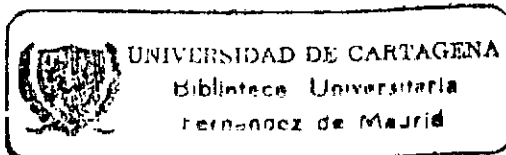


T
346.2
B79

1



DEL CONCUBINATO Y DE LOS HIJOS
EXTRAMATRIMONIALES

MAYRA ESTOR LOZANO

ANGELINA JIMENEZ NAJERA

Trabajo de Grado presentado como
requisito para optar al título de
Abogada.

SCIB
00018989

44820

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, 1982

2

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

Y

CIENCIAS POLITICAS

RECTOR :

Doctor LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

DECANO :

Doctor FABIO MORON DIAZ

SECRETARIO ACADEMICO :

Doctor PEDRO MACIA HERNANDEZ

PRESIDENTE DE TESIS :

Doctor RAFAEL H. DE LA VALLE G.

PRESIDENTE HONORARIO:

Doctor ROBERTO BURGOS OJEDA

EXAMINADORES :

Doctora CARLOTA VERBEL ARIZA

Doctor ALCIDES MORALES ACACIO

Doctor JOSE MARIA VELLOJIN

CARTAGENA, 1982

DEDICATORIA :

A nuestros padres.

Angelina y Mayra

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)

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	
PRIMERA PARTE - DEL CONCUBINATO	
CAPITULO I: CARACTERIZACION	
CONCEPTO	1
ELEMENTOS	3
Relaciones Sexuales	4
Comunidad de Vida	4
Mutuo Consentimiento	5
Permanencia	5
Unión que se realiza sin el lleno de formalidades para contraer matrimonio	7
CAPITULO II: ANTECEDENTES	
EL CONCUBINATO EN LA SAGRADA BIBLIA	11
EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO	14
EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL	17
EL CONCUBINATO EN EL DERECHO MODERNO	20
LA IGLESIA CATOLICA FRENTE AL CONCUBINATO	23
CAPITULO III: DERECHO LATINOAMERICANO	
CHILE	26
CUBA	28

	pág.
• CAPITULO IX: PROYECTO DE REFORMA DEL REGIMEN PATRIMONIAL ENTRE CONCUBINOS	67
CAPITULO X: ACTIVO DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL CONCUBINARIA	
ACTIVO SOCIAL	74
PASIVO SOCIAL Y PASIVO PROPIO DE LOS CONCUBINOS	83
• PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL CONCUBINARIA	85
CAPITULO XI: DERECHO SUCESORAL	89
SEGUNDA PARTE - DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	
CAPITULO I: LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	
CLASES DE FILIACIONES	92
CAPITULO II: BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS	
ROMA	96
EL FEUDALISMO	98
FRANCIA	98
COLOMBIA	101
CAPITULO III: CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO CONSIDERADO COMO MEDIO DE PRUEBA	
NATURALEZA MIXTA DEL RECONOCIMIENTO	103
CARACTERES QUE SE DERIVAN DEL RECONOCIMIENTO CONSIDERADO COMO MEDIO DE PRUEBA	104
CAPITULO IV: CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO CONSIDERADO COMO MEDIO DE CREACION	

DE LA FILIACION

RECONOCIMIENTO COMO ACTO VOLUNTARIO DISCRE-
 CIONAL 110
 RECONOCIMIENTO COMO ACTO UNILATERAL 111
 RECONOCIMIENTO CREA EFECTOS "ERGA OMNES" 111
 RECONOCIMIENTO COMO ACTO ANULABLE 112

CAPITULO V: PERSONAS QUE PUEDEN EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO

RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR INTERDICTO 117
 RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR UN MENOR DE EDAD 117
 RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MANDATARIO 120
 RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MUJER CASADA 121

CAPITULO VI: DE LOS HIJOS QUE PUEDEN SER RECONOCIDOS COMO EXTRAMATRIMONIALES

RECONOCIMIENTO DEL HIJO QUE AUN NO HA NACIDO 126
 RECONOCIMIENTO DEL HIJO FALLECIDO 128

CAPITULO VII: FORMAS DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO

RECONOCIMIENTO POR ACTO ENTRE VIVOS 135
 Reconocimiento efectuado en el acto de nacimiento 136
 Reconocimiento efectuado por escritura pública 137
 Reconocimiento efectuado por manifestación ante juez 138
 RECONOCIMIENTO POR ACTO TESTAMENTARIO 140
 IMPOSIBILIDAD DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO POR MEDIO DE ESCRITURA PRIVADA 142

CAPITULO VIII: EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

PRUEBA DEL VINCULO DE FILIACION 144

	pág.
OBLIGACION ALIMENTARIA	145
EXTENSION DEL DEBER ALIMENTARIO	147
SANCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY PARA EL INCUM- PLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA	148
EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	150
EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD	151
SUSPENSION DE LA PATRIAPOTESTAD	153
CAPITULO IX: IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO	
CASOS EN QUE ES POSIBLE LA IMPUGNACION	155
PROCEDIMIENTO DE PRUEBA ADMISIBLE PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO	158
LA ACCION DE IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO	159
QUIENES PUEDEN EJERCITAR LA ACCION DE IMPUGNA- CION	159
DIFERENCIA ENTRE LA ACCION DE IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO Y LA ACCION DE NULIDAD DEL RECO- NOCIMIENTO	161
CAPITULO X : LA FUNCION DEL ACTA DE NACIMIENTO Y DE LA POSESION DE ESTADO EN LA PRUE- BA EXTRAJUDICIAL DE FILIACION EXTRA- MATRIMONIAL	
RECHAZO DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO Y DE LA PO- SESION DE ESTADO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	163
LA FUNCION DEL ACTA DE NACIMIENTO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	164
LA POSESION DE ESTADO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	165

	pág.
CAPITULO XI: INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD	
COMPETENCIA	167
EFFECTOS DE LA SENTENCIA DECRETADA EN PROCESO DE INVESTIGACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL	168
ACCION Y PROCEDIMIENTO	169
 CAPITULO XII: PRESUNCION DE PATERNIDAD	 172
 CAPITULO XIII; DERECHOS SUCESORALES DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	 181
 CAPITULO XIV: AMBITO DE LA LEY 29 DE 1982	
FINES	183
Jurídicos	183
Económico-Social	184
NATURALEZA JURIDICA DE LA IGUALDAD	184
RELACIONES FAMILIARES	185
RELACIONES SUCESORALES	187
 CAPITULO XV: ALCANCE DE LA IGUALDAD SUCESORAL	
EXCEPCIONES A LA IGUALDAD SUCESORAL	191
 CAPITULO XVI: SISTEMA ACTUAL (ORDENES HEREDITARIOS)	 194
 CAPITULO XVII: PRIMER ORDEN HEREDITARIO	
HEREDEROS ABINTESTATO: LOS HIJOS	203
CLASES DE HIJOS	206
TODOS LOS HIJOS SON HEREDEROS EXCLUYENTES DE LOS DEMAS	209

	pág.
EXCLUSION DE LOS HEREDEROS Y DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE	210
DISTRIBUCION	212
IGUALDAD DE CUOTAS	212
REDUCCION DE LAS CUOTAS DE LOS HIJOS LEGITIMOS CUANDO HEREDAN LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES Y ADOPTIVOS SIMPLES	214
CONCLUSIONES	216
BIBLIOGRAFIA	217

INTRODUCCION

La llamada por algunos tratadistas FAMILIA NATURAL, denominación a la cual nos acogemos, conformada por los concubinarios y los hijos habidos dentro de estas uniones, no ha sido olvidada para su regulación en el campo del Derecho, sobre todo en lo referente a la concubina.

Con relación a esta figura, el legislador colombiano, como ya lo hemos expresado, le ha dado totalmente la espalda, olvidando a un amplio margen de la población que ha escogido este tipo de uniones de facto para la conformación de su familia.

Las relaciones concubinarias, llevadas en forma seria y estable, configuran por sí mismas a una figura que debe ser regulada por la ley, por lo tanto, no nos referimos en este estudio a aquellas uniones pasajeras, en las cuales sólo existe un interés de tipo sexual y no generan ningún carácter de tipo humano.

En cuanto a los hijos extramatrimoniales, los trataremos en lo referente a la filiación, que conllevó el reconocimiento, y en cuanto a la naturaleza de las relaciones sucesorales que registraron un cambio total con la expedición de la Ley 29 de 1982 que consagra la igualdad sucesoral.

PRIMERA PARTE - DEL CONCUBINATO

CAPITULO I

CARACTERIZACION

CONCEPTO

El vocablo concubinato, proviene del latín CONCUBINATUS, que deriva de concubina. A su vez, concubina procede del latín CONCUBARE, integrada de CUM COM y CUBARE, que significa acostarse. De este desarrollo, puede afirmarse que la palabra concubinato se refiere etimológicamente a la comunidad de lecho.

Pues bien, la comunidad de lecho, conduce inmediatamente a la idea de relaciones sexuales, que, a la vez, deben realizarse fuera del matrimonio para dar origen a una nueva figura diferente de éste.

Por supuesto que este concepto no abarca las relaciones sexuales anormales (homosexualismo), ya que el concubinato, realizado por

personas del mismo sexo, repugna a la naturaleza hetero-sexual humana y es rechazado airadamente por toda la sociedad. Mal podrían estas uniones tener protección legal, pues sería violentar el derecho en su misión reguladora de la comunidad.

Otra clase de uniones que no abarca el concepto de concubinato son aquellas ocasionales que sólo son tenidas en cuenta por el ordenamiento jurídico para los hijos nacidos en esta clase de uniones. Estas ~~serán tratadas más ampliamente en este mismo estudio y son llamadas por algunos autores concubinato imperfecto~~

Algunos tratadistas consideran que existen otras clases de uniones que rebasan el concepto de concubinato y son aquellas llevadas a cabo por personas casadas válidamente, con elementos distintos del cónyuge. Los defensores de esta teoría expresan que estas relaciones atentan contra la institución matrimonial y cualquier protección socavaría la primaria otorgada al matrimonio, lo cual no tendría ningún sentido, pues sería como construir y derrumbar al mismo tiempo.

~~En este orden de ideas, el llamado por algunos tratadistas "concubinato perfecto", es la figura que realmente nos interesa.~~

A partir de estas nociones generales, podemos concluir que el concubinato es la unión en la cual el varón y la mujer, sin perfeccionar el emplazamiento del estado conyugal, asumen en los hechos una comunidad de lecho y de vida, de carácter estable y permanente, siempre que no medien entre ellos impedimentos para unirse legítimamente.

A esta comunidad de lecho y de vida es lo que ha sido denominado convivencia MORE UXORIO, que trasciende en un estado matrimonial aparente, sin corresponderse en plenitud con el vínculo jurídico emergente de la unión matrimonial válidamente contraída.

ELEMENTOS

Luego de clarificar el concepto del concubinato, procedemos a ocuparnos de los elementos que integran esa noción y que podemos clasificar de la siguiente manera:

1. Relaciones sexuales entre un hombre y una mujer
2. Comunidad de vida
3. Mutuo consentimiento o acuerdo de voluntades
4. Estabilidad o permanencia
5. Unión que se realiza sin el lleno de las formalidades exigidas para contraer matrimonio

Teniendo en cuenta que el concubinato sólo difiere del matrimonio en la ausencia de formalidades legales, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 113 del Código Civil, que dice: "El matrimonio es un contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente," podemos agregar dos elementos ya no de la esencia que también se presentan en el concubinato:

- a. Unión en la que los concubinos se auxilian mutuamente
- b. Unión encaminada por regla general a la procreación.

RELACIONES SEXUALES

Es de la naturaleza de la relación concubinataria, que entre los concubinos se lleven a cabo relaciones sexuales, no sólo con el objeto de sublimar la unión, sino también como necesario e indispensable para la procreación, aunque este elemento no sea de la esencia de la relación.

COMUNIDAD DE VIDA

Es este elemento el que le confiere estabilidad a la unión y se proyecta en la "posesión del estado". La doctrina francesa alude de este modo al "marriage apparent", el matrimonio aparente, conceptuándolo como la situación de dos personas no casadas que viven como ma-

ruido y mujer haciéndose pasar por tales.

MUTUO CONSENTIMIENTO

Este elemento del acuerdo de voluntades entre los concubinos, dirigida la formación y mantenimiento de su relación que puede presumirse o deducirse por la cohabitación.

PERMANENCIA

No es concubinato la unión que carece de permanencia en el tiempo.

Esta permanencia está estrechamente ligada a su estabilidad. La posesión del estado conyugal - o estado conyugal aparente - se nutre del carácter de permanencia, de la perdurabilidad en el tiempo en que ambos convivientes han asumido el rol de marido y mujer, por eso se dice, que nada distingue "exteriormente" el estado de las personas casadas de las que viven en concubinato. De allí otros caracteres que se subsumen :

- a. La singularidad de la unión
- b. La fidelidad recíproca

En cuanto al primer punto, o sea la singularidad de la unión, se tiene en cuenta que la posesión de estado de los concubinos, se traduce

en el hecho de la unión estable y permanente monogámica, remedo del matrimonio mismo. Por eso se requiere que los caracteres de estabilidad y permanencia de la unión se den solamente entre un hombre y una mujer.

En lo relativo a la fidelidad recíproca, la doctrina suele calificarla de "aparente". Se trata de una condición moral.

Las relaciones de los concubinos, deberán caracterizarse a menudo por una cierta conducta o una aparente fidelidad; claro es, sin embargo, que estamos ante una noción bastante difusa; en tanto caracterizante del concubinato.

Tratándose de una unión estable, permanente y singular, la fidelidad queda también implicada, y así como en el matrimonio puede darse la infidelidad, sin que con ello pierda su carácter de tal, del mismo modo, en el concubinato puede darse la infidelidad de uno de los concubinarios. Claro que si cualquiera de éstos no ha guardado la apariencia de fidelidad y sus diversas relaciones sexuales son públicamente conocidas, se estaría afectando además del elemento en estudio, la singularidad de la unión como elemento caracterizante del concubinato.

UNION QUE SE REALIZA SIN EL LLENO DE LAS FORMALIDADES
EXIGIDAS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Este es un elemento cardinal del concubinato, pues cabe reconocer diversos supuestos en los cuales un hombre y una mujer sin perfeccionar el emplazamiento en el estado matrimonial, asumen en los "hechos" una convivencia dotada de cierta estabilidad y permanencia.

CAPITULO II

ANTECEDENTES

La historia de la familia es tan milenaria como la historia de la humanidad, tenida en cuenta como la unión natural de un hombre y una mujer, en un solo conjunto, mediante el aporte de elementos físicos, psicológicos, espirituales y materiales que generan la descendencia y los bienes.

El origen de la familia, así también como su concepto, han sido sometidos por los tratadistas de la materia a varias expresiones. Según la mayoría de ellos, la palabra FAMILIA procede del grupo de los FAMULI, que, a su vez, proviene de FAMEL, el origen del vocablo latino FAMUL y éste, a su vez, de FAMULUS, criado o esclavo doméstico que originaría la palabra familia. Según otros autores, proviene del sánscrito VAMA, que denota conceptos tales como hogar, habitación, y vestido.

Lo cierto es que todos los autores, se encuentran de acuerdo en la consideración de la familia como "célula social por excelencia". Este hecho atrae la atención de las diferentes ciencias a esa primera sociedad para regularla o encontrar en ella explicación a múltiples fenómenos. Por supuesto que el Derecho, como ciencia social por excelencia, no puede ser ajeno al manantial de vida y a las relaciones de toda índole: económica, sociales, morales, religiosas y jurídicas; si el Derecho quiere saciar su sed en la realidad, es la familia la primera fuente que encuentra a su paso.

Pero si bien es cierto que la historia de la familia se confunde con la historia de la humanidad, no sucede lo mismo con el origen del concubinato; éste es tan antiguo, no como el hombre, sino como la historia de la unión hombre-mujer, bajo cumplimiento de lo estipulado legalmente o bajo sujeción de la costumbre creadora de Derecho.

A medida que se encuentra esa unión de sexos alejada de lo estipulado de forma legal o costumbre con fuerza legal, nos encontramos en presencia del fenómeno concubinato.

De lo dicho, tenemos orígenes coetáneos del hombre, la familia y del matrimonio, así como también del concubinato. No se crea que por elemental la conclusión, deja de tener trascendencia, si no se pierde de vista lo anterior, no tiene por qué desconocerse la acepta-

ción de los conceptos familia legítima y familia natural. El matrimonio es la base fundamental de la familia legítima, pero ésta surge con posterioridad a las primeras uniones carnales de los seres humanos; forma una gran parte de la familia, mas no la agota.

Igual sucede con la familia natural que emerge como consecuencia de las uniones alejadas de la forma matrimonial, hace parte del término familia, pero no lo acaba. La unión familia legítima y natural ocupa el concepto de familia en el estricto sentido como primer hecho social y el único que existe; por lo tanto, es importante que antes de analizar la figura del CONCUBINATO, veamos que es en Roma en donde empezamos a encontrar la figura delineada como matrimonio de segundo orden.

El Código de Hamurabi en el título IX, que se refiere a la organización de la familia, establece que si alguien toma a una mujer por esposa sin contrato, ésta no será esposa. El mencionado artículo contribuye a fundamentar lo expresado "en el momento en que un hombre y una mujer se unen sin que medie formalidad legal, aparece la unión libre".

En el Génesis de la Biblia se aprecia cómo siendo la poligamia algo aceptado, no puede hablarse de concubinato.

En la antigua China el matrimonio gozaba de un carácter esencialmente civil y se permitía al marido, tener las concubinas que quisiera, siendo por su costo un lujo que sólo podían permitirse los adinerados.

En Egipto, el vínculo matrimonial gozaba de un gran respeto, existiendo la poligamia como un fenómeno normal.

En Grecia, el adulterio y la poligamia eran frecuentes; la prostitución pública consagrada por las leyes y la religión. El concubinato no era deshonoroso y podía tener lugar en dos eventos como una unión regular de ciudadano con mujer mentecata o esclava, que, dada su condición, hacía imposible la celebración de matrimonio y, como unión ilegítima tolerada totalmente, siempre que la concubina no habitara bajo el mismo techo que la esposa legítima.

La descendencia gozaba de ciudadanía y de vocación hereditaria restringida en la sucesión del padre.

EL CONCUBINATO EN LA SAGRADA BIBLIA

Nos parece de interés mostrar cómo en los primeros tiempos, las uniones irregulares eran una realidad; revisando algunos de los libros del Antiguo Testamento, encontramos cosas que hablan por sí

mismas de la normalidad de ciertas uniones .

El primer libro, el Génesis, sirve para ilustrar nuestro propósito; se nos narra en el capítulo XXII, versículo 20 al 24, que Najor, hermano de Abraham, engendró ocho hijos de Milka y cuatro de su concubina de nombre Reumá. Más adelante, en el capítulo XXV, con las siguientes palabras nos informa que Abraham tuvo varias mujeres: "Abraham tomó otra mujer de nombre Queturá!"; luego, en el versículo 6 del mismo capítulo, dice: "Abraham hizo donaciones a los hijos que había tenido de sus concubinas, pero todavía viviendo él, los alejó de Isaac, su hijo, hacia el este, el país de Oriente".

Jacob, hijo de Isaac, que sirve de esposo a las dos hijas de Labán (Lía y Raquel), quienes al quedar estériles lo incitan a que tome a sus esclavas Zelfa y Bala, como mujeres de segundo orden. Rubén, hijo de Jacob, tiene relaciones con Bala: "Mientras habitaba en aquella región, Rubén fue y durmió con Bala, mujer secundaria de su padre, el que lo llegó a saber".

En el Levítico, capítulo XVIII, referente a las uniones sexuales lícitas e ilícitas, encontramos una prohibición: "No tomarás a una mujer junto con su hermana, haciéndola su rival y descubriendo su desnudez, mientras viva todavía la primera". Como podemos observar

con claridad meridiana, la prohibición se refiere especialmente a no tomar como mujer secundaria a la hermana de la esposa, por lo tanto, el punto cardinal sobre que se basa la prohibición es el parentesco, ya que en el mismo punto se basan las prohibiciones establecidas en el mismo capítulo.

