres y ante la ley, o de lo contrario, es conservar discriminaciones que el mundo democrático contemporáneo rechaza.

Las anteriores, simples y breves consideraciones, conducen a una inexorable conclusión: Deben borrarse de la legislación colombiana las últimas discriminaciones que quedan contra los hijos nacidos fuera del matrimonio. Para que nuestra democracia legislativa resulte tan verdadera como nuestra democracia política. 2

En el Congreso de la República cursa un proyecto de ley, aprobado por la Cámara, por medio de la cual "se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios", que por ser la obligada conclusión de este trabajo me permitiré transcribir:

PROYECTO DE LEY NUMERO 49 DE 1978

El Congreso de Colombia

Decreta:

Art. 1° - Adiciónase el artículo 250 del Código Civil con el siguiente inciso:

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

Art. 2° - El artículo 1040 del Código Civil quedará así:

Son llamados a sucesión intestada: los descendientes; los hijos adoptivos; los ascendientes; los padres adoptantes; los hermanos; los hijos de éstos; el cónyuge supérstite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Art. 3° - El artículo 1043 del Código Civil, quedará así:

Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de los hermanos.

Art. 4° - El artículo 1045 del Código Civil, quedará así:

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

Art. 5° - El artículo 1046 del Código Civil, quedará así:

Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximos, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabeza.

No obstante, en la sucesión del hijo adoptivo en forma plena, los adoptantes excluyen a los ascendientes de sangre; en la del adoptivo en forma simple, los adoptantes y los padres de sangre recibirán iguales cuotas.

Art. 6° - El artículo 1047 del Código civil, quedará así:

Si el difunto no deja ascendientes ni descendientes, ni hijos adoptivos, padres adoptantes, le sucederán los hermanos y su cónyuge. La herencia se divide la mitad para éste y la mitad para aquellos por partes iguales.

A falta de cónyuge, llevarán toda la herencia los hermanos y a falta de éstos, aquél.

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

Art. 7° - El artículo 1050 del Código Civil, quedará así:

La sucesión del hijo extramatrimonial se rige por las mismas reglas que las del causante legítimo.

Art. 8° - El artículo 1051 del Código Civil, quedará así:

A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, hermanos y cónyuge, suceden al difunto los hijos de sus hermanos.

A falta de éstos, el Instituto de Bienestar Familiar.

Art. 9° - El artículo 1240 del Código Civil, quedará así:

Son legitimarios:

1° - Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial;

2° - Los ascendientes

93

3° - Los padres adoptantes;

4° - Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple.

Art. 10° - Quedan derogados el artículo 1043 del Código Civil, la ley 60 de 1935, Art. único, y las demás disposiciones que fueren contrarias a la presente ley.

Art. 11° - Esta ley rige desde su promulgación.

En los anteriores términos fue aprobada este proyecto de ley por la Comisión Primera Constitucional Permanente en su sesión del día 29 de noviembre de 1978. (Cámara de Representantes)".

De llegarse a aprobar definitivamente el anterior proyecto, no cabe duda de que sería un gran adelanto que situaría a Colombia en pie de igualdad con los muchos países del mundo y de América Latina que la tienen consagrada desde hace bastante tiempo. Definitivamente, Colombia no puede seguir a la zaga de aquellos países en una materia tan íntimamente ligada con el concepto actual de la verdadera democracia.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ANALES DEL CONGRESO - Revistas Nos. 86 y 102 de 4 y 20 de diciembre de 1978

• BERROCAL FAILACH, Ramón - Tesis de Grado Universidad Nacional de Bogotá - "Status Jurídico del Hijo Natural" Editorial Centro, Bogotá, 1940

CODIGO CIVIL COLOMBIANO - Jorge Ortega Torres - Edición 1977

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA - Tomos XII y XIV - Editorial Bibliográfica Argentina - Bs. Aires, 1961

NUÑEZ CANTILLO, Adolfo - "Derecho de Familia. El Hijo Natural Frente a la Legislación Colombiana" - Ediciones Librería del Profesional - 1a. Edición, 1978

VALBUENA, Gustavo A. - "Derecho de los Hijos Naturales" - 1a. Edición, 1936 - Talleres Mundo al Día, Bogotá

VALENCIA ZEA, Arturo - "Derecho Civil" Tomo V - "Derecho de Familia" - 4a. Edición - Editorial Temis, 1977