

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

RECTOR: Dr. Alberto Castaño Arce

SECRETARIO: Dr. Hernando Alvarez Lomero

REGENCIA DE LA FACULTAD

DECANO: Dr. Eduardo Hernández Gale

SECRETARIO: Dr. Jorge Esboverri Toró

PREVIDENTE DE TESIS: Dr. Rafael H. de la Valle C.

COMITADO:

Dr. Antonio Alvarado Cebalco

Dr. Alberto Bottin Vergara

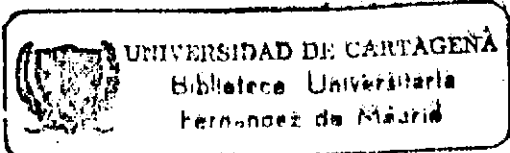
Dr. Amidal Pérez Cháin. -

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

U. UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y

Ciencias Jurídicas



EL NIÑO NATURAL ASES DEL DERECHO ROMANO

BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Escrito de Grado para optar el título
de Doctor en Derecho y Ciencias Po-
líticas.

HECTOR R. M. ALCO L.

S C I B
00018586

31443

La facultad no aprobada no desconoce-
da las opiniones emitidas en las co-
nferencias; tales opiniones deben ser con-
sideradas como propias de su autor.

(Artículo 83 del reglamento.)

"EL HIJO NATURAL Y A LOS FINES DEL DERECHO SOCIAL"

INTRODUCCION

El problema de los hijos matrimoniales y extra-
matrimoniales, ha constituido el fundamento de --
una interminable serie de estudios jurídicos con-
dicionados a establecer la verdadera situación que --
unos y otros deben tener en el ámbito social y ju-
rídico de toda organización debidamente conformada.

Sabido es por todos que las costumbres imperantes en un determinado momento de la historia, han sido fuentes inequívocas de nuevas instituciones legales, o han modificado las existentes, en un sentido -- más amplio o restringido, de acuerdo con los mandatos -- que las relaciones sociales suministran como necesarios para su normal desenvolvimiento. Todo esto, en una u -- otra forma, conlleva a una limitación de las libertades individuales, señalando pautas de conducta e indicando las sanciones correspondientes a su violación.

Uno de los hechos más importantes a través de todos los ordenamientos jurídicos, lo constituye sin duda la ubicación del hombre en la sociedad y -- en el Derecho; para indicarle sus deberes y obligaciones, sus derechos y restricciones, todo de acuerdo a -- ese status social que su origen le determina.

El resultado más inmediato de la libertad de los seres racionales ha sido el acto de procreación tenido como un hecho natural, propio de su condición humana, sin miramientos a las normas legales y sociales que le imponen determinadas reglas para la ejecución de la unión sexual, su admisibilidad y rechazo, y más que todo, los subsiguientes efectos en una y otra esfera. Y no han sido precisamente las restricciones -- las que conllevan las soluciones más acertadas para este caso.

Antes por el contrario; ellas han impulsado al mayor número de las relaciones sexuales extramatrimoniales como bien lo demuestran las estadísticas de los países donde más trabas se han puesto en este sentido.

Pues bien. El origen de la humanidad es el mismo: unión sexual de un hombre y una mujer. La igualdad natural es inobjetable. Todos conformamos una sola situación social en este aspecto. Pero no todos estamos igualmente ubicados en las esferas del derecho y de la sociedad. Para cada uno existe una situación distinta así, los que se oífen a los mandatos sociales tienen toda clase de garantías y de protección legal. Pero aquellos, nacidos en condiciones diferentes, gozan ampliamente de toda clase de rechazo en lo social y legal; sus derechos son limitados y sus posibilidades de igualdad son ilusorias.

Así las cosas, se pueden afirmar que realmente no existe, no ha existido jamás la pregonada igualdad de todos los hombres. Las leyes han condenado los apetitos discriminatorios, más aristocráticos que racionales, de determinados grupos que imponen sus pareceres bajo el velado manto de la conservación de la sociedad, pero disfrutando de lo prohibido amparados por un estatuto legal que les garantiza la total irresponsabilidad con el fruto de esas uniones rechazadas.