Por otra parte en el LIBRO DE LOS JUECES, de quien parece ser autor Samuel, último de los mismos, se relata como Jeroboán o Gedeón, hijo de Jonás "tuvo setenta hijos propios, porque tenía muchas mujeres. Y una de sus mujeres secundarias, que estaba en Siquem, le parió un hijo que se llamaba Abimélek". (Jue. 8, 30-31).

Por último, no es difícil encontrar ejemplos en los Reyes. El Libro II de los Reyes (segundo de Samuel), nos narra en su capítulo III, cómo Saúl tiene a Resfa, hija de Haya, como mujer secundaria, y David (5, 13) toma en Jerusalén "después que vino de Hebrón, otras mujeres de segundo y de primer orden, de que le nacieron otros hijos e hijas".

La Sagrada Biblia, pues, nos enseña cómo la poligamia era permitida y daba origen a relaciones irregulares normales en los pueblos asiáticos.

EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO

La noción actual de concubinato, como unión sin atribución de legitimidad, es moderna y no coincide con la institución del concubinatus romano y de la "barragania" del antiguo derecho español.

El Derecho Romano, que admitió el concubinato, lo distinguía del CONNUBIUM por la ausencia del AFFECTUS MARITALIS, o "ánimo de contraer matrimonio". Socialmente admitido en el imperio, en virtud de las prohibiciones acerca del matrimonio entre senadores y libertas o mujeres de teatro, entre ingenuos y mujeres ignominiosas, entre gobernadores y mujeres de la provincia a cargo de ellos, el concubinato se erigió en verdadera institución social al margen del STUPRUS - unión de hecho con mujer honesta- que fue en todo tiempo reprimido.

El concubinato, como institución jurídica -sabido es- estuvo sometido a la concurrencia de ciertas condiciones que lo distinguían de las nupcias como de toda unión pasajera: en primer lugar estaba prohibido entre los que se hallaban ya en matrimonio con tercera persona, o con impedimento de parentesco que dirimiese el matrimonio (impedimentos absolutos); debía existir, además el libre consentimiento de ambas partes y no haber mediado violencia y co-

rrupción, vicios éstos que se presumían cuando la mujer era ingenua y de buenas costumbres. En tercer lugar, el concubinato sólo podía tener lugar entre personas púberes y, por último, no era permitido tener más de una concubina.

Para aprehenderse jurídicamente el concubinato romano, no debe olvidarse que éste se diferenciaba de la IUSTAE NUPTIAE, no tanto en la forma del consentimiento -recuérdese del USUS- sino más bien en su calidad como principio, MATRIMONIUM SOLO CONSENSUM CONTRAHITOR, sin perjuicio de las FESTIVITAS NUPTIARUM (CONFARREATIO COEMPTIO, etc.), como exteriorizaciones rituales costumbristas. Y, desde que no era permitido tener más de una concubina (PEYEX), la unión concubinaría llegó a asemejarse en grado sumo al matrimonio, hasta el punto de afirmarse que la concubina se distingue de la mujer legítima SOLO DILECTU NISI DIGNITATE. Recuerda al respecto Dumm¹ que la permanencia de las relaciones y la exclusividad del concubinato daba una apariencia en forma legal de matrimonio, que solía ser causa de error en los contratantes. La jurisprudencia debió elaborar todo un sistema de presunciones para resolver las situaciones aparentes. Tal, por ejemplo, si la unión se había verificado con mujer honesta -aún

1. Raúl Dumm. Voz concubinato, en Enciclopedia Jurídica Omeba. T. III. p. 617

en ausencia de dote- la presunción era favorable al matrimonio, a menos que mediase una declaración formal de concubinato por parte de aquella, en cambio, se presumía el concubinato si se trataba de una mujer deshonesta.

La institución del concubinato, admitida social y jurídicamente, es el producto de una estratificación basada en la desigualdad de clases. Para casarse, recuerda Arias Ramos², los contrayentes debían gozar del IUS CONNUBI integrado por el STATUS LIBERTATIS y CIVITATIS englobados. Recién, con la LEX CANNULEIA (año 445), se admitió el CONNUBIUM entre patricios y plebeyos y hacia tiempos de Augusto, la permisión se extendió entre ingenuos y manumitidos por la LEX PAPIA POPAEA. Como enseña Ulpiano, por la LEX JULIA se prohibía a los senadores y a sus hijos tomar como mujer a libertas o a las que ellas mismas o su padre o madre se hubieran dedicado al arte escénico, ni tampoco a las que hicieran ganancias con su cuerpo. El CONCUBINATUS era, de tal modo, una unión que llega a calificarse como una especie de matrimonio y que, lógicamente, estuvo sometida a las prescripciones legales en lo atinente a condiciones y efectos. Al eliminar la legislación justiniana los impedimentos matrimoniales de índole social, la institución perdió su anterior estructura quedando desde entonces configurada como la cohabi-

2. J. Arias Ramos. Derecho Romano. Madrid 1963. T II p. 734

tación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición, sin AFFECTIO MARITALIS.

EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por los mismos fundamentos trascendió a la legislación española la BARRAGANIA o unión sexual de un hombre soltero, clérigo o no, con mujer soltera bajo las condiciones de permanencia y fidelidad, cuya naturaleza y estructura como institución jurídica recuerda el concubinato romano.

La barragania fue tolerada para evitar la prostitución y mereció la tutela jurídica, de este modo, podemos observar que se requería aptitud nupcial con la mujer que se tomase con barragana, o sea, que ésta y quien la tomara, debían ser solteros. En segundo lugar, la concubina debía ser única, entre otras cosas, la barragana no podía ser virgen, ni menor de edad, ni viuda honesta; la mujer virgen, sólo podía ser tomada como barragana, siempre y cuando se hiciera manifestación ante testigos notables de ese hecho. Las personas ilustres, por su parte no podían tener por barragana a la mujer que fuese sierva o hija de sierva o de otra clase reputada como vil, bajo pena de que los hijos habidos como fruto de tales uniones se considerasen como espurios y no como naturales.

La legislación Foral, contenía numerosas disposiciones sobre la barraganía, el Fuero de Zamora permitía dejar por herederos a los hijos tenidos con barragana, siempre que fueran solemnemente instituidos. Del mismo modo, la barragana que estuviese un año con su señor, conservaba sus vestiduras al separarse. En caso contrario, debía devolverlas. La permanencia de la unión, aparece también en la "Carta de Mancebía e Compañería." El Fuero de Plasencia establece que la barragana que prueba haber sido fiel a su señor y buena le heredará la mitad de los gananciales. Por su parte, el Fuero de Cuenca, prohíbe a los casados legítimamente tener en público, barragana, so pena de ser ambos "ligados y fostigados", y la Ley 10 del mismo fuero autoriza a la barragana en cinta, para solicitar la prestación de alimentos a la muerte de su señor, considerándose-la al mismo tiempo una viuda en cinta.

En lo atinente a los derechos hereditarios, los hijos habidos de la barraganía, como principio, carecían de vocación si existían hijos legítimos. El Fuero de Sepúlveda exceptuaba a los hijos que habían sido reconocidos con anuencia de los parientes. En tanto, el Fuero de Soria autorizaba al padre para dar a sus hijos habidos de barragana, la cuarta parte de sus bienes en vida y lo que quisiera por testamento, si fueren tenidos antes de haber hijos legítimos. Los Fueros de Londoño y Burgos, autorizaron a los hijos de barragana juntamen-

te con los legítimos a heredar por cabeza, salvo que el padre les hubiese autorizado antes alguna porción determinada de los bienes y, a falta de descendientes legítimos hasta el cuarto grado, sucedían los hijos de barragana como si fueran legítimos en tanto el padre los hubiese reconocido, ya que se les consideraba hijos naturales. Los hijos de barragana no podían heredar más del quinto grado en concurrencia con hijos de mujer legítima, pero en ausencia de éstos podían ser instituídos por el total.

La barraganía de los clérigos estuvo en todo tiempo prohibida, siendo severamente sancionada. No obstante, la corrupción de las costumbres hizo evidente, en la práctica, la barraganía de los clérigos. De ella existen testimonios ya en el siglo X en Aragón, de donde pasó a Castilla. De allí que los concilios y las cortes reaccionaran enérgicamente imponiendo penas de excomunión, infamia, privación de sepultura cristiana, desheredación e incapacidad para desempeñar cargos.

Digamos, para concluir, que la Iglesia Católica, mientras tanto condenaba severamente el concubinato. El Concilio de Basilea lo penó con excomunión. El Tridentino dispuso que continuaran en vigor las penas impuestas a los concubenarios, exigiendo previamente para su imposición :

- a. En cuanto a los hombres, que fueren amonestados tres veces por el ordinario. Si luego de ellos no se separaban de sus concubinas, incurrieran en excomuni3n de la cual no eran absueltos hasta cuando se separasen;

- b. En cuanto a las mujeres, debían tambi3n ser amonestadas tres veces. Si no obedecían debían ser desde luego, castigadas severamente por el ordinario, procediendo 3stos de oficio y sin citaci3n de nadie. Eran inclusive, condenadas a salir del pueblo o de las di3cesis, implorando para ello si fuere preciso el auxilio del brazo secular.

Desde ya, anotamos a medida que fue abolido el fuero eclesi3stico, los ordinarios ejercieron tales atribuciones qued3ndosele s3lo las de amonestaci3n o imposici3n de penitencias y censuras.

EL CONCUBINATO EN EL DERECHO MODERNO

La caracterizaci3n del concubinato en aquellos sistemas que recibieron el influjo del liberalismo, no puede conceptuarse como en el Derecho Romano y en el antiguo Derecho Espa3ol. Para 3l la uni3n concubinaria, constituy3 una verdadera FORMA CONYUGAL, aunque de rango inferior a las IUSTAE NUPTIAE, y si el derecho espa3ol la

justificó para evitar la prostitución, lo cierto es que en ambas tradiciones jurídicas se advierte un poderoso trasunto social que sustenta la estratificación basada en la desigualdad de clases, rangos y honores.

El liberalismo, en cambio, presupone la absoluta libertad e igualdad de todos los hombres. Sobre ese presupuesto filosófico el matrimonio fue reputado un contrato y las uniones concubinarias totalmente ignoradas por la ley. Lo cual, si se quiere constituyó un modo de dejar liberadas las uniones sexuales extramatrimoniales al puro arbitrio de cada cual, sin engendrar deberes ni responsabilidades.

Sin embargo, ya en este siglo, la vivencia de las uniones concubinarias ha resultado inevitable, incluso en la tradición jurídica liberal. Y ello, ante la constatación de situaciones de hecho que resultan inculcables.

En la misma Francia, se abrió la brecha; la ley del 16 de noviembre de 1912 -que ya estaba precedida por la del 26 de marzo de 1896, que aumentó los derechos sucesorios de los hijos naturales- dispuso, modificando el artículo 340 del CODE, que la paternidad fuera del matrimonio puede ser declarada judicialmente, en el caso de que el supuesto padre y la madre hayan vivido en ESTADO DE CONCUBINATO NOTORIO durante el período legal de la concepción.

Luego vino la legislación de emergencia motivada por la primera conflagración mundial. La ley del 5 de agosto de 1914, concedió una subvención diaria a las familias de los militares del ejército y la Armada, y la ley del 23 de agosto de 1914, se extendió para beneficiar con la subvención no sólo a las personas que tenían un vínculo de derecho con los soldados, sino a quienes sin vínculo de derecho con el soldado vivan en un hogar en satisfactorias condiciones de moralidad.

El Código de Napoleón, expedido en 1804, no expresó nada acerca del concubinato, por lo tanto este vacío fue llenado por la jurisprudencia y le otorgó efectos al concubinato en los siguientes sentidos:

- a. Para darle acción de perjuicio a la concubina contra el concubinario por el rompimiento injustificado de la unión.
- b. Para dar la acción de reparación contra el tercero causante de la muerte de su concubina.
- c. Para reconocer una obligación natural a cargo del concubinario para atender las necesidades futuras de su compañera.
- d. Para considerar los intereses pecuniarios, las sociedades de hecho y las donaciones entre concubinos.

- e. Para admitir a la doncella seducida en acción de perjuicios contra el seductor, mediante la aplicación del artículo 1.382 del código referente a la responsabilidad civil extracontractual.

LA IGLESIA CATOLICA FRENTE AL CONCUBINATO

La familia ha sido considerada por la Iglesia Católica, a través de los siglos, como el núcleo principal de la organización social, y ésta debe estar fundada sobre la inquebrantable unión del hombre y la mujer, por medio del matrimonio.

La Iglesia considera de gran importancia la familia, siempre y cuando esté protegida por el matrimonio, que es un "contrato sagrado". Además, es un sacramento y rechaza todas las uniones realizadas entre un hombre y una mujer, distintas al matrimonio; y es ella quien regula éste, celebrada ante la Iglesia Católica, modificando la manera de celebrarse, a través de los años y de las necesidades; fue Cristo, cuando vino al mundo, quien elevó a la dignidad de sacramento al matrimonio. Y su carácter sacramental es esencial, entre cristianos no hay contrato sacramental válido que no sea al mismo tiempo sacramento. En el siglo XIX, Pío IX definió el matrimonio como "Contrato y sacramento", ya que el liberalismo pretendía separar el contrato del sacramento, y así, atribuir el contrato al Esta-

do y el Sacramento a la Iglesia. Pero la Iglesia opina que, o hay contrato y sacramento, o no hay nada. Siendo el sacramento una calidad esencial del matrimonio, considera la Iglesia sólo como legítima la unión conyugal entre cristianos realizada a través del vínculo sacramental del matrimonio, fuera del cual toda unión es considerada como puro concubinato.

A través de los tiempos innumerables documentos y en algunas encíclicas se ha reafirmado estos conceptos sobre el matrimonio, considerando sólo éste como unión legítima y condenando toda otra unión como abominable.

La Iglesia ha rechazado siempre expresamente el concubinato, tomándolo en sentido amplio porque no sólo lo rechaza a él, entendiendo éste como la vida marital de dos personas, no casadas entre sí, con relaciones sexuales habituales y con cierta semejanza con la vida matrimonial, sino que condena también al matrimonio civil que efectúen los católicos, y al decir de Pío IX es éste "un torpe y pernicioso concubinato", mirando al concubinato como un pecado grave y los actos de procreación llevados a cabo en él, como fornicación.

El Código de Derecho Canónico (Canon 1078) consagra el concubinato como impedimento dirimente para contraer matrimonio; impedimento de carácter eclesiástico, es decir que es dispensable.

CAPITULO III

DERECHO LATINOAMERICANO

Los distintos países latinoamericanos, a diferencia de Europa Occidental asisten, en mayor o menor medida al fenómeno del concubinato como forma de convivencia conyugal institucionalizada. Puede afirmarse que dicho fenómeno en general obedece a un verdadero marginamiento de extensas capas o estratos sociales que viven sobre la base de un aislamiento cultural y en ausencia de estructuras integradoras.

Porque las uniones de hecho, o uniones consensuales, responden a una realidad específica en extensas regiones latinoamericanas. Sea por costumbres adquiridas durante siglos de esclavitud o servilismo - el caso de los indígenas o de los negros- ; sea por la marginalidad estructural, fomentada muchas veces por el factor racial; sea por el escaso desarrollo de los sistemas administrativos y las vías de comunicación y, en última instancia, por la ausencia de estruc-

turas que integran a la familia en el proceso cívico, ético y cultural, Latinoamérica enfrenta el concubinato como una forma o modo internacionalizado de unión conyugal. Y, en muchas oportunidades, las estadísticas demuestran que el número de familias constituidas sobre la base de esas uniones de hecho o consensuales es superior a las formadas a partir del matrimonio legítimo. Este queda reservado a un pequeño sector de la población que ostenta el poder político y social.

Ello explica que diversas legislaciones civiles, en esos países, hayan paulatinamente previsto los efectos civiles de las uniones consensuales, sobre las que descansan la constitución de millares de familias y sus hijos.

CHILE

El Derecho chileno contempla la existencia de una sociedad expresamente pactada por los concubinos, que puede ser civil o comercial. En este caso, la suerte de los bienes de la sociedad quedarán regidos por los preceptos legales que reglamentan estos contratos.

En otros casos, podrá existir entre los concubinos una "sociedad regular de hecho", considerada como una sociedad consensual, co-

mo la colectiva civil, siempre y cuando concurren los elementos de ésta, es decir, aporte, participación en las pérdidas y ganancias y la "affectio societatis", que no se presume por el sólo hecho del concubinato, sino que su presencia debe obtenerse de otras circunstancias, como sería cuenta bancaria a nombre de los dos concubinos; la correspondencia dirigida a ambos; el que los dos concubinos estén en el mismo pie de igualdad en la dirección de negocio, etc.

También puede existir entre los concubinos una "sociedad irregular de hecho", la cual puede darse cuando tratándose de una sociedad solemne, no se cumpla con las formalidades exigidas en la Ley.

Finalmente, entre los concubinos puede existir también una comunidad universal, con respecto a los bienes que se han adquirido dentro del concubinato con el esfuerzo común y la cooperación mutua. Esta es la situación que se presenta con mayor frecuencia ante los tribunales chilenos. Respecto del concubinato indirecto, producido por el matrimonio religioso, "fallecida una de las personas ligadas por este vínculo, sus herederos han pretendido tener derechos a todos sus bienes. A esta presunción, se ha opuesto el concubino sobreviviente, alegando la existencia de una comunidad y reclamando la mitad de los bienes, derecho que los tribunales le han concedido invariablemente".¹

1. Manuel Somarríb Undusraga. Derecho de Familia. p. 153

CUBA



La Constitución Cubana de 1940, en su artículo 43, delegó en los tribunales la determinación de los casos en que correspondía equiparar la unión de hecho, conforme a los caracteres de singularidad y estabilidad. Más adelante, el Código de la Familia de Cuba, reconoce y le da entidad a las uniones consensuales, cuando establece que la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocido por el tribunal competente. Establecía además que si uno de los concubinos estuviere unido en matrimonio anterior, esta circunstancia no afectará los derechos de los hijos habidos de la unión y de la persona (concubinario) que hubiere actuado de buena fe.

El reconocimiento judicial o formalización de esas uniones tiene efectos retroactivos, desde la fecha de la iniciación de la unión consensual.

PERU

La legislación peruana, en general, no reconoce derechos de la con-

cubina, salvo casos muy aislados, como los de cierta y alimentos, previstos en el código civil. No tiene derechos hereditarios, salvo la posibilidad del legado dentro de los límites que la ley sucesoral permite.

En cuanto a los bienes que se adquieren durante el concubinato, no existe legislación específica, pero la jurisprudencia ha llenado ese vacío al determinar que la concubina tiene derecho al 50% de los bienes adquiridos por el concubino, durante la vigencia de la relación.

MEXICO

El Código Civil mejicano, establece una presunción de paternidad similar a la que surge del matrimonio, además se establece la obligación alimentaria a cargo del testador y en favor de la concubina, la que goza por su parte de vocación hereditaria. Según la cuantía de la cuota hereditaria de la concubina, depende de las personas con quienes concurra a la sucesión, pudiendo llegar a ser la mitad de la herencia.

En el proyecto de Código Civil mejicano, se reconocen plenamente los derechos de la concubina y de los hijos de estas uniones; el legis-

lador mejicano, ha dado un paso hacia adelante al abrir los ojos a una realidad social y al cambio socio-económico y cultural que se ha venido extendiendo en los países latinoamericanos incluyendo Méjico.

ARGENTINA

En Argentina, se han reconocido ciertos derechos, ya por vía legislativa o jurisprudencial, es así como se han establecido determinados efectos personales y patrimoniales a las uniones concubinarias.

Sobre todo cuando la convivencia ha trascendido en la constitución de estados aparentes, sobre los que reposa la comunidad de vida entre los convivientes en la formación del hogar y la procreación de los hijos.

Si bien, la unión concubinaria como tal, es legítima, se atiende a resolver con equidad la situación familiar y social creada por la unión concubinaria, sobre todo cuando ella no va en desmedro de los intereses de una unión matrimonial anterior que en los hechos carece de virtual significación.

Consideramos de vital importancia mencionar otros países que han reconocido los derechos originados de las relaciones consensuales.

Así el Código Civil guatemalteco de 1963, conforme a las previsiones de la Constitución de 1965, que incorpora un verdadero estatuto de las uniones de hecho, modificaciones éstas que se introdujeron para proteger a los hijos y a los mismos convivientes, atribuyéndose a éstos iguales derechos y obligaciones que se consagran para los cónyuges en lo que fueren aplicables.

Por su parte el anteproyecto de Código Civil para Paraguay, ha tomado de la ley guatemalteca de 1947 ya citada.

Además, hay que destacar que distintas constituciones políticas iberoamericanas han contemplado el concubinato. En la de Bolivia de 1947, se reconocía el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias con el solo transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios legales de prueba o por el nacimiento de un hijo. La Constitución de Honduras de 1957, reconoció el matrimonio de hecho entre dos personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, delegando en la ley las condiciones para que surta efectos legales. La Constitución de Panamá resumió quizás la fórmula más precisa, declaró que la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante diez años consecutivos, en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil.



CAPITULO IV

ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

RETAZO HISTORICO DEL ABORIGEN

La génesis de las uniones de hecho en nuestro país, tiene realmente su iniciación con la conquista española, ya que en opinión muy respetada y que compartimos de algunos autores es, a partir de este momento, cuando puede distinguirse la familia legalmente constituida de la familia de facto, ya que antes es difícil apreciar qué unión se situaría por fuera de los requisitos acostumbrados siendo tan amplias y variadas las formas de constituir una familia entre los aborígenes.

A partir de la llegada de los españoles, podemos advertir la existencia de dos nuevos grupos étnicos: la raza blanca y la negra que se incorpora en la época colonial.

La raza blanca forma entre sí uniones de acuerdo con las leyes espa-

ñolas, con el objeto de conservar la tradición de su organización social y preservarse en el poder.

Desde este momento, encontramos la familia legítima, constituida de acuerdo con las normas hispánicas y la familia de hecho, formada por fuera de la legalidad española.

Como es fácil presumir, en principio, la raza americana y la raza negra se unen en forma endógena extralegalmente conforme a sus estructuras. Apenas, posteriormente se configuran primero en el indio y muy lentamente en el negro uniones legales, o sea, acorde al ordenamiento hispánico, uniones que se efectuaban principalmente por la influencia de los cánones predicados por la Iglesia.

Conjuntamente con los tipos de unión esobzados, aparece el concubinato adulterino; el hombre blanco contrae por lo general, matrimonio con mujer de su mismo status social y mantiene relaciones transitorias con mujer americana o negra; que muchas veces adquiere el carácter de permanente.

En nuestro país, el concubinato a la luz del derecho positivo, es considerado como un estado de hecho por fuera del derecho. No existe una regulación jurídica, aun cuando existe como hecho social.

El doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, en su obra Matrimonio y Divorcio en Colombia, explica que las causas por las cuales no existe identidad en nuestro país entre la familia legítimamente constituida y la familia de facto, son las siguientes:

- a. El 98% de la población colombiana es católica y, a la luz del Derecho Canónico, el concubinato es pecado y coloca al católico al alcance de las sanciones pertinentes.
- b. El concubinato es practicado con más asiduidad en las clases menos favorecidas y en un pequeño porcentaje en las clases alta y media alta.
- c. Como el concubinato no está protegido por la ley y produce limitados efectos, la gente de mediana cultura no acude a él por ser mal visto socialmente.
- d. Las personas separadas de hecho o judicialmente, habiendo estado casados por la Iglesia, que no tienen posibilidad de casarse, en lugar de vivir en concubinato, prefieren casarse por lo civil en el exterior, aunque incurran en bigamia y que dicho matrimonio sea nulo al tenor del artículo 140, numeral 12 del Código Civil.

e. El establecimiento del divorcio vincular para el matrimonio civil, promulgado por la Ley 1a. de 1976 y el que las gentes acuden hoy con más frecuencia al vínculo civil, puede hacer disminuir la proliferación de las uniones de hecho en Colombia, ya que mucha gente vivía en concubinato por temor a la indisolubilidad del vínculo canónico y civil, pero teniendo la posibilidad de casarse por lo civil y luego divorciarse, es posible que no acudan a esta figura.¹

SINOPSIS LEGAL

44820

El Código Judicial, que fue adoptado más tarde mediante la Ley 57 de 1887, como Código Civil de la República, establecía en su artículo 329 que se denominaba concubina "la mujer que vivía públicamente con un hombre como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos". Este concepto correspondía con el de hijo natural, que era el habido fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento.

El Código Penal de 1890, erigió como delito el adulterio de la mujer, el amancebamiento del marido y el incesto.

1. Marco G. Monroy Cabra. Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia. P. 342

El Código Penal de 1936 derogó las dos primeras, considerando como delito sólo al incesto; el Código Penal de 1980, mantiene en este sentido la misma línea de ideas del código de 1936 al instituir como delito sólo al incesto en su artículo 259, que reza lo siguiente:

"El que realice acceso carnal u otro acto erótico sexual con un descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años".²

La Ley 45 de 1936, en su artículo 4, que fue modificado por la Ley 75 de 1968, en su artículo 6, establece una presunción: " Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente; ...

4.- En caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

Dichas relaciones podrán 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.

2. Código Penal Colombiano. P. 82

En el caso de este ordinal, 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 con actos positivos acogió al hijo como suyo".³

Podemos observar claramente que la disposición transcrita consagra en forma implícita el concubinato notorio, durante la época de la concepción.

La legislación sustantiva del trabajo, tuvo en cuenta a los hijos naturales, para dotarlos de vocación hereditaria en algunos casos de prestaciones laborales o sociales de su padre. En lo referente al concubinato, fue dotado de efectos jurídicos, por cuanto en caso de muerte producida por accidente o enfermedad profesional, dispuso en su artículo 55, que, a falta de viuda, se tenga como tal a la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos siempre que ambos hubiesen permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieren hijos con el di-

3. Código Civil Colombiano. P. 1217

funto. En el artículo 20 del Decreto 2623 de 1950, exigió que los hijos naturales a que se refiere el artículo anterior fueran reconocidos y que la mujer-concubina hubiese sido inscrita como compañera en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Y al referirse a la última parte del citado artículo, dispuso que en concurrencia de los dos casos, se preferiría la mujer con quien el asegurado haya tenido hijos.

De los textos anteriores, se infiere, que en el Derecho Laboral es donde primero se reconocen en nuestro país derechos a las concubinas. En este mismo orden de ideas, podemos afirmar, que fueron los Sindicatos de Trabajadores los primeros en abogar y conseguir el reconocimiento de los derechos de la concubina; es por esta razón que el Derecho Laboral ha sido el pionero en reaccionar del letargo en que se encuentra sumida nuestra legislación, olvidando toda una realidad social y desprotegiendo a un amplio margen de la población que ha constituido sus familias sin acudir, para establecer sus uniones, a tribunales civiles o eclesiásticos.

Por último, en el año de 1978, fue presentada ante el Congreso de la República por la doctora Nahir Saavedra de Devis, un proyecto de ley en el cual se regula la sociedad patrimonial que se origina en el concubinato, el cual trataremos extensamente más adelante.

CAPITULO V

EL CONCUBINATO COMO FENOMENO SOCIAL

En el transcurso de la historia, las uniones de facto de carácter estable y permanente, han sido unas veces admitidas en el ámbito jurídico, otras totalmente desconocidas, siendo objeto de repudio y, finalmente, en algunas ocasiones se las regula con candoroso ánimo. Cada criterio siempre se evoca partiendo de vocablos tales como moral, buenas costumbres y orden público, así, quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres, un ataque a la familia o la ilicitud de su conformación, se basan, como más alta razón en la moral lesionada. Quienes propugnan su defensa, entienden, que es inmoral desconocer validez a las obligaciones o acción a los derechos que sean la consecuencia del concubinato, aún de modo indirecto, y que se sirva de esta manera, a intereses que, a su vez, serían legítimos.

Teniendo en cuenta los argumentos que ostentan atacantes y defenso-

res, debemos analizar cada uno de ellos.

LICITUD E ILICITUD

El alcance de lo lícito, se encuentra enmarcado en lo permitido y, en consecuencia, mirándolo desde otro ángulo en lo prohibido. En este orden de ideas, podemos afirmar que, si la acción que se ejecuta no está prohibida, goza del carácter de licitud y si se encuentra proscrita por la ley, se tachará de ilícita. Comprendido así, se puede afirmar que no todo lo que es lícito es honesto y que hay cosas que no conviene hacerlas aunque sean lícitas, porque puede presentarse la existencia de un mandato legal contrario a la naturaleza humana.

Por lo tanto, la aceptación o el rechazo del fenómeno social del concubinato no puede referirse a la licitud e ilicitud del mismo, pues sería caer en el centro del positivismo legal, posición filosófica que no es aceptable por no comulgar con la equivalencia total entre la ley y el derecho.

Es importante aclarar, que lo lícito también lo definen los diccionarios como el hecho según justicia y razón, acepción que no tiene cabida en nuestra exposición, porque no es el sentido con que generalmente se emplea, y que nos conduciría a otras latitudes por el solo hecho de descifrar a qué justicia se refiere: distributiva, conmuta-

tiva, legal o social.

ORDEN PUBLICO

En nuestro derecho la noción de orden público es equiparada a la noción de paz pública y tranquilidad de los asociados. Puede comprenderse como una frontera que marca el límite de la libertad en las acciones y omisiones de los individuos, los actos privados, y está formada por un conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras.

Es entonces, una idea que se refiere a la normalidad de una realidad considerada por la sociedad como un vínculo entre la existencia y la conservación de la organización social.

Es el Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa a quien corresponde velar por la conservación del orden público en todo el territorio de la república y, por supuesto, restablecerlo donde fuere turbado, así, la Constitución Nacional en su artículo 28 le da las armas para cumplir este cometido. Cuando nos encontramos en situación de paz pública las autoridades ejer-

cen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen u en el momento en que se tema perturbación del orden público, puede el presidente de la república, previo dictamen del Consejo de Ministros y previo concepto del Consejo de Estado, aprehender y retener a todas aquellas personas sobre las que se tema puedan perturbar el orden público.

Entonces, es preciso indagar si la presenta del concubinato atenta contra la tranquilidad ciudadana; si la existencia de una pareja que mantiene un régimen de vida en común estable, con comunidad de lecho y domicilio sin contraer matrimonio, produce una perturbación en el orden público. De ser cierto lo anterior, el presidente de la República, utilizando los medios que señala el artículo 28 de la Constitución Nacional, podría proceder a la aprehensión y retención de los concubinos. Sin embargo, la medida anterior es imposible de llevar a cabo, pues la figura del concubinato no está instituída en nuestra legislación penal como delito; pero dado lo anterior se puede apreciar la no aplicabilidad del orden público con referencia al concubinato, principalmente porque para turbar la paz reinante debe requerirse una acción externa capaz de convulsionar los cimientos de la autoridad y no una situación de hecho e inveterada existencia.

BUENAS COSTUMBRES

La costumbre es un principio de Derecho que resulta de la unión de dos elementos :

- El primero de ellos consiste en la práctica por medio de la cual se resuelve en determinada época, por fuera de ley, una dificultad jurídica completa.

- El segundo elemento, de orden psicológico, es la convicción que tienen las personas que han recurrido a esta práctica de estar cumpliendo una norma jurídica.

Bien sabido es, que cuando la costumbre decide sobre casos que no han sido previstos por la ley entonces nos encontramos frente a la llamada costumbre fuera de la ley; si su función es interpretar y fijar el alcance de una norma existente nos encontramos en presencia de la costumbre según la ley y, finalmente, cuando la costumbre vulnera en todo o en parte una norma jurídica, estaremos en presencia de la costumbre en contra de la ley.

Podemos apreciar que si tomamos la noción de costumbre arriba explicada y la agregáramos al adjetivo de buenas, nunca podríamos llegar a un significado aceptable. Por lo tanto, debemos analizar la

expresión buscando un concepto unificado por otras vías.

El diccionario de la lengua española define la costumbre como el "hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie" y buenas como lo "útil y a propósito para alguna cosa". De esta manera, podemos afirmar que buenas costumbres son las prácticas que producen provecho y que han sido adquiridas por su constante repetición.

Así, cuando se afirma que el concubinato atenta contra las prácticas que producen provecho y que han sido adquiridas por su constante repetición. Aunque este camino prospera un poco más, no es del todo convincente, si se tiene en cuenta el carácter subjetivo del provecho, beneficio o utilidad.

MORAL

Con el transcurso de los años se han concentrado entre sí, las posiciones sobre las relaciones que se encuentran entre la moral y el derecho, en cuatro alternativas:

- a. La primera posición, que ha sido superada, propugnada por el maquiavelismo político y el liberalismo moderado, y marcaba

una total independencia entre los conceptos moral y derecho.

- b. Durante la Edad Media y principios de la Edad Moderna, se afirmó, que siendo las dos zonas esencialmente diferentes tenían ciertos puntos de contacto. El principal punto de contacto, es el hombre, por ser sujeto común en ambas zonas.

- c. Durante los siglos XVII y XVIII, ya no se encuentran puntos de contacto, sino una parte de zona en común, así, cierto campo del Derecho le es indiferente a la moral, como son por ejemplo las normas sobre el tránsito y algunas obligaciones morales, le son completamente indiferentes al Derecho, como sería por ejemplo ayudar al prójimo. Se hablaba en ese entonces de dos conceptos diferentes, con cierta parte de zona en común y el resto independientemente.

- d. Por último, se afirma que se trata de dos conceptos diferentes, en cuanto a los conceptos mismos y a su naturaleza, pero que se encuentran íntimamente ligados entre sí. Podríamos representar este criterio por dos círculos concéntricos, donde el exterior y más amplio, sería la moral y el interior y más pequeño, comprendido en el primero, sería la zona del Derecho.

El último criterio, parece ser el más acertado y acogido en la actualidad casi unánimemente. Se trata entonces, de dos conceptos diferentes, porque mientras uno se refiere al fuero interno, la otra hace referencia al fuero externo; así, la violación de una norma moral, genera un problema de conciencia, mientras que la violación de una norma legal, hace directa relación a la competencia del estado, quien, por su soberanía pone en movimiento la acción judicial.

Podemos de esta manera comprender, que el campo de la moral es mucho más amplio que el campo del derecho y que el ámbito jurídico está comprendido en su totalidad por la moral: siempre que se trate de algo jurídico, en toda su extensión se encuentra acompañado por la moral, todo lo jurídico es moral, pero no todo lo moral es jurídico, ya que como hemos establecido antes, la moral es el género y lo jurídico es la especie.

"El punto del criterio moral es de vital importancia, porque acompaña al derecho en toda su extensión, pensamos que al igual que la ley positiva, el criterio moral del bien y del mal debe ser dado por la razón humana. Aceptar otro sendero sería desconocer la naturaleza humana y dar vía libre al modo de pensar de los individuos".¹

1. Indaburu L. Carlos, Estrada P. Gloria. El Concubinato en el Derecho Colombiano. p. 24

Relacionando lo anterior con la relación sexual extramatrimonial, podemos observar que mientras esta sea íntima, es decir, que no sea pública ni notoria, no afecta al conglomerado sino sólo a las dos personas que realizan la cópula carnal; por lo tanto el ayuntamiento, la acción de juntarse sexualmente dos personas sin estar unidas por el vínculo matrimonial pertenece únicamente al campo moral, a la conciencia de éstos que serían llamados concubenarios; pero el producto de esa acción íntima del acto humano voluntario exteriorizado que son los hijos pertenecen al fuero exterior, necesariamente interesa al derecho, como sucede también con la comunidad de domicilio, la estabilidad de esta relación, los bienes habidos y las relaciones de los concubenarios entre sí y con terceros, es decir, el ayuntamiento o cópula carnal, aún siendo externo, público y notorio, pertenece al fuero interno de las personas, pero sus consecuencias, por interesar y afectar a la comunidad social, deben ser tenidas en cuenta por el derecho.

En el caso concreto colombiano, puede advertirse que el prejuicio había puesto un velo sobre los ojos de nuestros legisladores. Quienes se manifestaban en contra de la regulación de esta figura, afirmaban que la inmoralidad del concubinato, no permite que la ley lo tenga en cuenta para atribuirle obligaciones. Este argumento es del todo desacertado, pues si nos atenemos a esa lógica errónea, podría-

mos llegar al extremo de afirmar que la ley no podría pronunciarse sobre los delitos, ya que éstos constituyen en sí mismos un acto inmoral. Podemos observar que no existe ninguna justificación para abandonar a la mujer a su suerte, luego de haberle entregado al varón, por largo tiempo, lo mejor de sí misma.

CAPITULO VI

ALIMENTOS SUMINISTRADOS ENTRE CONCUBINOS

Es evidente, que entre concubinos no existe la obligación civil - es decir exigible- de prestarse entre sí alimentos. Dado que se trata de una obligación legal, derivada del parentesco o del vínculo conyugal, la prestación asistencial exigible, no se extiende hasta más allá de las personas que en cada caso enumera la ley.

Sin embargo, cabe preguntarnos, si los alimentos que durante la convivencia uno de los concubinos presta al otro, de manera voluntaria, deben reputarse como el cumplimiento de una obligación natural. Bien es sabido que las obligaciones naturales, son aquellas que, fundadas en el derecho natural, como también en la equidad, pero no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado en razón de ellas.

Es decir, que plantear la cuestión de si existe obligación natural de prestarse alimentos entre concubinos, importa dilucidar si en su caso, los alimentos suministrados son repetibles en caso de ruptura de la convivencia o, lo que es lo mismo, si la concubina que pasó los alimentos puede exigir su devolución.

Ello implica resolver dos problemas previos:

- En primer lugar, si la enumeración del artículo 411 del Código Civil, es meramente enunciativa y no taxativa en cuanto a los supuestos que constituyen obligaciones naturales.
- En segundo lugar, si se acepta que existe un deber moral o ético de servirse asistencia entre los concubinos.

En lo que se refiere al primer punto, estimamos con la doctrina mayoritaria, que la enumeración del artículo 411 del Código Civil es simplemente enunciativa. Es decir, que todo principio de justicia o de equidad que sirva de fundamento a una pretensión, es simultáneamente causa de una obligación natural. En otras palabras, las obligaciones naturales no se agotan en supuestos de excepción como algunos autores sostienen, sino que se caracterizan genéricamente en el enunciado del artículo del Código Civil. La enumeración que sigue a esa caracterización es ejemplificativa de situaciones

Más controvertido, puede resultar afirmar que entre los concubinos existe un deber moral de asistencia recíproca. Cuando la convivencia tiene como resultante la existencia de hijos, la jurisprudencia no ha vacilado en afirmar, que el concubino es guardador de los hijos menores de su mujer a causa de las relaciones domésticas y afectivas que se forman y porque con ellas el hombre se impone un deber de colaboración en la asistencia moral y material de esos seres. No se trata, sino de reconocer la existencia del núcleo familiar, cuando la familia se ha formado. De otro lado, en estos casos la obligación es recíproca cuando se deriva de las relaciones emergentes de la paternidad o de la maternidad.

Por lo tanto, basándonos en una hermenéutica sistemática, cabe reconocer un imperativo ético, aunque no formulado, en términos generales, advierte sobre la necesidad de atender los requerimientos que crean situaciones de hecho asumidas dentro del contexto familiar.

En la medida en que la prestación asistencial no encubriete donaciones en perjuicio de los herederos forzosos, pensamos que la existencia de la unión proyectada desde la convivencia como tal, tornaría inmoral la pretensión de que uno de los concubinos, restituyere al otro lo que éste voluntariamente solventó, para la alimentación, vestuario, asistencia en las enfermedades, etc., en función de la convivencia, también voluntariamente mantenida.

CAPITULO VII

INDEMNIZACIONES

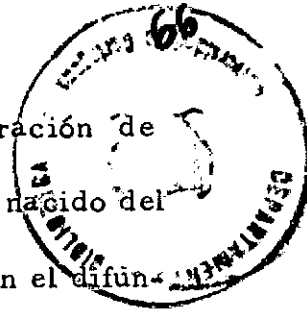
REPARACION DEL PERJUCIO SUFRIDO POR LA CONCUBINA POR EL HECHO DE LA MUERTE ACCIDENTAL DE SU CONCUBINARIO

El artículo 2341 del Código Civil exige tres requisitos para que la responsabilidad civil se vea comprometida: una culpa, un perjuicio y una relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio.