El hijo llamado natural o extramatrimonial, ha sido la víctima inocente de estas aberraciones del hombre. Es el único delinciente por origen. Para él no existe protección legal amplia que lo garantice el goce de todos sus derechos. Nace con un estigma que lo coloca en calidad de paria dentro de su respectiva organización social. Apenas si le reconocen el simple derecho a la vida. Ante él se detiene incluso, todo sentimiento cristiano; los seguidores de Cristo lo colocan en un testamento distinto a los demás. Ya no es tampoco igual a todos los hombres para predicar la doctrina cristiana y alcanzar las dignidades eclesiásticas, porque estas están reservadas a los llamados "legítimos" exclusivamente, como bien lo tiene estatuido la legislación canónica.

Se ha creído que con medidas restrictivas se dominará esta inclinación natural a la procreación. Absurdo incalificable, demostrado por todas las estadísticas. Esta situación reclama una modificación de fondo, estableciendo leyes más racionales y más acordes con la realidad. Más lógicas y humanitarias, que simplemente egoístas y coercitivas de la libertad del hombre.

CAPÍTULO PRIMERO

Sumario:

I.- Proyección histórica del concepto de hijo natural:

- a.- Derecho Romano.- b- Derecho Espa
- ñol. c.- Derecho Canónico. d.-De
- recho Frances.

II- Otros conceptos.



I.- Proyección histórica del concepto de hijo natural.

En este capítulo trataremos de dar una visión general de lo que se ha tenido como legalmente-admitido en relación al origen del hombre, presentando un bosquejo de cada una de las más importantes etapas que han determinado la formación de -- sus respectivos ordenamientos jurídicos, a fin de colocar al hombre no solo dentro del Derecho, sino también en relación con su inmediato grupo social.

Veamos en las siguientes organizaciones legales, lo que hemos afirmado como premisa en este estudio.

- 5 -

El Derecho Romano en la sociedad romana ha estado siempre fuertemente estatuto jurídico desde sus orígenes hasta la muerte de Justiniano. En todas sus etapas se han dado diferentes influencias para ir determinando sus instituciones, creando un ordenamiento jurídico de carácter permanente. La evolución del Derecho Romano marca distintas apreciaciones sobre el estatuto jurídico del hijo natural, concediéndole en cada una de ellas derecho más o menos amplios, todo acorde con la costumbre dominante en un momento dado.

Antes de entrar a considerar el tema, es necesario establecer que no todos los habitantes de la antigua Roma eran tenidos como sujetos de derecho. Hizo el Derecho Romano distinciones sobre este aspecto de conformidad con lo que las necesidades le iban dictaminando, más que todo al paso con el criterio que las conquistas imponían, así como también con aquellas situaciones reclamadas por la aristocracia predominante en su época.

Los habitantes estaban clasificados entre esclavos y personas libres. Y éstas últimas comprendían a los ciudadanos y no ciudadanos, ingenuos y libertos. Cada una de estas clasificaciones correspondían derechos distintos reflejados en el núcleo familiar

núcleo familiar. Así tenemos: 1.- Los esclavos eran "cosas" y no gozaban de derechos. Muy posteriormente se les reconoció una especie de recurso de queja contra su amo, pudiendo cambiarlo por orden del pretor, cuando el trato sufrido era demasiado infame.

Hay que observar que el llamado esclavo público o del pueblo sí podía disponer de la mitad de sus bienes por testamento. Y o así el otro, que solamente producía para su amo.

2.- Los ciudadanos son aquellos que pueden gozar --

plena mente de la ciudadanía romana, y del derecho civil romano. No estaban afectados de ninguna incapacidad, y por tanto, eran sujetos de derecho público y privado. Entre los derechos de que gozaban podemos mencionar, siguiente de Petit, los siguientes: a) El *connubium*, o aptitud para contraer matrimonio de derecho civil, llamado *justae nuptiae* el único que establece entre los padres y los hijos el poder paternal y la agnación.- b) El *commercium*, derecho para adquirir y transmitir la propiedad, por los medios establecidos por el derecho civil. Por derivación, este derecho permite al ciudadano tener la "*testamentifactio*", es decir, el derecho de transmitir su sucesión por testamento y de ser instituido heredero. En estos goces se incluían también los políticos: a) El "*jussufragil*", derecho de votar en los comicios para hacer las leyes, y proceder a la

elección de magistrado. b) El "jus honorum", derecho para ejercer funciones públicas o religiosas.

Estos derechos eran exclusivos del ciudadano, y solo por excepción en casos especialísimos podían ser concedidos a los que carecían de este atributo.