Si se admite que esas condiciones son suficientes, nada se opone jurídicamente a la admisibilidad de la acción de la concubina, cuando ésta prueba una culpa con cargo al autor del accidente mortal del que ha sido víctima de su compañero. Durante mucho tiempo la jurisprudencia en su totalidad desconoció esta acción.

Anteriormente, sobre todo en Francia, se hacía una distinción entre materialidad del perjuicio y la moral, entonces la jurisprudencia, basada en este presupuesto, negaba cualquier indemnización en este

asunto, alegando que únicamente pueden reclamar la reparación de un perjuicio moral los que justificaren un interés afectivo nacido del vínculo del parentesco por consanguinidad o de afinidad con el difunto; así, la concubina se encuentra en la imposibilidad de reclamar reparación del perjuicio moral.



Esta argumentación fue arduamente rebatida, entonces, al continuar negando a la concubina este derecho a la indemnización, surgió un nuevo concepto, fundándose en la consideración siguiente: al ser por esencia una situación inestable, el concubinato, puesto que cada uno de quienes así viven tiene la posibilidad de romper a su antojo la unión, la concubina se encuentra en imposibilidad de probar de manera cierta que la vida en común se había proseguido, alegaban, que el perjuicio que se invoca es puramente hipotético; por tanto no debe ser reparado.

No era un argumento excelente; algunas veces el concubinato se presenta en condiciones tales, que ofrece todas las probabilidades de durar la realidad, nos presenta toda una gama de situaciones nuevas, así, ilustremos por vía de ejemplo: una unión concubinaria de más de catorce años, con hijos reconocidos y la mujer se encuentra incluida dentro del testamento del concubino. En casos de esta especie, la inadmisibilidad de la acción no podía resultar del carácter hipotético del perjuicio. Se estaba entonces obligado a distinguir en-

tre el concubinato estable y menos estable y el más digno y menos digno.

Sólo hasta el año de 1979, se reconocen indemnizaciones de este carácter, así el Consejo de Estado, en un memorable fallo, en el cual actuó como ponente el consejero Valencia Arango, se le reconoció indemnización a la concubina, por la muerte de su compañero en un accidente de trabajo, estando éste vinculado al ministerio de Obras Públicas y Transportes. La sentencia se basa en un razonamiento nuevo, tomado al parecer de la jurisprudencia francesa, en la cual se establece una premisa; por medio de ésta todo el problema es nuevamente planteado y resuelto; se exige una condición suplementaria para la admisibilidad de las acciones de responsabilidad; la víctima no es admitida a reclamar un perjuicio cualquiera, sino solamente "de la lesión cierta de un interés legítimo, jurídicamente protegido".

INDEMNIZACION POR RUPTURA DEL CONCUBINATO

El abandono de la concubina, por el concubino, en principio no genera obligación indemnizatoria alguna a favor de aquella, pues entre los concubinos no existe obligación civil, de ninguna índole y cada cual puede romper a su antojo la relación. Sin embargo, puede considerarse el resarcimiento de perjuicios, pero ya no fundándose so-

bre la ruptura misma, sino sobre las circunstancias muy particulares que acompañen la ruptura.

Es así en el caso de que la concubina fuere víctima, por parte de su compañero de un delito de calumnia o injuria - por ejemplo- inferido por el concubino, como ya se dijo, podría junto con la acción penal, que intentare demandar una indemnización adecuada de acuerdo con los principios que rigen la responsabilidad por hecho ilícito.

Claro está, que en estos casos, como ya lo esbozamos, la pretensión indemnizatoria se funda, no en la ruptura del concubinato, sino en un hecho ilícito que da origen a un perjuicio moral.

Sin embargo, si en la oportunidad de la ruptura, el concubino voluntariamente hubiere compensado a su compañera los perjuicios materiales que ocasiona la cesación de la vida en común, opinamos que éste que voluntariamente entregó, no podría exigir luego su reembolso.

CAPITULO VIII

RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS

EL PROBLEMA DE LA SOCIEDAD DE HECHO

¿Genera la convivencia concubinaría una sociedad de hecho entre los concubinos? Tal es la pregunta que con alguna frecuencia, deben responder los jueces ante requerimientos concretos. Debemos destacar que en nuestra legislación no existe precepto alguno, que regule en forma expresa o infiera en la comunidad patrimonial entre los convivientes. Sin embargo, algunos tratadistas sostienen que, de la preceptiva del artículo 2083 del Código Civil, que estipula que si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio, tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado, puede aplicarse a la relación patrimonial que tiene origen en el concubinato, tesis ésta que no es aceptada, porque el inciso final del mismo

artículo considera que la disposición no es aplicable a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa o el objeto, caso en el cual estarían las sociedades en estudio.

No existiendo entre los concubinos una comunidad patrimonial necesaria, como la conyugal que deviene por la celebración del matrimonio, se trataría, aseguran los partidarios de esta teoría, de una sociedad irregular de hecho. La convivencia concubinaria, que ha dado lugar al hogar de hecho, extramatrimonial, puede poner a los concubinos frente a una comunidad de aportes, intereses y ganancias.

La aceptación de esta teoría es en extremo peligrosa, ya que en la demostración de los hechos societarios practicados por los concubinos, es menester la adopción de un criterio restrictivo, puesto que la relación concubinaria puede crear una apariencia de comunidad de bienes y, en esa forma, caerse insensiblemente en la admisión de una sociedad conyugal irregular referente a los bienes particulares y actuales de cada uno de los interesados.

El concubinato, por prolongado que fuera, no significa, ni prueba por sí solo la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos, ya que tal sociedad, no se presume y eventualmente es menester probarla con prescindencia del hecho del concubinato.

Es decir, que cualquiera que sea el juicio que se tenga respecto de las uniones concubinarias, en el caso, el fundamento de la acción no finca en el hecho de la cohabitación, sino en el efectivo aporte de los bienes destinados al aprovechamiento común.

Por lo tanto, el concubinato, que por sí mismo no crea una sociedad de hecho entre los concubinos, ni hace presumir su existencia, pues ello no excluye la posibilidad de que tal sociedad exista, debiendo probarla quien la alega, si pretende el reconocimiento de derechos derivados de ella.

EL FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD DE HECHO

Si la base económica de la familia, surge del patrimonio familiar, del cual es ejemplo reslatante la sociedad conyugal con la comunidad de adquisiciones y ganancias, existen motivaciones para no desconocer, en términos absolutos, la posibilidad de que tal patrimonio exista entre quienes aún no unidos, han cooperado efectivamente a la formación o acrecentamiento del mismo, subyaciendo, por ello mismo, la idea de comunidad de intereses. Lo que ocurre es que no es el concubinato, la convivencia "more uxorio" extramatrimonial la que "per se" genera tal comunidad; con prescindencia de ella, o mejor aún, dejándola de lado, la sociedad que eventualmente exista entre los concubinos, hallará su base en la conjunción de los elementos

constitutivos de toda sociedad, como son: aportes comunes, contribución en las pérdidas y ganancias, como también el "affectio societatis".

En estas condiciones la regla "nemo auditur turpitudinem suam allegans", no puede ser invocada contra quien reclama la restitución de lo que le pertenece, ni aplicable con el fin de retener un enriquecimiento injusto, obtenido a expensas de los bienes o el trabajo ajenos.

Queda perfectamente establecido, pues, que no cabe hablar de "sociedad conyugal de hecho". Las normas que rigen la sociedad conyugal no pueden ser aplicadas por analogía a los convivientes de hecho, sin que ley alguna lo autorice. Siendo por lo tanto una situación de hecho en nuestro ordenamiento jurídico, el concubinato no es constitución emplazatoria de un estado ni genera un régimen económico entre los concubinos.

La legislación colombiana, como hemos explicado, no regula positivamente las relaciones económico-jurídicas que nacen de la convivencia "more uxorio", inicialmente tampoco la hizo la jurisprudencia de la corte, quizás por considerar que no podía reconocerse a ésta, efectos semejantes a los reconocidos legalmente al matrimonio.

Sin embargo, a partir del año 1935, en sentencia del 30 de noviembre, la corte apreció que es posible reconocer la existencia de la sociedad de hecho entre concubinos.

Para ello, comenzó a recordar que las sociedades de hecho son de dos clases: las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que, por omisión de las formalidades propias, no alcanzan la categoría de las de derecho y las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de una serie de operaciones que efectúan en común y de las cuales, puede deducirse el consentimiento implícito. Dada la naturaleza de esta segunda clase de sociedades de hecho, la jurisprudencia consagró, pues, la posibilidad de encontrarla constituida entre los sujetos relacionados entre sí por la unión libre.

De acuerdo con la doctrina de la corte, para el reconocimiento judicial de una sociedad de hecho entre concubinos, es indispensable que aparezcan los elementos propios de un contrato en general, los que corresponden específicamente a la sociedad, como ya se dijo y, además, los que exige la sociedad celebrada por dos sujetos unidos por relaciones sexuales y de comunidad de vida, estables, permanentes y notorias.

De esta forma, es necesario que los constituyentes sean legalmente capaces, que presten su consentimiento, que los mueva una causa lícita, que su voluntad recaiga sobre un objeto lícito y, es preciso además, que los asociados hagan aportes que persigan beneficios, que ostenten "affectio societatis" e intención de repartirse las ganancias o las pérdidas que resulten de esa especulación.

Sin embargo, los anteriores presupuestos no son suficientes, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos. La jurisprudencia de la corte ha agregado dos condiciones más:

- a. Que la sociedad no haya tenido por objeto el crear, mantener o prolongar las relaciones concubinarias, pues de desatenderse esta regla, sería tenida como nula por causa ilícita; y
- b. Que sea común, explotación de una empresa por los amantes que aparezca nítidamente como tal, y no se presente como un aspecto de la común vivienda extendida al manejo de los bienes suyos, pues como el concubino no genera por sí mismo una comunidad de bienes, ni sociedad de hecho entre concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios de lo que es el simple resultado de una comunidad de vivienda o de una intimidad de carácter sexual o de una comuni-

dad dirigida al manejo, conservación y administración de los bienes de uno, de otro o de ambos.

Precisando el alcance de las llamadas sociedades creadas por los hechos, dijo la Corte en la sentencia citada que, para su reconocimiento, es indispensable:

1. Que se trate de una sociedad en la que concurren una serie coordinada de hechos de explotación común.
2. Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios.
3. Que la colaboración entre ellos, se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento o de servicios, de un mandato o de cualquier otra convención, por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salarios o esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa.
4. Que no se trate de un estado de simple indivisión o tenencia,

76

guarda, conservación o vigilancia de bienes, sino de verdaderas actividades, encaminadas a obtener beneficios.¹

PRUEBA DE LA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

La sociedad o comunidad de intereses, establecida en la forma explicada, debe probarse por quien alega su existencia, conforme a los principios probatorios que rigen al respecto, prescindiendo -claro está- del régimen de comunidad conyugal.

Al respecto, se considera que la prueba de la sociedad de hecho entre concubinos debe versar sobre los aportes o trabajos comunes y sobre el propósito de obtener alguna utilidad apreciable en dinero o bien acerca de la existencia de un estado de comunidad de bienes o de intereses, con total prescindencia de las relaciones concubinarias.

Somos de la opinión que, para determinar la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, debe permitirse allegar al respectivo proceso, toda clase de pruebas, es así, como a falta de instrumento escrito, a efectos de que los socios que alegan entre sí la existencia de la sociedad, puedan pedir la restitución de lo que hubiesen aportado, la liquidación de las operaciones realizadas entre sí y la participación de las ganancias.

1. Revista Derecho Colombiano

Nos permitimos sostener que, para probar la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, puede recurrirse inclusive a la prueba testimonial, aunque según la regla general, la prueba testimonial es admisible, sólo cuando concurre el principio de prueba por escrito.

Es de señalar, por último, que tratándose de la invocación de una sociedad irregular o de hecho, con prescindencia de la vida en común sostenida por los concubinos, la prueba de los aportes cobra relevante importancia.

Probados tales aportes, las acciones entre aquellos habrán de ser incontestables. Debe reiterarse, que si bien el principio de enriquecimiento injusto se subordina a la existencia de una causa jurídica que pueda legitimar la adquisición o ese enriquecimiento, no puede, por lo tanto, invocarse para eludir las normas que regulan un contrato determinado.

En tal sentido y, admitido que la convivencia "more uxorio" no es causa de incapacidad contractual entre concubinos, pueden ser considerados como aportes: comunidad de bienes y trabajo; el trabajo personal prestado por la concubina al frente del fondo de comercio, comportándose frente a terceros como la dueña de éste; la presta-

ción de tareas relativas al servicio doméstico llevadas a cabo por ambos concubinos, pagándosele a uno de ellos la retribución correspondiente a ambos; la existencia de una cuenta corriente bancaria a la orden conjunta o indistinta de ambos concubinos.

CONTRATO DE TRABAJO

No ya en calidad de socios, sino advirtiendo la existencia de una prestación de servicios de uno de los concubinos al otro, en relación de dependencia, consideramos que puede reconocerse la existencia de un contrato de trabajo, tal y como se acepta en las legislaciones de Francia y Argentina.

Así, por ejemplo, somos de la opinión que el concubinato no impide a la concubina obtener un resarcimiento fundado en lo estipulado por el inciso segundo del artículo 2049 del Código Civil, si, después de iniciadas las relaciones íntimas, continuó realizando los servicios domésticos que le prestaba a su concubino con anterioridad. Dado que la existencia del concubinato no es causa de incapacidad contractual entre los concubinos, ellos pueden establecer entre sí una relación jurídica de carácter laboral. Como en el caso de la sociedad de hecho, la referida relación laboral habrá de ser probada, con sus caracteres propios, al margen de la convivencia concubinaria.

DERECHO A PENSION DE LA CONCUBINA

En materia de jubilaciones y pensiones, la legislación respectiva no ha incluido en ningún caso a la concubina como beneficiaria para recibir dichos pagos, en caso de muerte del trabajador, sin embargo, la mayoría de los sindicatos y asociaciones profesionales en el país, han dado en reconocer a la concubina el carácter de beneficiaria en determinados casos.

La Corte Suprema de Justicia también dio en reconocer estos derechos a la concubina, en el caso de que el fallecido no tuviere esposa, o ésta hubiere fallado antes, siempre y cuando el concubinato fuese público y permanente.

CAPITULO IX



PROYECTO DE REFORMA DEL REGIMEN PATRIMONIAL
ENTRE CONCUBINOS

Por ser de trascendental importancia, las reformas que sobre esta materia se han propuesto ante el Congreso de la República, nos hemos permitido adicionar a la presente obra el proyecto de Ley N° 48 (numeración de la Cámara de Representantes) porque facilita mejor consulta y mejor estudio comparativo con todo lo que se ha desarrollado en la presente monografía.

Encontes, nos permitiremos exponer el texto del proyecto presentado ante la Honorable Cámara de Representantes por la doctora Nahir Saavedra de Devis.

"Proyecto de Ley Número 48 de 1978, por el cual se legisla sobre sociedad patrimonial entre concubinos. El Congreso de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales,

DECRETA :

ARTICULO 1º.- El hecho de vivir por dos o más años continuos en estado de concubinato, crea una sociedad patrimonial entre concubinos, con efectos desde la iniciación de aquel.

ARTICULO 2º .- Si durante la vigencia del concubinato ninguno de los concubinos ha tenido sociedad conyugal, el haber de la sociedad patrimonial entre aquellos estará formado por los bienes de que tratan los artículos 1.781 a 1.804 del Código Civil, adquiridos por cualquiera de los concubinos dentro del concubinato.

ARTICULO 3º - En caso de que alguno de los concubinos, o ambos hayan tenido o tengan sociedad conyugal, será necesario liquidar primero ésta, a solicitud del otro o de uno de los cónyuges, para proceder a la liquidación de la sociedad patrimonial entre aquellos, bien sea en el mismo proceso de sucesión, o luego de la liquidación de la sociedad conyugal como consecuencia de un proceso de separación de cuerpos o de bienes, de divorcio o de nulidad de matrimonio.

En estos casos el haber de la sociedad patrimonial entre concubinos, se forma por los bienes adjudicados al cónyuge concubino en la liquidación de la sociedad conyugal, más aquellos de que tratan los artículos 1.781 a 1.804 del Código Civil, que hubieren sido adquiridos

antes de la sociedad conyugal o después de su disolución.

ARTICULO 4° - A cada uno de los concubinos corresponderá el cincuenta por ciento del haber líquido de la sociedad patrimonial que entre ellos exista.

ARTICULO 5° - La sociedad patrimonial entre concubinos se disuelve:

1. Por terminación del concubinato, cualquiera que sea la causa que la produzca.
2. Por declaración de presunción de muerte de uno de los concubinos.

ARTICULO 6° - Producida la disolución del concubinato por muerte de uno de los concubinos, o de ambos, podrá pedirse la liquidación de la sociedad patrimonial, dentro del respectivo proceso de sucesión o de acumulación de ambos.

Cuando la disolución se produzca por otra causa, cualquiera de los concubinos podrá pedir la liquidación mediante el procedimiento de que trata el artículo 625 del Código de Procedimiento Civil.

ARTICULO 7° - Se considerará inexistente cualquier renuncia a la sociedad patrimonial entre los concubinos o la participación que le corresponde a cada uno.

ARTICULO 8° - La renuncia de los gananciales que haga el concubino, en la sociedad conyugal formada por su cónyuge producirá efectos solamente en la parte que no le corresponda al otro concubino en la liquidación de la sociedad patrimonial que exista entre aquél y éste.

ARTICULO 9° - En los términos anteriores quedan reformados los artículos 1.837 y 1.841 y adicionado el artículo 525 del Código de Procedimiento Civil y cualesquiera otros que sean incompatibles con lo dispuesto en esta ley.

ARTICULO 10° - Esta ley rige desde su promulgación".¹

El mencionado proyecto, representa un notable avance en los siguientes puntos:

1. Constituye un paso real del estado hacia la reglamentación legal del concubinato en beneficio de los concubinarios, los hijos extramatrimoniales, de la misma institución matrimonial y de la

1. Anales del Congreso. N° 27, del 11 de setiembre de 1978.

sociedad en general que dicho sea de paso, reconoce y acepta la inoperancia en la época actual de la tradición política (hoy no generalizada en el mundo) de la mera tolerancia con la consciente ausencia de normatividad legal.

2. Precisa la existencia de la sociedad patrimonial entre concubinos de manera semejante a la sociedad conyugal entre cónyuges, pero dándole preferencia a esta última. En consecuencia:

a. Se modifica la existencia de la sociedad económica entre concubinos, pues con este proyecto ella no depende de elementos o factores económicos, tal como actualmente se exige por la doctrina y la jurisprudencia para la constitución y disolución de la sociedad patrimonial entre concubinos, sino que la proyectada reglamentación funda el nacimiento y extinción de dicha sociedad en la propia existencia del concubinato, que, al igual que el matrimonio, pasaría a ser una relación jurídica familiar con tales efectos patrimoniales.

b. Se asemeja en su composición, administración, disolución (con las diferencias del caso) y distribución de utilidades y ganancias, a las sociedades económicas del matrimonio (sociedad conyugal) y del concubinato (sociedad patrimonial), lo cual,

dentro del régimen general vigente, no se observa entre la sociedad conyugal y la sociedad de hecho.

c. En caso de concurrencia, respecto de ambos o de alguno de los concubinos, de la sociedad conyugal y sociedad patrimonial, se le otorga a la primera con relación a la segunda preferencia en su composición, disolución, liquidación y cancelación, siguiendo un criterio similar al que la doctrina había establecido para resolver los conflictos de concurrencia de sociedades conyugales (estas últimas ya no se presentan por virtud de la parte final del numeral 4° del artículo 1.820 en la redacción del artículo 25 de la Ley 1a. de 1976). Sin embargo, asimismo se trata de proteger el disfrute y extensión del derecho de gananciales de los concubinos, frente a las convenciones o declaraciones fraudulentas de renunciaciones mediante la eficaz prescripción de inexistencia o ineficacia de estos actos.

44820

Para efectos sucesorales, esta sociedad patrimonial entre concubinos adquiere importancia cuando se disuelve por muerte de ambos o de uno de ellos, caso en el cual esa masa también podrá liquidarse en el proceso de sucesión, pero previa separación de dicha universalidad con la herencia del difunto, en forma similar a como hoy se efectúa entre sociedad conyugal y herencia.

No obstante, cuando también concorra sociedad conyugal, habría de efectuarse la separación de los tres patrimonios en el siguiente orden: primero se liquida la sociedad conyugal; posteriormente, la sociedad patrimonial de los concubinos, uno de los cuales sería alguno de aquellos cónyuges; y finalmente, se procederá a liquidar la herencia del difunto que es cónyuge y concubino a la vez. Sin embargo, la partición de estas masas tiene sus particularidades, que no es el caso de analizar en este momento.

CAPITULO X

ACTIVO DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL CONCUBINARIA

En el artículo 2° del Proyecto de Ley número 48 de 1978, se estipulan los bienes que forman el haber de la sociedad patrimonial entre concubinos de la siguiente manera:

- A. Por los bienes adjudicados al cónyuge concubino en la liquidación de la sociedad conyugal.

Sobra decir, después de leer la preceptiva anterior, que, para comprender el carácter y naturaleza de esos bienes, debe hacerse luego de liquidar la sociedad conyugal que existió antes de formarse el concubinato, ya que la única forma de adjudicar bienes entre los cónyuges, es por medio de una sentencia de juez competente, luego de haber efectuado la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, ya que ésta no puede en ningún caso hacerse entre los cónyuges en forma extrajudicial, entonces sólo después de verificarse el paso antes

mencionado, es cuando podemos establecer los bienes que entran a formar parte del activo de la Sociedad Patrimonial Concubinataria.

B. De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el concubinato.

No constituyen haber de la sociedad concubinaria, los sueldos ganados antes del matrimonio, aun cuando se paguen después, durante la vigencia de la sociedad, pero si fueron devengados durante la existencia de la sociedad y pagados después de su disolución, pertenecen a la masa indivisible.

Podemos afirmar que, al igual que tratándose de sociedad conyugal, en la disolución de la sociedad concubinaria, puede pedirse como medida cautelar el embargo de los sueldos devengados por cualquiera de los cónyuges, por cuanto forman parte del activo de la sociedad patrimonial concubinaria.

C. Por todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza, que provengan, sea de bienes sociales, sea de bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante la relación concubinaria.

89

Dentro de esta clasificación, se comprenden tanto los bienes comunes, como los propios de los concubinos.

Los frutos naturales son los que da la naturaleza con o sin la ayuda de la industria humana. Si al constituirse el concubinato hay frutos pendientes, éstos pertenecen a la sociedad, tratándose de bienes comunes o propios.

Según el artículo 717 del Código Civil, los frutos civiles son los precios, cánones de arrendamiento y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondos perdidos. Todos los frutos civiles que se causen durante la sociedad, atendiendo a lo preceptuado en el artículo 849 del Código Civil, no le pertenecen a los causados antes y pagados después ni los que se produzcan luego de disuelta la sociedad concubina, aunque se hubiesen pagado anticipadamente durante la misma.

Un capital, puede producir réditos o intereses; lo primero cuando no hay derecho a exigir el capital y, lo segundo, en caso contrario.

Entran en el haber social, sean contractuales, alimentarias o en razón de contrato por relación de trabajo. En cuanto al lucro si los bienes comunes y los exclusivos tienen utilidades que no pueden con-

siderarse como frutos, réditos, pensiones e intereses, dichas utilidades podrían clasificarse en este último grupo de los ingresos que menciona el ordinal segundo. Si en terreno común se descubre un tesoro de la parte que de éste toca al dueño del terreno, se lucra la comunidad. No debemos confundir el lucro con el mayor valor que adquiere el bien propio, por reparaciones o mejoras de todo género, o por causas naturales, porque dicho mayor valor pertenece al dueño de la especie.

D. Por todos los bienes muebles e inmuebles que cualquiera de los concubinos adquiriera a título oneroso durante la sociedad concubina-
ria.

El título oneroso es el que impone una carga, prestación o gravamen, el que cuesta algo en dinero o trabajo. La ley se refiere a todos los bienes: muebles e inmuebles, corporales e incorporales, fungibles y no fungibles.

Para que los bienes formen parte del haber de la sociedad, se requiere no sólo que su adquisición se haga a título oneroso, sino también que ese título se realice durante la existencia de la sociedad.

Esto, por cuanto el artículo 1792 del Código Civil, dice:

"La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella".

Por ejemplo, el concubino, estaba antes de casarse en posesión de un bien, que durante el término del concubinato, adquiere por prescripción.

El artículo 1973 dice: " Se reputan adquiridos durante la sociedad, los bienes que durante ella debieron adquirirse, por uno de los concubinos y de hecho no se admitieron, sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ello o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce".

El doctor Monroy Cabra, en su libro "Matrimonio y Divorcio en Colombia", nos ilustra que también entran al haber social conyugal, y que se pueden equiparar a la sociedad conyugal, las minas denunciadas por alguno de los concubinos o por ambos, así como la parte del tesoro que según la ley, corresponde al dueño del terreno en que se encuentra, si ese terreno corresponde al mismo haber social.

Si uno de los concubinos tiene una finca propia y adquiere a título one-

roso una finca contigua, este terreno ingresa en el haber social, pero si las fincas forman una heredad o edificio que no puede desmembrarse sin daño, se forma entonces una comunidad entre la sociedad y el concubino adquirente sobre todo el inmueble aprorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación.

Si antes de iniciarse el concubinato uno de los concubinos poseía un bien en comunidad con otras personas y luego, durante la sociedad concubinaria, adquiere a título oneroso las cuotas de los otros comuneros, estas cuotas ingresan al haber social, es decir, constituyen bienes sociales.

También se consideran parte del haber social los dineros o bienes adquiridos en rifas, loterías, apuestas, juego, etc. Algunos autores, sostienen, que los dineros ganados en rifas o loterías, entran al haber relativo, por haber sido adquiridos a título gratuito, pero esto no es exacto porque las loterías no son donaciones.

Los numerales 3, 4 y 6, constituyen la clase de bienes, que algunos tratadistas han llamado el HABER RELATIVO DE LA SOCIEDAD, y que está integrado por otros bienes que también se consideran sociales, pero que la sociedad conyugal, debe restituir en dinero al cónyuge aportante luego de disolverse la sociedad.

Los bienes que conforman este haber relativo son:

- A. Del dinero que cualquiera de los concubinos aporte a la sociedad patrimonial concubinaria, o los que adquiere durante la permanencia del concubinato (siempre y cuando este dure más de dos años), obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.
- B. De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los concubinos aporte a la sociedad patrimonial concubinaria, o durante el concubinato adquiere, quedando obligada la sociedad a restituir el valor según el que tuvieran al tiempo de la aportación o adquisición.

En la obra del doctor Marco G. Monroy Cabra, "Matrimonio y Divorcio en Colombia", encontramos una cita del doctor Carlos Holguín, que consideramos oportuno reproducir:

"Aportare al matrimonio. Aportar es expresión que se emplea en el contrato de sociedad para calificar el hecho por medio del cual uno de los socios transfiere a la sociedad su aporte para formar el haber social. En estos dos incisos, el tercero y el cuarto, se entiende que el aporte es automático. No es indispensable que los cónyuges digan que aportan, ni necesitan celebrar ningún acto jurídico para hacerlo; basta que los bienes existan en el momento de casarse. Las cosas contempladas en los numerales que

comentamos, ingresan por ministerios de la ley al haber relativo de la sociedad.

El segundo inciso del ordinal 4° contempla un caso en que es necesario celebrar un acto jurídico para poder separar ciertos bienes e impedir que ingresen por ministerio de la ley a la sociedad conyugal (o durante él adquiere). Recordemos que donde se dice matrimonio, debemos entender sociedad. Faltó expresar en este ordinal 4°, que los bienes que se adquirieron durante la sociedad deben ser a título gratuito. Esta omisión es sumamente grave.

Nosotros consideramos que el ordinal hay que entenderlo con el aditamento de adquirido a título gratuito, por dos razones:

- a. Porque los adquiridos a título oneroso quedan comprendidos en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 1781.
- b. Porque el haber relativo de la sociedad se forma precisamente con aquellos bienes que deben ser propios, pero que por ser muebles se llevan a la sociedad. Y recordemos que los bienes propios son los adquiridos a título oneroso antes de la sociedad o a título gratuito durante ésta".

En lo que se refiere al hallazgo de un tesoro, se dice que éste constituye una adquisición a título gratuito y, por tanto, tal tesoro forma parte del haber relativo de la Sociedad Patrimonial Concubinaria, pero con la obligación de restituir su valor al socio que lo descubrió.

Refiriéndonos a las donaciones remuneratorias, que son las que se hacen en remuneración de servicios que suelen pagarse, el artículo 1794 del Código Civil dice:

"Las donaciones remuneratorias, hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no daban acción contra dicha persona, aumentan el haber social, hasta concurrencia de lo que hubiera habido acción a pedir por ellos y no más; salvo que dichos servicios se hayan prestado antes de la sociedad, pues en tal caso no se adjudicarán a la sociedad dichas donaciones en parte alguna".

Según esta norma las donaciones remunerativas, hechas a un cónyuge o a un concubino, ingresan en el haber absoluto, si los servicios prestados por dicho socio confieren acción para exigir su pago; si esos servicios no otorgan esa acción, la donación entra a formar parte del haber relativo, lo mismo que cuando ella excede el monto de lo que puede pedirse en pago; este exceso se entiende a título gratuito.

C. De los bienes raíces que la mujer aporta a la Sociedad Patrimonial Concubinaria, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero. Esto se expresará en un instrumento público otorgado al tiempo del aporte, designándose el valor, y se procederá en lo demás como en el contrato de venta de bienes

raíces. Mas si se estipula que el cuerpo cierto que la mujer aporta, puede restituirse en dinero a elección de la misma mujer o del marido, se seguirán las reglas de las obligaciones alternativas.

PASIVO SOCIAL Y PASIVO PROPIO DE LOS CONCUBINOS

La sociedad patrimonial concubinaria no será considerada persona jurídica y no puede figurar como titular de los bienes sociales. En el patrimonio de cada uno de los concubinos figuran dos categorías de bienes: los propios o particulares del hombre o de la mujer, y los sociales que cada uno ha aportado, o adquirido. Cada concubino administra y dispone libremente, durante la existencia de la sociedad concubinaria, tanto de sus bienes propios como de los sociales.

La Ley 28 de 1932, se refiere a la responsabilidad solidaria entre los cónyuges respecto de las deudas sociales, y en su artículo 2° preceptúa:

"Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que contraiga personalmente, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de los cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente

entre sí, conforme al Código Civil".

Asimilando estos dos puntos de sociedades, la conyugal y la concubinaria, vemos que entre los concubinos, quienes tampoco pueden, ni podrán responder solidariamente, en cuanto se refiere a la sociedad patrimonial concubinaria por no ser ésta una persona jurídica, también se da entre ellos por excepción, la responsabilidad solidaria ante terceros y proporcionalmente entre sí cuando se refieran a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas y las demás estatuidas en el artículo 2° de la Ley 28 de 1932 .

Así, cada concubino tiene un pasivo propio, por el cual responde personalmente y sus acreedores pueden perseguir los bienes que le pertenecen, que administre, ya sean propios o sociales. Pero hay ciertas deudas por las cuales los concubinos responden solidariamente aun cuando las contraiga cualquiera de ellos separadamente, pues corren y deben pagarlas ambos, conjuntamente. Este sería el pasivo social, que estaría formado por actos encaminados a satisfacer las ordinarias necesidades de los concubinos o la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes.

Debe tratarse de una necesidad doméstica que sea ordinaria, es decir, que sea una exigencia nacida de la subsistencia de uno de los

concubinos o de ambos. Si se trata de algo diferente, como ejecutar un viaje al exterior, que es un acto recreativo, la deuda que para satisfacerlo contraiga uno de los concubinos no grava solidariamente al otro. También constituyen deudas que gravan solidariamente a los concubinos, las contraídas por cualquiera de ellos para satisfacer las necesidades que se refieren a la educación, crianza y establecimiento de los hijos comunes; pero estas necesidades deben ser también ordinarias, naturales y no contraídas por deseos de lucro o comodidad.

PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL
CONCUBINARIA

Hemos establecido que la sociedad patrimonial entre los concubinos surge de la materialidad del concubinato mismo; ya que su nacimiento se encuentra condicionado por la ley al surgimiento del concubinato en sí.

Se trata entonces de establecer dos premisas: una premisa mayor que es el concubinato y una premisa menor que es la sociedad patrimonial. Probada la primera, queda debidamente demostrada la segunda.

Así como la existencia de la sociedad conyugal, se prueba por medio del acta del contrato del matrimonio civil celebrado ante el juez competente o la correspondiente acta del matrimonio católico, debidamente registrada ante el funcionario encargado, asimismo incumbe a quien alega la existencia de la sociedad patrimonial entre concubinos, no ya, por medio de un acta, por lo que estamos en presencia de la exteriorización de un acto humano en el cual no ha mediado ninguna clase de solemnidades; entonces, debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, que nos indica a los medios probatorios de los cuales pueden servirse las partes para llevar certeza o convicción a la mente del juez.

Estos medios de prueba son: La declaración de parte, el testimonio de terceros, la inspección judicial, los documentos, los indicios o cualquier otro medio útil para llevar convencimiento al juez.

No incluimos en la relación de las pruebas conducentes y pertinentes para demostrar el concubinato, la prueba pericial, como tampoco el juramento, por las razones que procedemos a explicar.

La primera, porque está procedente de acuerdo con lo estipulado en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil; para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran especiales conocimien-

tos científicos, técnicos o artísticos; pues bien, como hemos establecido antes, lo que se trata de determinar son dos puntos:

- El hecho de que dos personas tienen una comunidad de vida, caracterizada por la convivencia "more uxorio"; es decir, que mantienen un estado de aparente matrimonio, sin que medie entre ellos en la institucionalización de su unión cualquier clase de solemnidad.
- El segundo punto, consiste en que esa convivencia ha tenido una duración mínima de dos años. Entonces, podemos observar claramente que no estamos en presencia de un hecho que requiera conocimientos científicos, técnicos o artísticos para su comprobación, con lo que la peritación sería una prueba notoriamente inconducente e impertinente para la demostración del concubinato.

En cuanto al juramento, el único que tiene aplicación legal en nuestro país es el estimatorio, que es aquél en el cual la ley autoriza a una de las partes para que, con respaldo en el juramento, estime en dinero el derecho demandado. Por lo tanto, es claro que es completamente inadmisibile para probar el hecho del concubinato.

Referente a los demás medios de prueba, todos pueden ser útiles para llevar certeza o convicción a la mente del juez sobre los hechos que se tratan de probar para demostrar el concubinato.

CAPITULO XI

DERECHO SUCESORAL

No existen razones de peso que nieguen el justo clamor de conceder a la persona concubinaria vocación hereditaria.

No hay en nuestro Código Civil una norma que le permita a la concubina concurrir a la sucesión intestada del difunto concubino. Si el concubino difunto no dejó nada testamentariamente a la concubina o viceversa, tendría que recurrir éste o ésta a intentar demostrar, según las circunstancias, alguna de las tres vías aceptadas por la jurisprudencia para lograr algo de su interés pecuniario: sociedad de hecho, contrato de trabajo y enriquecimiento sin causa; pero generalmente no cuenta con suerte, debido a la dificultad con las pruebas.

Todo nos lleva a lo justo que sería que la concubina o el concubino, tuvieran vocación sucesoria en la sucesión abintestato del "de cujus concubinario".

Como sabemos, la estructura de la institución sucesoral descansa en el principio que sugiere que los afectos de la persona primero descienden, luego ascienden y, finalmente, se extienden. Habrá entonces que conservar esta estructura y esto se logra concediendo a la concubina o al concubino el mismo lugar que en los diferentes órdenes hereditarios ocupa el cónyuge. Y se consagraría también la "porción concubinal".

El Derecho Sucesoral que pretendemos se legisle, sólo puede tener lugar cuando el concubinario fallece encontrándose el concubinato perfecto o clásico en funcionamiento, o cuando el concubinato finalizó por culpa del causante. Además, si el "de cujus concubinario" había contraído matrimonio luego de la ruptura del concubinismo, la antigua concubina o concubino no tiene ningún derecho, pues de tenerlo, se desconocerían los de la cónyuge, desprotegiendo de esta manera la institución del matrimonio.

SEGUNDA PARTE - DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

CAPITULO I

LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

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

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

Para conferir al hijo la calidad de natural o extramatrimonial, se requiere:

1. Que el padre o madre reconozca expresamente al hijo

2. Que el reconocimiento se haga por instrumento público entre vivos o por acto testamentario.

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

Nos hemos referido con especialidad a la filiación extramatrimonial por ser la que nos interesa específicamente en este estudio, mas a continuación vamos a hacer un rápido recorrido por los distintos tipos de filiaciones.

CLASES DE FILIACIONES: Legítima, extramatrimonial y adoptiva. Estos son los tres tipos reglamentados exclusivamente por la ley (artículo 1° de la Ley 29 de 1982). Según el artículo 246 del Código Civil, se entenderá como hijos legítimos tanto los nacidos de legítimo matrimonio, como a los legitimados, por las leyes, decretos, actos testamentarios y contratos.

Los hijos extramatrimoniales son los denominados por el Código Civil como naturales (artículo 1° de la Ley 45 de 1936). El parentesco civil es el que resulta de la adopción, en virtud del cual, la ley considera que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran en relación de padre, madre e hijo. De aquí resultan los denominados hijos adoptivos.

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

En el Derecho Romano tomaban el nombre de filiaciones naturales, porque estaban reguladas por el derecho natural; las reguladas por el Derecho Civil, se denominaban legítimas; ya en el Derecho Feudal y Clásico, esta filiación natural fue reglamentada o regulada por la ley, pero se prohibieron ciertas filiaciones, como la de los hijos de adulterio o los nacidos de incesto, etc., que tomaron el nombre de filiaciones ilegítimas por ser contrarias a la ley; nuestro Código Civil se refiere en su artículo 39 a la consanguinidad ilegítima, refiriéndose a "aquella en que una o más de las generaciones de que resulta, no han sido autorizadas por la ley;" la ley 45 de 1936 no suprimió la categoría de hijos ilegítimos; pero el artículo 1° de la Ley 29 de 1982 por su carácter excluyente, nos hace pensar que sólo existen los tres calificativos de filiaciones legítima, extramatrimonial y adoptiva, por lo tanto, ninguna filiación resultaría ilegítima o irreglamentaria.

En lo que se refiere a la situación y calificación de los hijos de padres desconocidos, es decir, los abandonados y expósitos, que anteriormente se denominaban hijos ilegítimos, nosotros nos acogemos

al parecer de muchos autores, en que éstos deben denominarse hijos simples, biológicamente son hijos, porque pertenecen a la naturaleza humana y es lógico que son hijos de alguien, mas como la filiación supone la certeza jurídica de la maternidad o paternidad, jurídicamente no se trata de un hijo porque no se sabe quiénes son los padres. Pero como necesitamos calificarlos, nosotros estamos de acuerdo en la calificación antes mencionada de hijos o filiación simple.

Para terminar, queremos referirnos al empleo del calificativo extramatrimonial. De la incorporación del calificativo de hijos extramatrimoniales a nuestra legislación se sustraen dos importantes consecuencias. Se puede advertir, de un lado, el uso expreso e indiscriminado que se puede hacer de las expresiones hijos extramatrimoniales e hijos naturales, sin que ello pueda incidir en los negocios jurídicos pertinentes; por otro lado, el empleo tácito e inequívoco de ambas expresiones, como cuando el testador manifiesta solamente que reconoce como hijo suyo a determinada persona, entonces, le corresponde a la ley determinar la clase de estado civil en que el reconocido queda involucrado. La utilización de ambas calificaciones no es cuestión importante para que los derechos de estos hijos, ya sean denominados naturales o extramatrimoniales, se encuentren equiparados a los de los hijos legítimos, ya que la igualdad sucesor-

ral fue concedida a los hijos "naturales" o "extramatrimoniales"
con la Ley 29 de 1982.

CAPITULO II

BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

ROMA

Aquí sólo podían ser reconocidos los "liberis naturalis" o "liberi non justii", pero desde el tiempo de Constantino, se designaban de esta manera a los hijos nacidos del concubinato y como habíamos dicho anteriormente, éstos eran los únicos que podían ser legitimados.