3.- Los no ciudadanos o extranjeros, solo gozaban en principio del "jus gentium", y estaban excluidos de la ciudadanía romana. Esta clasificación comprende los llamados "peregrini" y los "latini". Los primeros no gozaban de los derechos de que gozaban los ciudadanos, tales como el *connubium* y el *commercium*, entre otros, solo los adquirían por concesión especial; salvo los sometidos por la fuerza del imperio que no llegaban a adquirir ninguno.

Los peregrinos solo tenían el *jus gentium* o derecho común de gentes y el derecho de su pueblo nativo.

Los latinos, entre los cuales hay que distinguir -- "latini veteres", que eran aquellos habitantes del antiguo *latium*, gozaban del *jus connubium* y del *commercium*, e incluso podrían votar en los comicios. Tenían muchas facilidades para alcanzar la ciudadanía romana. Los *latini coloniarii*, habitantes de las colonias latinas, gozaban en un principio de los mismos derechos que los anteriores, pero posteriormente en el Bajo Imperio pierden el *connubium*. Y los *latini coloniarii*, con sus mismas incapacidades. "Ingenitos, el que ha nacido libre y no ha sido nunca esclavo en derecho", dice Petiti, y agrega: "en el matrimonio

nio el hijo sigue la condición del padre en el momento de la concepción. Fuera del matrimonio, sigue la condición de la madre en el momento del nacimiento; pero en favor de la libertad nace libre si la madre estuvo libre en cualquier momento de la gestación. Por lo demás poco importa, para la ingenuidad del hijo, que los padres sean ingenuos o libertos".

(D. Romano, Pag. 82).-

Es el liberto el que ha sido liberado de una servidumbre legal, conforme al derecho, contándose entonces entre las personas libres". (D. Romano, E. Petit, - pag. 82, cap 2o.).-

Estas nociones son válidas para distinguir, más adelante, cuando realmente existe una unión legítima - y cuando no. Cuando hay matrimonio justas nuptias, - y cuando existe unión irregular; todo esto con las respectivas consecuencias para el hijo nacido de cualquiera de estas uniones.

Para no salirnos del tema de ese trabajo y debido a que la base esencial para establecer la filiación legítima y la natural es la existencia o no de matrimonio, entremos a considerar este aspecto.

1.- Del Matrimonio justas nuptias; Sus características las trae Modestino: "Es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condiciones y comunidad de derechos divinos y humanos". (citado por

E. Petit, D. Romano, pag. 10).-

El matrimonio, como tal, lo veremos a fondo en su capítulo correspondiente. Bástenos por ahora conocer las formas que presentó en el derecho romano, para sacar las conclusiones buscadas.

El matrimonio, para que fuera válido, tenía que ser contraído entre ciudadanos romanos, así:

1.- La "confarreatio", recibe esta denominación del panem farreum (pan de espeleta) que se ofrece a Jupiter y que simboliza la comunidad de vida e intereses que el matrimonio significa. Esta forma es tal vez la única originaria empleada por los ciudadanos romanos, y prevalece como forma exclusiva de los patricios hasta época tardía.

(1)

2.- La "Cemptio", mediante la cual el hombre adquiere a la mujer con sujeción a su potestad o manus, de origen tal vez plebeyo y que constituye una de las múltiples aplicaciones de la mancipatio, consistente en la venta ficticia o efectiva que hace de la mujer quien tiene sobre ella potestad o su tutor, al futuro marido o a la persona que tiene la potestad sobre éste. (2).

3.- La falta de coemptio, o sus vicios, pueden subsanarse por la tercera forma de matrimonio El "Usus"., "Posesión ininterrumpida de la mujer por el marido durante un año".(3)

(1.2.3. Ob. Instituciones de Derecho Romano, José Santa Cruz Feijeiro) paga. 25,26).-

Los hijos nacidos de estas uniones eran legítimos. Estaban sometidos a la potestad del padre, amo y señor de los bienes del hijo, de vida y muerte — del mismo. Estaban sometidos a la patria potestad del padre de familia y también a la del abuelo paterno, en algunos casos. Esta unión da origen a la agnatio o parentesco civil, fundado sobre la potestad paterna o marital. Se forma con la descendencia por vía de varones de un jefe de familia con los sometidos a su potestad. Solamente la mujer — "in manu" puede tener la agnación con sus hijos, — porque se encuentra en la familia "in loco filiae" (en lugar o sitio de una hija de su marido).