Las leyes de Partidas adoptaron esta nueva designación: "naturales é non legitimos llamaron los sabios antiguos a los hijos que non nascen de casamiento según ley; assi como los que facen en las barraganas". Esto lo decía la Ley 1a. Título 15 de la Partida 4a., es decir, eran naturales y no legítimos los hijos nacidos de uniones sin matrimonio y los hijos de las barraganas. Pero bajo la influencia del Derecho Canónico, más favorable a los hijos, llegó a aplicarse la denominación de naturales a los hijos de personas, hombre y mu-

jer, que podían contraer matrimonio, "ex soluto et soluta". Y la Ley 11 de Toro, que es la 1a. del Título 5, Libro 10 de la Novísima Recopilación, llamó naturales a los hijos de personas que al tiempo de la concepción o del nacimiento podían contraer matrimonio entre ellas justamente, sin dispensación, con tanto que el padre lo reconociera como su hijo.

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

Los hijos naturales o "liberis naturalis" no podían suceder hereditariamente, cuando el causante dejaba descendientes legítimos o cónyuge "superstite", pero podían sucederlo en una cuota alimentaria; mas a falta de los herederos legítimos, el "liberis naturalis" recibía una sexta parte de la herencia. Es decir, éstos eran excluidos por los descendientes legítimos y el cónyuge; y la filiación natural se limitaba en materia sucesoral a padres e hijos, éstos podían recibir su cuota personalmente, pero no podían representar, ni ser representados.

EL FEUDALISMO

En los regímenes jurídicos de la época feudal, continuaron las distinciones y discriminaciones gestadas en el derecho romano, aún con el cambio de la esclavitud por la servidumbre, estas discriminaciones eran relativas a la nacionalidad, la edad y el sexo.

En esta época feudal, sólo se consideraba como única y verdadera familia a la legítima, y los hijos naturales no eran considerados como familia, éstos eran reconocidos, pero sus derechos frente a los hijos legítimos estaban en completa desventaja, puesto que ellos regularon únicamente la familia legítima.

FRANCIA

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

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

Por un espíritu excesivo de reacción debido sobre todo a la influencia sentimental de J. J. Rousseau, a quien el abandono de sus cinco hijos en un hospicio daba una autoridad muy particular, se entró a concederle a los hijos naturales los mismos derechos de los hijos legítimos, concedidos por la Ley 12 Brumario del año II (2 de noviembre de 1793) y dio un valor retroactivo a algunas de sus disposiciones, hasta el 14 de julio de 1789. Esta misma ley daba a los hijos adulterinos derechos hereditarios iguales a un tercio de la parte a que hubiesen tenido derecho de haber nacido dentro del matrimonio.

Se consideraron desastrosas las aplicaciones de esta ley que fue necesario suprimirlas, se interrumpió el efecto retroactivo, y a raíz de esta ley, se disminuyó el matrimonio, no haciendo diferencia entre las diversas categorías de hijos.

El Consejo de Estado adoptó un partido intermedio: no se privó a los

hijos naturales de todo derecho a la sucesión, solamente se redujo su parte, de manera de efectuar una diferencia marcada entre los hijos naturales y los hijos legítimos, y entonces se acordó un tercio de la parte de un hijo legítimo. Y no se acordó ningún derecho de sucesión para los hijos adulterinos e incestuosos.

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

El artículo 337 del Código Civil Francés les concedió el poder ser reconocidos por uno de sus padres, durante el matrimonio de ellos con otra persona, pero se consideró que limitaba sus derechos, mas no le quitó su porción o derecho a alimentos; se creó este artículo para proteger a la familia legítima, y este artículo limitó los efectos de la filiación natural.

Posteriormente se les concedió la concurrencia con los parientes legítimos, incluso con los más favorecidos, los hijos legítimos. Pero

hay que tener en cuenta que ellos no concedieron derechos hereditarios a los hijos naturales, mas que a condición de que fueran reconocidos legalmente (artículo 756 Código Civil Francés), lo que significa que para ellos la filiación no sólo debe ser cierta de hecho, sino también comprobada mediante reconocimiento o sentencia.

COLOMBIA

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

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

Durante mucho tiempo, desde 1887, hasta 1936, la discriminación que existía entre los hijos naturales y los hijos legítimos, había si-

do una de las mayores desigualdades, que habían caracterizado nuestro Derecho, en lo referente a los derechos sucesorales. El artículo 86 de la Ley 153 de 1887 rechazó la concurrencia de los hijos naturales con los hijos legítimos, esto perduró hasta 1936, cuando el artículo 18 de la Ley 45 del mismo año extinguió esta preferencia y concedió la concurrencia hereditaria entre los hijos naturales y los hijos legítimos, en la mitad de la cuota hereditaria de éstos.

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

Actualmente esta discriminación fue eliminada por la Ley 29 de 1982, al consagrar la igualdad sucesoral de los hijos "naturales" o "extramatrimoniales" con los hijos legítimos.

CAPITULO III

CARACTERES DE RECONOCIMIENTO CONSIDERADOS COMO MEDIO DE PRUEBA

NATURALEZA MIXTA DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento constituye una prueba extrajudicial y la única prueba extrajudicial de la filiación extramatrimonial. Ese papel de prueba es fácil de comprender: al reconocer a su hijo, él o la madre confiesan el vínculo de filiación, esa confesión hace prueba.

Pero cabe ver en el reconocimiento de hijo natural algo más que una prueba del vínculo de filiación. Puede hacerse de ello el medio de prueba del vínculo de filiación extramatrimonial, la condición necesaria para la existencia de ese nexo, entregado así a la disposición de los padres.

Habiendo admitido el legislador, a la vez, que la filiación extramatrimonial está dejada y que no está dejada a disposición de los pa-

dres resulta de ahí que el reconocimiento presenta un carácter mixto: por algunas de las reglas que lo rigen, aparece como un simple medio de prueba de la filiación extramatrimonial; por otras, como un medio de creación de esa filiación.

CARACTERES QUE DERIVAN DEL RECONOCIMIENTO CONSIDERADO COMO MEDIO DE PRUEBA

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

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

El reconocimiento como acto individual

La confesión no compromete sino a su autor: no se confiesa por otro.

El reconocimiento, porque es una confesión, es individual. La indicación del hombre del otro progenitor en el reconocimiento no produce, en principio, ningún efecto jurídico.

Sin embargo, existe una atenuación en la individualidad del reconoci-

miento: cuando éste procede del padre, la indicación del nombre de la madre en el documento tendrá efecto con respecto a la madre; atenuación más bien que excepción, porque semejante reconocimiento no tendrá efecto con relación a la madre más que si ella misma ha confesado su maternidad. Así, el único efecto que produce, sobre la prueba de la maternidad, el reconocimiento hecho por el padre, es el de otorgar a una confesión de la madre, desprovista de toda forma, el valor de un reconocimiento efectuado en la forma regular, de autenticar toda confesión de la madre.

Reconocimiento como acto declarativo

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

De ello resultan dos consecuencias:

- 1a. El reconocimiento se retrotrae; la filiación del hijo se establece retroactivamente desde su concepción. Si se aplicara estrictamente este principio, se anularían retroactivamente los actos realizados por el representante del hijo menor de edad antes de

su reconocimiento; puesto que, por efecto de la retroactividad, el autor de reconocimiento ha quedado investido de la patria potestad desde el día del nacimiento, de tal suerte que el anterior representante del menor se encuentra sin cualidad. Pero resultarían de ahí graves inconvenientes. Por ello se decide que estos actos conservan su validez pese al reconocimiento; hay que ver en ello una aplicación de la teoría de la apariencia: el primer representante aparecía ante todas las personas que habían tratado con él como si fuera el verdadero representante del hijo.

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

Reconocimiento como acto irrevocable

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

Aunque la gran mayoría de las legislaciones en todo el mundo, ha investido al reconocimiento del carácter de irrevocabilidad, muchos son los tratadistas que han atacado esa característica del reconoci-

miento, cuando éste se ha hecho en cláusula testamentaria.

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

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

Pero el reconocimiento es independiente del matrimonio, no es condicional y no se concibe, siquiera que se haga bajo condición; es,

pues, la confesión pura y simple de un hecho, y esta confesión, una vez efectuada, no puede ser retractada.

El testamento, dicen algunos tratadistas, entre ellos Laurent y Demolombe, es revocable en su esencia; lo que quiere decir, que todas las declaraciones, todas las disposiciones del testador no son todavía más que un proyecto en el momento del otorgamiento del acto; ellas no vienen a existir sino a su muerte. En vano se dice que es preciso hacer para el testador una distinción análoga a la que hemos hecho para las capitulaciones matrimoniales; es decir, que es preciso distinguir las cláusulas que conciernen a los bienes de las que contienen una confesión, ya que hay una diferencia esencial entre estos dos actos.

En las capitulaciones matrimoniales, las partes contratantes confiesan su voluntad de una manera definitiva, pero bajo condición; si el reconocimiento pudiera ser condicional, caducará como todas las cláusulas del contrato, en caso de que el matrimonio no se celebrara; si, pues, el reconocimiento se mantiene, se debe a que no puede ser hecho bajo condición; es puro y simple y en este sentido es irrevocable. Por lo que hace al testamento, es revocable porque las disposiciones que están haciendo, se encuentran aún en el estado de proyecto: si el testador puede tener hoy la voluntad de reconocer a

su hijo, podría no tener la intención mañana, o pudiere ocurrir, que el testador, basándose en supuestos mendaces, cree suyo un hijo que en realidad no lo es, y lo reconoce en su testamento, ¿Puede en este caso negar la ley a corregir el error en que incurrió?

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

CAPITULO IV

CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO CONSIDERADO COMO
MEDIO DE CREACION DE LA FILIACION

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

RECONOCIMIENTO COMO ACTO VOLUNTARIO DISCRECIONAL

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

depende de la exclusiva voluntad del padre, que nada puede constreñir.

RECONOCIMIENTO COMO ACTO UNILATERAL

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

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

RECONOCIMIENTO CREA EFECTOS "ERGA OMNES"

Se ha precisado que el reconocimiento es, en ciertos aspectos, un acto declarativo. Debería resultar de ello que no es oponible más que a su autor y a sus herederos. Pero, el legislador trata el reconocimiento como un acto constitutivo: hace de él un medio de prueba

de la filiación, porque lo declara oponible a todos. De esta manera el reconocimiento se impone a todos; nadie puede pretender desconocerlo, para contradecirlo, cada cual debe demostrar, como el mismo autor, la inexactitud de éste. Porque existe una regla que dice que cuando la filiación esté establecida por un documento o por una sentencia, no podrá ser reconocida con posterioridad, ninguna filiación contraria, sin que una sentencia establezca, previamente, la inexactitud de la primera.

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

RECONOCIMIENTO COMO ACTO ANULABLE

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

Semejante exigencia, que se encuentra a propósito de actos jurídicos muy importantes (matrimonio, capitulaciones matrimoniales, dona-

ciones), tiene por finalidad el control de la voluntad. No se concebiría si el reconocimiento no fuera un acto de voluntad creador de derecho.

CAPITULO V

PERSONAS QUE PUEDEN EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO

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

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

Se ha sostenido que el menor, un hijo de familia, u otro incapaz, así como la mujer casada, pueden reconocerlo por sí solo. Esto es, ejecutar válidamente el acto de reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, porque tal acto es respecto del padre como de la madre, un acto de declaración de voluntad y actos de esta naturaleza no pueden ser ejecutados por un incapaz. Esta opinión, no nos parece fundada, pues debe tenerse en cuenta que la obligación que una

persona contrae para con otra o puede contraer por medio de un acto de declaración de voluntad se limita para los incapaces en la medida en que pueda o no afectar su patrimonio, y en el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no se trata de obligarse o de afectar su patrimonio, sino de una declaración o confesión de un hecho moral y del cumplimiento de un deber moral que es por su naturaleza un acto esencialmente personal.

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

La cuestión ha sido vivamente controvertida entre los tratadistas, pero se admite, generalmente, que no es necesario tener la capacidad de obligarse para reconocer a un hijo como extramatrimonial, y que, toda persona que era capaz de procrear en la época a que se refiere

la concepción del hijo que desea reconocer, y que puede expresar su voluntad libremente en el momento del reconocimiento con discernimiento, puede efectuar ese reconocimiento.

Concluimos aquí que basta ser capaz de hacer una declaración digna de fe. No se puede pensar en aplicar aquí las reglas relativas a la capacidad para contratar; pues el reconocimiento del hijo extramatrimonial, no es un contrato, es una declaración de voluntad. Algunos autores franceses, han sostenido, que reconocer al hijo a quien se le ha dado vida, es seguir el primer impulso, es llenar el primer deber de la naturaleza, pues bien, todo individuo que está en estado de ser padre, está pues, por este sólo hecho, en estado de seguir este primer movimiento, de llenar este primer deber. ¿Qué importa que el artículo 1504 del Código Civil incapaces para obligarse por sí mismos?

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

RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR "INTERDICTO"

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

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

El interdicto por demencia, se encuentra en una situación análoga, pero será necesario que el reconocimiento se efectúe en un intervalo lúcido.

RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR UN MENOR DE EDAD

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

tuar acto semejante.

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

Según algunos autores, si se tiene en cuenta que el menor es generalmente incapaz, todos los actos jurídicos que interesen al menor, deben ser ejecutados por su curador. Es cierto que el reconocimiento de un hijo es un hecho personal, que no puede emanar sino del padre o la madre que reconocen; y que, por lo mismo, no podría hacer el reconocimiento el curador del menor dentro de sus facultades legales. De modo, que habrá de llegarse a la conclusión de que el reconocimiento no podría hacerse mientras durase la minoría de edad; pero este sería un inconveniente de la ley y los absurdos que de ella puedan emanar son imputables al legislador.

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

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

Esta explicación que encabeza el tratadista francés Laurent, ha quedado casi sola. El alcance que él da a la incapacidad del menor no es exacto. Es cierto que el menor es en general incapaz para todos los actos que puedan ser hechos por su representante legal, padre de familia o tutor, pero su incapacidad no puede, por lo mismo, extenderse a los actos que suponen una manifestación personal de voluntad. Tales actos son permitidos al menor, porque la ley no ha querido quitarle el ejercicio y el goce de sus derechos. Se teme que el menor pueda ser víctima de su inexperiencia y ceda a los impulsos de su pasión; pero los jueces podrán anular su reconocimiento, como contrario a la verdad, a petición del menor que probara haber sido víctima de un engaño.

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

RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MANDATARIO

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

La especialidad consiste en que el mandante manifieste personalmente su voluntad de reconocer al hijo y de poder para reconocer a tal hijo. Un mandato general, aún con las más amplias facultades no bastaría, pues el reconocimiento de un hijo natural no es un acto de gestión del patrimonio del mandante, sino que tiene por objeto el reconocimiento de un hecho personal.

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



datario.

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

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

RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MUJER CASADA

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

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

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

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

CAPITULO VI

DE LOS HIJOS QUE PUEDEN SER RECONOCIDOS COMO
EXTRAMATRIMONIALES

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

Con la ley 45 de 1936, para la calidad de hijo natural bastaba que los

padres no estuvieran casados entre sí al momento de la concepción y que fuera reconocido por el padre o declarado judicialmente como tal. Quedaron entonces suprimidas las clases de los hijos espúreos y se abrfa la posibilidad de que ellos pudieran establecer su paternidad por reconocimiento o por declaración judicial.

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

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

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

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

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

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

Por lo demás, la distinción que hacían las leyes de las partidas siguiendo al Derecho Romano, entre los hijos naturales y mánceres y los es-

púreos o "vulgo concepti", perdió toda su importancia y significación bajo el imperio de la ley 153 de 1857 que suprimió la acepción de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento. Por incierta que sea la paternidad, un hombre puede reconocer como suyo al hijo de una mujer que vive prostituída, y ese reconocimiento no podría ser impugnado sino probando la absoluta imposibilidad física.

RECONOCIMIENTO DEL HIJO QUE AUN NO HA NACIDO

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

Debe observarse ante todo que el artículo 1° de la Ley 45 de 1936, no provee una definición de los hijos naturales y habla sólo de lo que más comúnmente ocurre, al decir que los hijos naturales se tendrán como tales siempre y cuando hayan nacido de padres que al tiempo de la concepción no estuvieren casados, pero que luego hubieren sido o declarados como tal, de acuerdo con las leyes. De modo, pues, que los hijos ilegítimos que pueden ser reconocidos como naturales, si

han obtenido el reconocimiento de sus padres ó de uno de ellos y no se divisa qué inconveniente puede haber para que este reconocimiento se haga antes del nacimiento.

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

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

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

El código en todo caso no prohíbe este reconocimiento; y cabe aplicar aquí la máxima que reputa nacido al hijo para todo lo que mira a su interés: INFANS CONCEPTUS PRO NATO HABETUR QUOTIES DE COMMODIS EJUS AGITUR.

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

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

RECONOCIMIENTO DEL HIJO FALLECIDO

No hay inconveniente para efectuar el reconocimiento de un hijo natu-

ral que ya ha fallecido, si tiene descendientes legítimos. Al tratar de la legitimación la jurisprudencia aceptó expresamente la del hijo que es muerto en el momento en que se trata de efectuarla, disponiendo que la notificación se hará a sus descendientes legítimos a quienes aprovecha la legitimación y como el reconocimiento debe ser aceptado o repudiado de la misma manera que la legitimación hecha por matrimonio posterior a la concepción. En este punto hay también uniformidad en la doctrina.

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

Entre los tratadistas la cuestión es controvertida. El francés Laurent se pronuncia por la afirmativa y expresa que la mayor parte de los autores admiten el reconocimiento que puede hacerse aunque el hijo fallecido no haya dejado descendientes. Este punto es dudoso. Es verdad que la ley no limita la época en que puede hacerse el reconocimiento, pero, ¿acaso no está ella fijada por la naturaleza de las cosas? ¿Cuál es el objeto del reconocimiento?

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

Llegamos a la conclusión de que el reconocimiento puede hacerse aunque el hijo no tenga descendientes. Esta defensa, fundamentada así, principalmente en la ausencia de un texto prohibitivo en el Códigi-

go de Napoleón; pero no falta quienes se pronuncien con calor por la opinión contraria, alegando que la muerte del hijo sin posteridad hace imposible un acto que debe, ante todo, tener por causa y por objeto su propia ventaja.

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

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

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

La ley, llama a heredar al hijo póstumo directamente de su padre o a representarlo. La primera hipótesis se presenta en este caso:

Muere el padre y deja a un hijo nacido y uno concebido. Entonces los bienes del padre se dividen entre los dos, una parte para el nacido y otra parte por el que está por nacer.

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

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

CAPITULO VII

FORMAS DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO

Según el artículo segundo de la Ley 45 de 1936, que fue modificada por el artículo primero de la Ley 75 de 1968, se establece: El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:

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

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

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

Igual procedimiento se seguirá en caso de que la notificación no pueda llevarse a cabo en el término indicado o que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre.

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

2. Por escritura pública.
3. Por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento.

4. Por manifestación expresa y directa hecha ánte un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene. —

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, o el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre, sea citado personalmente ante el juez, para que declare bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación, expresándose el objeto, se mitará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación. La declaración judicial, será revisable, en los términos del artículo 18 de la presente ley.

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

RECONOCIMIENTO POR ACTO ENTRE VIVOS

El reconocimiento por acto entre vivos, reviste diferentes formas que, como hemos establecido, se infieren de la preceptiva del artículo segundo de la Ley 75 de 1968, así podrá efectuarse: en el acta de

nacimiento, firmándola quien reconoce, por escritura pública, o por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el acto único y principal del acta que lo contiene.

RECONOCIMIENTO EFECTUADO EN EL ACTA DE NACIMIENTO

Cuando el reconocimiento, llevado a efecto por medio de la respectiva acta de nacimiento por los dos padres de común acuerdo, no existe ningún problema, ya que, firmada el acta de nacimiento por los dos padres, este reconocimiento tiene todos sus efectos sin más formalidades.

Pero puede ocurrir que sea sólo uno de los padres quien firme el acta de nacimiento; en este caso, la ley provee el procedimiento de la siguiente manera, teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo primero de la Ley 75 de 1968 y en los artículos 54 al 60 del Decreto 1.260 de 1970: el encargado de llevar el acta de nacimiento deberá, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la inscripción del acta que nos ocupa, solicitar la comparecencia del presunto padre, y las autoridades de policía y los defensores de menores, deberán prestar su colaboración para asegurar la comparecencia. Presente el supuesto padre ante la oficina del registro del estado civil, deberá

enterársele del contenido del folio del registro de nacimiento y de la hoja adicional en la cual consta la atribución de la paternidad, habrá de manifestar si reconoce a la persona allí indicada como hijo natural suyo o rechaza tal imputación.

El funcionario competente deberá levantar un acta, en la cual consten todo lo manifestado. En caso de que el supuesto padre acepte la paternidad del hijo, se hará la debida constancia en el folio correspondiente. En caso contrario, deberá el respectivo funcionario comunicar el hecho al defensor de menores para que este inicie la investigación de la paternidad.

RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR ESCRITURA PUBLICA

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

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

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

RECONOCIMIENTO EFECTUADO POR MANIFESTACION HECHA ANTE JUEZ

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

En Francia se exige que el reconocimiento se haga mediante un acto auténtico, cuando se hace en la partida de nacimiento. Se admite que el reconocimiento podría accidentalmente ser recibido y comprobado por un tribuna, cuando, en el curso de una instancia pendiente ante él, una de las partes ha reconocido a un hijo como natural y se ha levantado acta de esta declaración. La autoridad judicial, se dice, tiene en efecto, el poder de dejar constancia auténtica de la confesión que se presta ante ella en las circunstancias que le están sometidas y el reconocimiento, será válido si uno de los puntos discutidos es la filiación.

Se cita como ejemplo el reconocimiento que incide en el curso de una instancia sobre daños y perjuicios intentada por una joven seducida,

contra el seductor. Una sentencia de la corte de casación del 13 de julio de 1886¹, aplicó este principio en la especie siguiente: una joven abandonada por el seductor había intentado matarlo; éste, oído como testigo, declaró haber tenido relaciones sexuales con la acusada y que ésta había quedado embarazada. Esta declaración, consignada en el proceso criminal, que es un acto auténtico, equivale, dijo la corte a un reconocimiento en provecho del hijo.

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

Debemos anotar dos características especiales que se encuentran inmersas en la citada disposición. La primera es que la declaración no tiene que ser necesariamente el objeto único y principal del acto que la contiene. La segunda consiste en que el mencionado artículo establece el inciso segundo del cuarto numeral, que la declaración

1. Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. Volumen II. P. 36

que explicamos sólo es posible cuando se tratá de un menor, cuando expresa que el hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o la persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda o el Ministerio Público, como también el defensor de menores, son las personas indicadas para solicitar al juez la citación del presunto padre.

RECONOCIMIENTO EFECTUADO EN ACTO TESTAMENTARIO

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

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

El francés Demolombe, se pronunciaba abiertamente por esta opinión.

"Toda manifestación de voluntad, dice, confesión, declaración,

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

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

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

de reconocimiento de un hijo como natural.

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

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

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

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

Las solemnidades exigidas para determinados actos en la legislación colombiana, no se exigen sólo "ad solemnitaten", sino también co-

mo medio de prueba, por lo tanto es indispensable para el nacimiento de esos actos que se cumplan la serie de formalidades exigidas, para que nazcan a la vida jurídica.

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

CAPITULO VIII

EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

PRUEBA DEL VINCULO DE FILIACION

Es conocido el carácter mixto del reconocimiento. Cuando se trata de determinar sus efectos, el carácter de la confesión se sobrepone: en este sentido, el reconocimiento no crea un vínculo de filiación, lo prueba. El hijo se considera, pues, como hijo de su autor desde el día de su nacimiento, o incluso desde su concepción.

El acta de nacimiento del hijo legítimo prueba el parto, pero no la identidad. De igual modo, el reconocimiento prueba el parto, cuando es efectuada por la madre y la concepción cuando es efectuada por el padre, pero no se prueba con el reconocimiento la identidad del hijo favorecido por él y la de aquel que lo alega. Así pues, deberá probar su identidad. Pero, si está reconocido, hará esa prueba fuera de todo juicio, con tanta facilidad como el hijo legítimo que dis-

ponga de una partida de nacimiento: por todos los medios, comprendida en ellos la posesión de estado. No debe concebirse aquí ninguna restricción de prueba.

El reconocimiento no prueba, por lo tanto, mas que el parto, si se hace por la madre, o la concepción, si se hace por el padre.

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

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

OBLIGACION ALIMENTARIA

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

Los alimentos congruos, son los que habilitan al alimentado para sub-

sistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.

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

El artículo 411 del Código Civil, en su quinto numeral, que fue modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968, establece que se deben alimentos a los hijos naturales, a su posteridad legítima y a los hijos naturales.

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

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

Del texto anterior se infiere que la norma que consagraba el suministro de alimentos congruos a los hijos naturales quedó reafirmada con

la expedición de la Ley 29 de 1982, ya que al consagrarse la igualdad los alimentos que se deben a los hijos naturales, serán de la misma especie que los que se deben a los hijos legítimos, o sea, congruos.

EXTENSION DEL DEBER ALIMENTARIO

Aunque, en realidad, en nuestra legislación no existe ninguna norma que lo consagre expresamente. la doctrina colombiana siempre ha comprendido que la obligación alimentaria se extiende, no sólo a los alimentos en sentido estricto, es decir, la comida, sino a todos aquellos elementos necesarios para tener la vida, tales como la habitación, la medicina, los servicios médicos, como también lo necesario para que las personas puedan vestirse y aquellos objetos necesarios para la presentación personal y cuando se trata del suministro de alimentos congruos, como en el caso de los hijos naturales o extramatrimoniales, estos alimentos deben guardar proporción con la posición social de la persona a quien se suministra, posición que lógicamente tendrá que relacionarse con la que guarda la persona que debe suministrar los alimentos, pues no será suministrada la misma suma en la mujer de un obrero, que en la de un ejecutivo; no por la posición social que ocupen, pues ésta necesariamente guardará relación con la solvencia económica de la persona que suministra los alimentos y que obviamente tienen ingresos diferentes.

SANCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

La ley preve sanciones a las personas que están obligadas a prestar alimentos e incumplen esta obligación. Para estos casos, establece la instauración de demanda para la consecución de los mismos y el suministro provisional de los mismos, desde el momento de la presentación de la demanda, siempre que se presenten ante el juez fundamentos plausibles, comprendiéndose por esto, un principio de prueba sumaria que merezca credibilidad. El juez determinará, la forma en que se conviertan los intereses de un capital que se consigna a este efecto en una caja de ahorros, como también en otro establecimiento similar y de la forma como deben restituirse al alimentado o a sus herederos, una vez que cese la obligación.

Como se puede observar, la sanción impuesta se refiere a la demanda civil únicamente. Sin embargo, en el año 1946 se dictó la ley orgánica de la defensa del niño, y en ella se dispone que los padres están obligados al sostenimiento de los hijos; cuando se incumple esta obligación, el niño, con su debido representante o el defensor de menores, puede dirigirse al juez competente que, en este caso, lo es el juez de menores, para que éste se pronuncie sobre el particular.

Asimismo, el artículo 40 de la Ley 75 de 1968, estableció que quien se sustraiga, sin justa causa, de las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, inclusive al cónyuge divorciado por su culpa que no hubiere incurrido en adulterio, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y a la suma de \$1.000 a \$50.000.

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

Se entiende que un menor se halla en estado de abandono físico, cuando carece de las personas que, según la ley, deban suministrarle alimentos, o cuando existiendo éstas, no tengan capacidad para suministrarlo.

También se considera que se encuentra un menor en estado de abandono, cuando sus padres o aquellas personas de quien el menor depende, lo incitan a la ejecución de actos perjudiciales para su salud física o moral; cuando se dedica a la mendicidad o a la vagancia, o frecuenta

el trato con gente viciosa o de mal vivir, o vive en casas destinadas al vicio, y cuando ejerce algún oficio que lo mantiene permanentemente en la calle o en lugares públicos que ponen en peligro su salud física o moral.

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

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

Como puede observarse, de la definición anterior, que la patria potestad es una institución creada con el objeto de dotar a los padres de las armas necesarias para asegurar el obediencia por parte de los hijos y de esta manera facilitar el cumplimiento de los deberes que corresponden al padre y a la madre, que son quienes ejercen la patria potestad, con relación a los hijos no emancipados.

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

Es necesario advertir, la preceptiva del artículo 290 del Código Civil,

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

EFFECTOS

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

- 1. El de los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su pecunio profesional o industrial.
- 2. El de los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes corresponda al hijo y no a los padres; en caso de que uno de los padres fuere excluído, corresponderá el usufructo al otro.
- 3. El de las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro.

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

El padre y la madre o uno de ellos, tienen un derecho de usufructo sobre los bienes del hijo que se encuentra bajo su patria potestad.

El crédito de un menor, es pues, objeto de ese usufructo legal del padre o la madre. Cuando el usufructo recae sobre cosas fungibles, como por ejemplo: dinero, el usufructuario tiene la propiedad de la cosa y está obligado a restituir igual calidad y cantidad, entonces, el objeto del crédito del menor es una cantidad de dinero.

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

La jurisprudencia ha sostenido, que los bienes que conforman el llamado peculio profesional o industrial está conformado por los bienes adquiridos por el hijo de familia como fruto de esas actividades, no

en el seno del hogar, donde se supone que apenas cumple con el elemental deber de auxiliar a sus padres, sino en campos extraños a la familia. Al hijo, que siendo menor, pueda ejercitar estas actividades, se le mira como emancipado o habilitado de edad para el manejo y disfrute de tales bienes en los que el padre, como es apenas lógico, no goza del usufructo legal.

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

El ejercicio de la patria potestad, se suspende con respecto de cualquiera de los padres, cuando se encuentre en estado de demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes por su larga ausencia, por haber abandonado al hijo o inferirle mal trato, como también por depravación o haber sido condenados a pena privativa de la libertad.

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

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

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

Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la obligación de vigilar que quienes ejercen la patria potestad, o la guarda cumplan sus deberes para con el menor; en caso necesario, deberá prestar su cooperación para el escogimiento de las personas o establecimientos a cuyo cuidado inmediato haya de estar el menor. Si los padres o guardadores se encontraren en imposibilidad absoluta de darles cuidado, o si la medida en cuestión apareciere convenientemente eficaz para la salud física o moral y la educación del menor.

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

CAPITULO 17

IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO

Todo reconocimiento que establezca una filiación inexacta puede ser atacado por la acción de impugnación del reconocimiento. Están admitidos todos los medios de prueba.

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

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

CASOS EN QUE ES POSIBLE LA IMPUGNACION

Se trata de demostrar que el hijo no es de la persona que lo ha reco-

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

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

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

El inciso primero del artículo 248 del Código Civil, expresa que podrá impugnarse la legitimación, probando que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante. Por lo tanto, la impugnación es posible tanto contra los reconocimientos mendaces, como contra los re-



conocimientos erróneos. Sin embargo, se está tentado de presentar una impugnación de un reconocimiento mendaz por el autor de éste: la irrevocabilidad del reconocimiento. Resulta claro, que el reconocimiento es irrevocable, de tal suerte que el autor de un reconocimiento no puede retractarse de este reconocimiento, pero eso supone que el reconocimiento sea exacto: la persona que ha confesado un hecho que sabía inexacto, puede retractarse siempre que esa confesión, como puede retractarse de la confesión errónea. Se porbará, por ende, la jurisprudencia francesa ha intentado superar las vacilaciones al resolver firmemente que el autor de un reconocimiento mendaz puede impugnarlo.

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

PROCEDIMIENTOS DE PRUEBA ADMISIBLE PARA IMPUGNAR UN RECONOCIMIENTO

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

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

Algunas resoluciones an estimado que era preciso exigir para invalidar el reconocimiento procedente del supuesto padre, la prueba de imposibilidad física de cohabitación. Eso es, extender abusivamente a la impugnación de reconocimiento una regla especial del desconocimiento de la paternidad legítima: si tiene su razón de ser en la familia legítima, estaría injustificada con respecto al hijo que no puede beneficiarse de ninguna protección semejante a la establecida por la presunción "PATER IS EST".

LA ACCION DE IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO

Por medio de una acción judicial, la acción de impugnación de reconocimiento, cabe atacar un reconocimiento: un tribunal debe ser juez de la exactitud o de la inexactitud de un reconocimiento.

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

QUIENES PUEDEN EJERCITAR LA ACCION DE IMPUGNACION

El inciso final del artículo 248 estipula, que no serán oídos contra la legitimación, sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; éstos en sesenta días contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

El autor del reconocimiento mismo y sin que tenga que distinguirse como se ha precisado, según que haya hecho una declaración voluntaria o involuntariamente inexacta.

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

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

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

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

Esta prueba debe ser suministrada, desde luego "In Limine Litis" y desechada sin dar lugar a su tramitación, si no se justifica que existe un interés lesionado con la existencia del reconocimiento del hijo natural.

La ley no quiere que estos procesos de impugnación de la paternidad

que perturban las familias y producen escándalo social, se promuevan por aquellas personas que no establezcan y prueben el interés que tienen en destruir la filiación natural que lesiona los derechos que le son propios. No podría admitirse, por ejemplo, la demanda de impugnación del reconocimiento formulada por un colateral del padre o madre que ha hecho el reconocimiento, si tal demandante no tuviera derecho alguno en la herencia del padre o madre por existir otros parientes de mejor derecho.

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

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

Aun cuando se confundan con frecuencia estas dos acciones, interesa distinguir una de otra. Cuando el marido ataca el reconocimiento que un tercero ha hecho de un hijo nacido de su mujer, entabla una acción de nulidad, no una acción de impugnación. La ley prohíbe a un tercero reconocer al hijo de una mujer casada, por tanto, basta

al marido probar que el reconocimiento se ha hecho con violación de esa regla. Por el contrario, si se tratara de una impugnación de reconocimiento, el marido tendría que probar que el reconocimiento es falso, prueba que consideramos imposible de aportar, cuando el autor del reconocimiento, cómplice del adulterio cometido por la mujer, es desde luego el padre. El marido, por tratarse de una acción de nulidad, no tiene que probar ni su propia paternidad, ni la no paternidad del autor del reconocimiento.

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

En efecto, ¿no hay por una parte, reconocimiento de una filiación inexacta y por otra parte, un vicio de consentimiento atenta, pues, contra una regla de validez? En realidad, si en esta situación debe invalidarse el reconocimiento, es porque acredita una filiación inexacta, no porque exista un vicio del consentimiento, porque el error no siempre constituye por sí mismo un vicio del consentimiento. Se trata, por lo tanto, de una acción de impugnación, no de una acción de nulidad. Por otro lado, sigue siendo discutida la cuestión de saber si un reconocimiento obtenido por dolo o violencia, es nulo desde el momento en que sea exacto.

CAPITULO X

LA FUNCION DEL ACTA DE NACIMIENTO Y DE LA POSESION DE
ESTADO EN LA PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EX-
TRAMATRIMONIALEL RECHAZO DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO Y DE LA POSE-
SION DE ESTADO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIA-
CION EXTRAMATRIMONIAL

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

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

Así, ni su cata de nacimiento, ni su posesión de estado, pueden servirle al hijo de prueba extrajudicial de su filiación natural.

LA FUNCION DEL ACTA DE NACIMIENTO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

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

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

tiene ningún valor, admitiendo incluso que pudiera figurar en la partida.

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

¿Por qué debe negarse esa fuerza probatoria al acta de nacimiento? Porque la madre no está en libertad de prohibir que se revele su nombre en la respectiva acta de nacimiento, ya que el artículo 1085 de la ley 83 de 1946, estableció que todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres.

LA POSESION DE ESTADO COMO PRUEBA EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

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

nidad natural).

No obstante, cabe preguntarse si existe un medio de prueba que procure mayor certeza en cuanto al nacimiento y a la identidad que la actitud de uno o de ambos progenitores, junto a la opinión de la familia y la sociedad. Por otra parte, puede considerarse que la posesión de estado, constituye en cierta medida, un reconocimiento, hecho en verdad sin las formalidades requeridas.

CAPITULO XI

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

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

COMPETENCIA

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

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

Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus des-

endientes legítimos y a sus ascendientes. La sentencia que declare la paternidad en estos casos, no producirá efectos patrimoniales, sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el proceso, y únicamente, cuando la demanda sea notificada dentro de los dos años siguientes a la fecha de la defunción.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA DECRETADA EN PROCESO DE INVESTIGACION DE PATERNIDAD NATURAL

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

En todo caso para que estas sentencias produzcan los efectos jurídicos del reconocimiento que ellos conllevan, es necesario que cumplan tres condiciones:

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

El legítimo contradictor, en la cuestión de paternidad, es el padre

contra el hijo, o el hijo contra el padre.

Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la finalización del proceso, esto es, antes de proferirse el fallo o sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos, que citados no comparecieron.

ACCION Y PROCEDIMIENTO

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

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

Cabe también la posibilidad, prevista en la ley, de que durante el embarazo la futura madre y el defensor de menores si ella se lo solicita

podrán promover ante el respectivo juez de menores, o el juez civil del circuito, si el padre ha fallecido, la investigación de la paternidad.

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

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

En todo caso, el juez tiene la obligación de exigir juramento al demandado, para lo cual bastará una sola citación personal de aquel y, celebrará durante el término de prueba las audiencias con intervención de las partes y de los testigos, a fin de establecer, no sólo lo tocante a la filiación del menor, sino los demás asuntos que deben de-

cidirse en la providencia que ponga fin a la actuación, y por lo tanto, está en la posibilidad de decretar de oficio las pruebas que estime conducentes para los mismos fines.

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

CAPITULO XII

PRESUNCION DE PATERNIDAD

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

El mencionado artículo expresa:

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

1. En el caso de rapto o violación cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.
2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una declaración inequívoca de paternidad.

4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

Dichas relaciones podrán 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, 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 que acredite que aquel, por hechos positivos, acogió al hijo como suyo.

5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.
6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

Debemos hacer claridad sobre los dos hechos que la ley menciona en el numeral primero, como con el rapto y la violación. Somos de la opinión que estos fueron incluidos en la mencionada disposición a la luz de lo dispuesto en el Código Penal de 1936, pues bien, los mencionados hechos, estaban instituidos como delitos, así se sancionaba el rapto, que se configuraba cuando valiéndose de violencia física o moral o de maniobras engañosas, de cualquier género, se arrebatan, sustraiga o retenga a una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con una mujer. Esta disposición, quedó totalmente derogada con la expedición de la Ley 100 de 1980, que no tipifica este hecho como delito, por lo tanto, lo mencionaremos en esta explicación sólo a manera de información, ya que al quitarle la calificación de delito, mal haríamos en tenerlo en cuenta en la presunción en estudio.

En cuanto a la violación, se encontraba instituida como delito en el artículo 316 del Código Penal anterior, que estipulaba: el que someta a otra persona al acceso carnal sin consentimiento, y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión.

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

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

El segundo supuesto, que debe probarse es que el tiempo del hecho coincide con el tiempo de la concepción.

Para determinar esta eventualidad, es necesario consultar lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, que establece: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de 180 días cabales y no más de 300, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

Entonces, establecida la fecha de la concepción, de acuerdo con la regla anterior, se puede determinar si la concepción coincide con el tiempo en que se cometió el delito.

En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio, consideramos, que la ley no cita sino algunos ejemplos: abuso de autoridad, promesa de matrimo-

nio o esponsales; esa numeración no es limitativa, ya que toda manio-
bra dolosa que haya ayudado a la seducción, o que haya preparado, sa-
tisface las exigencias de la ley. La finalidad del legislador, al recla-
mar la existencia de una culpa junto a la seducción, parece ser la de
no tener presente, sino la hipótesis de paternidad no dudosa: si han
existido maniobras para determinar a la soltera, cabe pensar, que
aun cuando ella no debiera haber cedido, tenía la bastante virtud para
no mantener relaciones con varios amantes.

Podemos afirmar, que se considera inútil que la promesa de matrimo-
nio haya sido hecha de mala fe, con la finalidad de provocar relaciones
con la mujer, basta que las haya determinado, aún cuando el que la ha-
ya hecho hubiera tenido la intención de mantenerla. Desde luego, es
necesario que exista un vínculo de causalidad entre las maniobras y
las relaciones.

En el caso de que exista carta u otro escrito similar del pretendido
padre que contenga una declaración inequívoca de paternidad, el legis-
lador se ha inspirado, en la obligación del padre de subvenir las ne-
cesidades de su hijo, fundándose en el compromiso adquirido de cum-
plir con su obligación natural.