Por tanto, los derechos hereditarios o derechos de la sucesión de los hijos tienen relación directa — con la forma de matrimonio de sus progenitores. — Los hijos son liberijusti o legítimos. Tienen derecho al nombre de su padre o abuelo paterno, y gozan de los derechos de la ciudadanía romana, lo mismo — que los hijos reconocidos según el derecho civil. Para los romanos el matrimonio era nulo, solamente cuando faltaba alguna de las condiciones siguientes: a) el consentimiento del padre de familia. b) el ius — connubium, o aptitud para contraer matrimonio válido c) la impubertad de uno de ambos contrayentes y d) —

el parentesco, cuando se contraía matrimonio entre personas cuya unión estaba expresamente prohibida. Este podía ser de consanguinidad o de afinidad.

No violándose ninguna de las exigencias enunciadas el matrimonio era válido y producía sus efectos.

2.- La filiación natural tenía origen en el Concubinato, en el matrimonio sine conubium y en el Contubernio.-

El Concubinato: Hace esta unión más que todo de la prohibición que existía de contraer matrimonio ciertas personas, como los gobernadores de provincia con mujer de ese lugar, los militares en tiempo de guerra, los ciudadanos con peregrinas y latinas.

Era considerado el concubinato por los romanos como una unión de orden inferior, duradera, para diferenciarla de la unión libre o pasajera considerada como ilícita; no así esta unión que fue admitida y aún recomendada para las personas que no podrían contraer matrimonio con determinadas personas, como atrás lo anotamos. Era una especie de matrimonio imperfecto. Por consiguiente, para que fuera válido se exigía que las personas fueran púberes y sin parentesco en el grado prohibido para el matrimonio; no se podía tener sino una sola concubina, y solo cuando no se tenía mujer legítima.

La descendencia de esta unión se conoció con el nombre de hijos naturales, "liberi naturales", para di-

ferenciarlos de los "spuri" o "vulgo concepti",
frutos de uniones no aceptadas. Los hijos natura-
les podían ser legitinados y entraban a gozar de
los derechos de los hijos legítimos.

Los "liberi naturales" no tenían parentesco con
el padre, de orden civil. Eran cognados de la ma-
dre y de los parientes de ésta. No estaban someti-
dos a la patria potestad del padre y por ello se
encontraban excluidos de todo derecho hereditario
en relación a su padre.

Esta unión concubinaria no era deshonrosa en su
época ni para los que la contraían ni para los hi-
jos nacidos de ella. E incluso, estaba como ya se
dijo, reglamentada en las leyes romanas, y los hi-
jos que en un principio estaban desamparados por
sus padres, en el Bajo Imperio, Constantino los re-
conoce un lazo de parentesco natural con ellos y
estos pueden legitimarlos por justas nuptias. Bajo
Justiniano, llegaron a tener derecho de alimentos y
algunos en la sucesión del padre.

"En la práctica, no siempre debió de ser cosa fácil
saber a punto fijo si tal o cual unión en particular
constituía justo matrimonio o solamente concubinato"
(J.E. Uria, D.Romano, pag. 537 N.306). Con esta pa-
labra se comprende que tal fué el caso y la presen-
cia de esta unión, que tuvo el Derecho necesidad de
fijar patrones para distinguir una unión de otra.
Aún hasta presunciones, tales como la unión de un
patrono con una liberta, se presumía concubinato, y-

la de un hombre de buena condición con una mujer ingenua, para que se tuviera como tal, tenía que ser declarado formalmente. A falta de este requisito se llamaba stuprum o unión ilícita.

Por último, los hijos del concubinato nacían "sui Juris"; personas libres de toda potestad y que solo dependen de sí mismas" (E. Petit D. Romano, pag. 92). Igual condición existía para el legítimo, que los facultaba para tener patrimonio propio, ser paterfamilias y ejercer otras potestades.

Esta unión posteriormente fue combatida, sobre todo por los emperadores cristianos, con el fin de evitar su proliferación, ofreciéndose toda garantía para lograr la unión legítima, hasta la legitimación de los hijos naturales. Fue tolerada incluso por la misma Iglesia y en Oriente fue prohibida por León, El Filósofo, por primera vez.