No es necesario que la obligación se haga en forma de una confesión

expresa, basta con que no sea inequívoca, es decir, que la declaración presentada como prueba de la paternidad no pueda explicarse de manera distinta que como confesión.

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

Puede resultar, algunas veces, difícil determinar si la declaración del supuesto padre es equívoca o no; desde luego un reconocimiento nulo en la forma sería tomado en cuenta necesariamente como confesión inequívoca. Se puede hacer hincapié en los consejos abortivos dados por el supuesto padre, en efecto, es raro que un hombre se arriesgue a dar consejos criminales, sino cuando por creerse el padre del hijo, desea por cualquier medio librarse de la obligación.

El numeral 4° del artículo en estudio no consagra en la presunción otra cosa que lo que los doctrinantes han dado en denominar "concubinato notorio". Al exigir la prueba de las relaciones de carácter permanente y no la de simples relaciones ocasionales, el legislador ha querido prohibir las acciones que no habrían tenido otra finalidad que la de ejercitar un chantaje, así, si el supuesto padre ha vivido en concubinato con la madre en el curso del período de la concepción, su paternidad es al menos posible e incluso probable.

La norma exige, la continuidad en las relaciones suficientemente estables, para presumir la fidelidad de la mujer hacia su amante. Desde luego, debe rechazarse la acción cuando la continuidad y la estabilidad no existe en las relaciones.

La exigencia del legislador, se justifica en cierta medida, por su preocupación de evitar los chantajes, resultaría difícil para el supuesto padre hacer la prueba en contrario de un concubinato que se presentara por los testigos como mantenido en secreto. Sin embargo, el concubinato puede probarse por las cartas del amante, que tiene a la mujer al tanto del desenvolvimiento de su vida. ¿No convendría contentarse con el concubinato, incluso furtivo cuando pudiere probarse así? Es indudable que la notoriedad o clandestinidad no modifican las probabilidades de paternidad del amante.

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

Consideramos que lo estipulado en el numeral 5°, debería encontrarse subsumido en el numeral anterior, estas exigencias, pueden ser un complemento de las estipuladas en el 4° numeral.

No podríamos afirmar, que el legislador está amparando la paternidad de las relaciones ocasionales, ya que en éstas no hay una certeza de paternidad, sin embargo, se trata aquí de una declaración tácita de paternidad, ya que el supuesto padre, por sus hechos, no está haciendo otra cosa que no sea reconocer en esta forma su paternidad.

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

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

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

En todo caso, el artículo 399 del Código Civil, establece que la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios que establezcan de un modo irrefragable dicho estado; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta

de la respectiva partida o la pérdida o extravío del libro de registro en que debía encontrarse.

CAPITULO XIII

DERECHOS SUCESORALES DE LOS HIJOS
EXTRAMATRIMONIALES

SISTEMA ANTERIOR

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

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

3. El tercer orden hereditario pertenecía a los hijos naturales y adoptivos simples. Pero concurría el cónyuge sobreviviente.

4. El cuarto orden surgía cuando no había legitimario, es decir, cuando faltaban los hijos legítimos, adoptivos y naturales y los padres legítimos, adoptantes y naturales, y estaba formado por los hermanos y el cónyuge sobreviviente. El cónyuge recibía la mitad y la otra mitad era reservada para los hermanos.

5. El quinto orden estaba formado por los parientes consanguíneos por línea colateral en tercero y cuarto grado.

6. El sexto orden estaba compuesto, a falta de parientes colaterales dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad, por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

CAPITULO XIV

AMBITO DE LA LEY 29 DE 1982

FINES

Jurídico

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

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

Es preciso destacar, que la igualdad conlleva en sí misma un principio de justicia y equidad; en efecto, el hijo extramatrimonial es

completamente ajeno a su preexistencia y procreación, él no realiza ningún acto que sirva de base para negarle o menguarle sus derechos; por lo tanto, no se le puede atribuir culpa o responsabilidad alguna en la adquisición de un estado civil y, con base en esto, desmejorarlo en sus derechos.

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

Económico-Social

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

NATURALEZA JURIDICA DE LA IGUALDAD

La naturaleza jurídica de la igualdad consagrada en la Ley 29 de 1982, puede ser enfocada desde dos puntos de vista: desde las relaciones

familiares y desde las relaciones sucesorales.

Relaciones Familiares

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

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

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

El carácter de imperativo a que nos referimos, es importante en el campo del derecho sucesoral, sobre todo cuando el testamento se re-

laciona con esos tópicos, así tenemos que el artículo 2 del Decreto 1260 de 1970 establece que el estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos. Entonces la ley estipula que los hijos serán legítimos, extramatrimoniales y adoptivos; por lo tanto, no le está dado al testador la facultad de asignar a todos sus hijos un calificativo, ya que dicha facultad está reservada a la ley; tal declaración será tenida como nula.

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

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

También es contrario al orden público cuando el testador hable de las calificaciones de hijos que ya han sido abolidas y que son consideradas tan odiosas, para referirse a alguno de los hijos, como son hijos incestuosos, espúreos, adulterinos, etc.

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

Relaciones Sucesorales

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

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

Aún con las facultades que tiene el testador de modificar, ampliar o sustituir la ley con su voluntad, en los órdenes hereditarios que intervienen en los asignatarios forzosos, como son el primero y segundo orde, gozan de ese carácter imperativo, lo mismo ocurre con la

cuarta de mejoras, se encuentra limitada la voluntad del causante. Esta clase de asignaciones de legítimas tienen una naturaleza mixta, por cuanto son imperativas en lo mínimo y supletivas en lo máximo.

Con esta naturaleza mixta se puede establecer los efectos que se producen cuando por medio del testamento u otros actos sucesorales, se infringen las normas de orden público que se refieren a las relaciones sucesorales.

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

CAPITULO XV

ALCANCE DE LA IGUALDAD SUCESORAL

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

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

Y en seguida indica el encabezamiento,

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

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

"El título de las leyes deberá corresponder precisamente al

contenido del proyecto..."

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

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

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

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

cación se evitará aplicar la costumbre anterior discriminatoria y con marcada desigualdad sucesoral y distributiva.

EXCEPCIONES A LA IGUALDAD SUCESORAL



La igualdad sucesoral aún considerada como regla general, tiene algunas excepciones, como son las discriminaciones que aún existen que limitan su extensión, por lo tanto, no es absoluta.

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

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

Según el artículo 6 de la Ley 29 de 1982, que reza en su tercer y último inciso:

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

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

De acuerdo con el criterio general, el fundamento de la vocación hereditaria entre hermanos es el parentesco de hermandad que hay entre el heredero y el causante. Cuando se tiene en cuenta además la forma con la que han sido éstos procreados, se establece una discriminación odiosa; para ser hermanos basta serlo del mismo padre o madre, no tiene que serlo de ambos. A esta discriminación no le encontramos otra justificación que no sea la histórica concerniente a la protección matrimonial.

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

- 2. Aunque la limitación de la adopción simple se presenta como una excepción a la regla general de igualdad sucesoral, realmente no se trata sino de la misma regla desarrollada dentro de los límites propios del parentesco civil de adopción. Entonces, no se trata

de una discriminación al hijo adoptivo, sino que es una consecuencia de la limitación del parentesco civil a adoptantes, adoptivos e hijos de éste.

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

CAPITULO XVI

SISTEMA ACTUAL (ORDENES HEREDITARIOS)

Los órdenes hereditarios, a raíz de la expedición de la Ley 29 de 1982, quedan reducidos a cinco. Desaparece el tercero del sistema anterior, como consecuencia de la igualdad sucesoral. Los que representan este tercer orden, los hijos naturales y adoptivos simples, integran actualmente el primer orden. Esto es, en la sucesión intestada.

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

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

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

Este orden entra a funcionar en caso de vacancia del primero, esto es en ausencia absoluta de hijos que puedan o quieran suceder personalmente o puedan ser representados legalmente. Esto es lo que expresa el artículo 1046 del Código Civil cuando dice: "Si el difunto no deja posteridad".

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

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

No puede tenerse varios estados civiles de la misma naturaleza, por ejemplo, ser hijo legítimo y extramatrimonial al mismo tiempo; sólo puede ser hijo adoptivo simple y tener al mismo tiempo otro estado civil de hijo diferente.

Los ascendientes son los herederos principales. Este orden se determina por ellos; si no hay ascendientes se presenta la vacancia en este orden y entra el siguiente orden, es decir, el tercero; el cónyuge es heredero concurrente no forzoso.

Como el artículo 1046 del Código Civil habla de "ascendientes de grado próximo", se establece un llamamiento preclusivo al de grado ulterior, es decir, el padre excluye al abuelo, el abuelo, al bisabuelo, y así sucesivamente.

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

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

Cuando se trata de un hijo que fue adoptivo en forma simple, los adoptantes y los padres de sangre recibirán igual cuota. No se trata de una distribución por cabeza o partes iguales; la igualdad se refiere a los padres como familia, una cuota para cada línea familiar, una para la línea familiar consanguínea y otra para la línea familiar adoptiva. Pero si hay una sola línea familiar, es decir una sola categoría de padres (sólo consanguíneos o sólo adoptantes), la distribución se hará por cabeza, según la regla general.

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

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

En este orden no hay cabida a la representación, únicamente se da la sucesión personal. Sí se puede presentar la transmisión.

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

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

Son herederos principales en este orden los hermanos, cualquiera que sea su estado civil y el cónyuge sobreviviente. No podemos olvidar que la adopción simple no otorga parentesco de hermandad.

En este tercer orden no existen legitimarios, ni mejorarios.

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

Cuando sólo hay hermanos, la herencia se distribuye entre ellos por partes iguales.

Cuando sólo existe cónyuge, éste recibe la totalidad de la herencia .

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

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

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

El inciso 1° del artículo 1051 del Código Civil, lo regula en los siguientes términos:

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

Para que la herencia entre a distribuirse en este orde, será indispensable la vacancia de los tres órdenes precedentes.

Heredan todos los sobrinos, cualquiera que sea su estado civil. Como habíamos dicho anteriormente, no se trata de cualquier hijo del hermano del difunto, sino aquel que al mismo tiempo tenga un parentesco con el causante, es decir, que sea su sobrino, ya que debe existir de acuerdo con la regla general parentesco entre sucesor y difunto.

Por lo tanto, heredan los sobrinos legítimos, los adoptivos plenos y los extramatrimoniales, pero no podrán suceder hereditariamente en este orden, los hijos adoptivos simples del hermano del difunto.

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

Los sobrinos heredan "por cabeza", toman entre todos y por iguales partes la porción a que la ley los llama. La distribución será igualitaria para todos los sobrinos, sean carnales o medios.

La porción conyugal subsiste en este cuarto orden, también como pasivo y equivalente a la cuarta parte de la herencia.

Los sobrinos no pueden heredar sino personalmente, no se da la representación. Sí habrá lugar a la transmisión. El cónyuge también debe-

rá recoger personalmente su porción conyugal.

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

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

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

Por tratarse de una persona jurídica, no puede hablarse de representación o transmisión hereditaria.

La sucesión testamentaria en el actual sistema, no altera las instituciones de las asignaciones forzosas de alimentos, porción conyugal, legítimas y mejoras.

Sobre las legítimas se modifica lo referente a la igualdad del derecho para representar a los legitimarios, debe entenderse para cualquier clase de descendencia de los hijos.

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

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

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

CAPITULO VII

PRIMER ORDEN HEREDITARIO

HEREDEROS ABINTESTATO: LOS HIJOS

El artículo 4° de la Ley 29 de 1982, que reformó el artículo 1045 del Código Civil, estipula:

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

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

Es importante destacar, que el artículo 1045 del Código Civil regula lo referente al primer orden sucesoral, a diferencia del artículo 1040 que consagra la variación hereditaria de los descendientes, pero no señala que sean todos ellos las personas que conforman el primer orden. El mencionado artículo, en resumen, lo que hace es consagrar la vocación hereditaria de los descendientes e hijos adoptivos.

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

Por lo tanto, de lo anteriormente expuesto, se desprende que no existe en nuestro país el llamamiento hereditario y simultáneo de todos los descendientes, sino únicamente de los hijos, personalmente o por representación.

Así, tampoco puede hablarse de que los herederos sean los descendientes de grado más próximo, porque, debido a la representación posible de descendientes faltantes, no puede darse la situación de que el descendiente de grado más próximo excluya a los de grado ulterior. En efecto, el hijo del causante no excluye a los hijos de su hermano prefallecido, puesto que ellos pueden representarlo en la sucesión del

abuelo.¹

Queda claramente establecido, por obvias razones, que los hijos dotados con vocación hereditaria, es decir, aquellos que están llamados a suceder al causante, deben serlo de este último y conforme a lo estipulado en la ley.

No se considera hijo del causante, aquella persona que ha sido adoptada por el cónyuge sobreviviente, con el consentimiento del causante. En esta eventualidad, el consentimiento, que lógicamente fue efectuado antes de la muerte del causante, no genera con el adoptado en esta forma ningún lazo de parentesco, salvo la relación familiar de afinidad para efecto de impedimentos matrimoniales. Por lo tanto, el causante no es padre o madre del adoptado.

Podemos advertir, que tampoco puede ser considerado como hijo del causante aquel que de hecho es tratado como tal, sin que mediare reconocimiento expreso del de cujus o declaración judicial.

La calidad de hijo del difunto debe gozar de la certeza jurídica prevista en la ley, es decir, debe ser legítimo, extramatrimonial o adoptivo.

1. Pedro Lafont Pianeta. Igualdad Sucesoral. p. 147

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

CLASES DE HIJOS

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

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

En la legitimidad se tendrá en cuenta que es hijo legítimo el concebido antes y nacido después de la disolución del matrimonio de sus pa-

dres; el rechazo de la legitimación no lo destruye, ni puede ser alegado por persona distinta del interesado, la legitimación no tiene efectos retroactivos, igualmente, debe tenerse en cuenta que la vocación hereditaria puede suspenderse en el caso del artículo 225 del Código Civil, es decir, cuando no es declarada por el juez la paternidad, en el caso de la mujer divorciada, separada o que se hubiese cursado la anulación del matrimonio, y ésta, encontrándose embarazada no lo denunciare al marido dentro de los treinta días subsiguientes a la fecha en que se realizó la separación. Además, también queda excluido el hijo cuya legitimidad ha sido destruída en sentencia judicial dentro de una acción de impugnación.

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

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

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

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

Sin embargo, se debe anotar que existen dos casos en los cuales el hijo extramatrimonial no hereda:

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

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

TODOS LOS HIJOS SON HEREDEROS EXCLUYENTES DE LOS DEMAS

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

El Código Civil, había dotado a los hijos naturales de la calidad de herederos concurrentes con los hijos legítimos, situación ésta que había sido estatuida por la Ley 57 de 1887; más tarde suprimida bajo el imperio de la ley 153 de 1887. El artículo 18 de la Ley 45 de 1936, le devuelve al hijo natural la calidad de heredero accesorio, situación que fue totalmente modificada, como ya se dijo, con la expedición de la Ley 29 de 1982, que dotó a los hijos extramatrimoniales y adoptivos de la calidad de herederos tipos, al estatuir en su artículo 4° que los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, por lo tanto, a partir de la vigencia de la mencionada ley, todos los hijos son herederos principales.

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

La importancia de esta elevada posición jurídica, puede reflejarse en el privilegio que tienen estos hijos de excluir a los demás herederos. Con ella, los hijos extramatrimoniales y adoptivos excluyen a los ascendientes y al cónyuge como heredero. Antes de la vigencia de la Ley 29 de 1982, el cónyuge concurría con los hijos en el segundo orden y eran acompañados por el cónyuge superstite en el tercero.

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

EXCLUSION DE LOS HEREDEROS Y DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE

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

De esta manera, los padres del causante que no han sucedido a su hijo legítimo, extramatrimonial o adoptivo pleno, tienen la facultad de exi-

gir de la sucesión los alimentos atrasados que el difunto les quedara debiendo, siempre y cuando hubiera estado obligado a prestar dichos alimentos en virtud de demanda judicial, por acuerdo entre las partes, o sea padre e hijo, por declaración efectuada ante el juez, como también por reconocimiento de alimentos con la realización inequívoca de su pago en forma continua.

De la misma forma, los padres del causante, podrán exigirles los futuros alimentos a los nietos, ya sean éstos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos plenos, que, precisamente, los han excluído de la herencia de sus hijos.

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

Ya se ha explicado que el cónyuge sobreviviente, en su carácter de heredero, también queda excluído por cualquier hijo. Al parecer del doctor Pedro Lafont Pianeta², esto parece incongruente, cuando se

2. Lafont P. op. cit. loc cit.

trata de hijo extramatrimonial o adoptivo simple, pero lo cierto es que la ley le garantiza sus derechos a gananciales y a porción conyugal.

DISTRIBUCION

Igualdad de Cuotas

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

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

Debe rechazarse la interpretación basada en la categoría o clases de hijos, así, en la hipótesis de la existencia de dos (legítimos y extrama-

trimoniales; legítimos y adoptivos; extrmatrimoniales y adoptivos) o de tres categorías, tales como: legítimos, extrmatrimoniales y adoptivos, la herencia deba distribuirse en dos o tres cuotas, según el caso, las cuales corresponderían a cada una de las categorías o clases de hijos, quienes, a su turno, se las dividirían en cuotas o partes iguales. Esto es inaceptable, teniendo en cuenta el espíritu de la Ley 29 de 1982, porque el propósito de la ley, ha sido el de conseguir la igualdad hereditaria entre los hijos individualmente considerados y no como grupos o clases de hijos. Es la igualdad hereditaria de un hijo frente a otro y no de una clase de hijos frente a otra categoría.

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

Cabe también observar, que el artículo 1045, dispone, reforzando la opinión que venimos expresando, que los hijos recibirán entre ellos iguales cuotas, entonces, en una herencia de \$200.000.00, en la cual el causante haya dejado dos hijos legítimos y cuatro extramatrimoniales, la distribución correcta sería la siguiente: dividir la herencia entre el número total de hijos, así, efectuada la operación, resulta a cada hijo una cuota aproximada de \$33.333.33.

En cuanto a la porción conyugal, la ley conserva al cónyuge sobreviviente el mismo derecho consagrado anteriormente, el cual, en el orden en estudio, corresponde a la legítima rigurosa de cualquier hijo. Asimismo, la cuantía de la porción conyugal, se predica no sólo en el caso de la existencia de descendientes, legítimos, sino también, en la existencia de cualquier clase de descendientes.

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

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

Cuando en la sucesión de una persona, el causante haya dejado hijos

legítimos y adoptivos plenos, como también extramatrimoniales y adoptivos simples, es innegable que, al establecerse el equilibrio hereditario, en cuanto a los hijos, a los primeros se le reducen sus cuotas.

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

CONCLUSIONES

Al terminar nuestro estudio, nos es dado afirmar que es urgente en nuestro país reglamentar las uniones de facto, ya que tal y como hemos comprobado a lo largo de todo este estudio, esa convivencia genera derechos y deberes de parte de los convivientes, así como un patrimonio familiar de la familia natural.

En cuanto a los hijos extramatrimoniales, es importante destacar que aunque se ha legislado recientemente sobre la igualdad sucesoral, imperativo que se modifiquen algunos puntos que hacemos notar en esta tesis en lo referente a la filiación extramatrimonial.

BIBLIOGRAFIA

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. Tomo XIII. Sanitago de Chile. Editorial Jurídica de Chile;

CODIGO CIVIL. Bogotá, Colombia. Editorial Temis

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Bogotá, Colombia. Editorial Temis

CODIGO PENAL. Bogotá, Colombia. Editorial Temis

INDABURU, Carlos - ESTRADA P., Gloria. El Concubinato en el Derecho Colombiano. Bogotá, Colombia. Editorial Jurídico Wilches.

MAZEAUD, Henry, MAZEAUD, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Volumen IV. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América

----- Parte Cuarta - Volumen I

MONROY CABRA, Marco G. Matrimonio y Divorcio en la Legislación Colombiana. Bogotá, Colombia. Editorial Temis

RIPERT, Georges y BOULONGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo IX. Buenos Aires, Argentina. Ediciones La Ley

----- Tomo IV

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

----- Tomo II