Del Matrimonio Sine Connubium.- Se da ésta unión entre personas que no tienen, como ya dijimos, el "jus connubium". Tal como la unión de un ciudadano romano con una latina o peregrina, o entre dos peregrinos. Esta unión no era ilícita pero no producía los efectos civiles de justae nuptiae, ni se consideraba como matrimonio válido. Los hijos tienen los mismos vínculos que los del concubinato. Son cognados con respecto a su madre y los parientes de esta. Son también "sui juris".

Se podía validar en el derecho romano, tales como la causa probatio y el erroris causas probatio.

A causa de la Ley Mencia, los hijos eran considerados peregrinos.

El Contubernium.- Con este nombre se conoció la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo. Es un simple hecho, no comporta ningún ius, no tiene ningún efecto civil. El hijo sigue la condición de la madre. Dice Fetit "que por largo tiempo no se le reconoció parentesco, ni aun natural, entre esclavos, si bien al principio del Imperio se admitió una especie de cognatio servilis entre el padre, la madre y los hijos, por una parte, y por otra entre los hermanos y hermanas. Esta cognatio tenía por objeto que una vez manumitidos no pudieran contraer matrimonio contrario al derecho natural y a la moral". (E. Fetit pag. 113. D. Romano).-

El producto de esta unión estaba completamente extrañada del derecho, según sometidos y sin ningún principio de igualdad ante los demás. Solo, como lo anota Ulpiano, eran verdaderos padres ante las leyes romanas, para todo lo que hacía relación al derecho de familia. De conformidad con lo visto, solamente se consideraron hijos legítimos los habidos en justas nuptiae, y para los derechos de sucesión se preferían los agnados o parientes civilmente, con exclusión de los parientes consanguíneos. Esta situación se modificó como veremos enseguida, sobre todo para secular la

posición del hijo natural en la sucesión.

No debemos olvidar que los hijos procreados en justas nuptias siguen la condición del padre, no así - los naturales o liberi naturales, que siguen la de la madre. Para hacer el análisis correspondiente a los derechos del hijo natural en la sucesión, verificaremos los tres estados o etapas del derecho de sucesión en el derecho romano, por cuanto cada una de ellas refleja una época, un estado de sociedad - diferente, unas costumbres distintas, un pesamiento diverso, una renovación en derecho y en fin, un replanteamiento social y económico con sus consiguientes efectos.

1a. Etapa.- Pertenece al ius civile, cerrado al tenor literal de las palabras y a las disposiciones del derecho. No admitía ninguna interpretación y la flexibilidad propia de la interpretación no tuvo cabida. El orden de herederos era, pues, el siguiente: a) "los herederos suyos, o personas libres colocadas bajo la potestad directa del difunto; b) el agnado más próximo, fuera de esta categoría privilegiada, - c) los gentiles. En estos órdenes imposible era que el hijo natural tuviera cabida debido a que no existía parentesco de agnación o civil con el causante. Estaba excluido plenamente.

2a. Etapa.- Caracterizada por el predominio del ius pretorium, que intentó armonizar las normas del ius

civile con la razón y la equidad naturales. Buscaba un equilibrio entre el jus gentium y el ius natural para suavizar los rigores del jus civile o quiritaro del Derecho Romano. Este derecho pretoriano es más equitativo que el establecido en las Doce Tablas. Ya el simple concepto de agnados desaparece para darle cabida a los lazos de consanguinidad o coganación rechazada en el ius civile como se deja establecido. Aparece en esta etapa la Bonorum possessio: "Sucesión pretoriana del conjunto del patrimonio del difunto", (Ulpiano, citado por Petit, pag. 610, num. 665 ob. Derecho Romano). Los órdenes hereditarios varían fundamentalmente y en relación a nuestro tena, los hijos naturales, aún los de padre incierto, podían entrar a recoger la herencia de su madre, de conformidad con la reforma introducida por el senado consulto Orficiano, interpretado por Justiniano en sus Instituciones, libro III (según cita de J.ª. Uria, D. Romano, pag. 650 y 651): "Observa, por último, el jurista emperador que con arreglo a las cláusulas del senado consulto Orficiano, debían ser llamados a recogerlos bona hereditaria de su madre, aun los hijos que hubieran nacido de padre desconocido".

3a. Etapa.- Novelas 118 y 127.- La primera de ellas, - la 118, es importantísima porque establece los fundamentos del derecho sucesorio moderno. Acaba con la diferenciación entre la sucesión por línea paterna y la sucesión por línea materna, estableciendo los órdenes de-

descendientes, ascendientes y colaterales. La segunda de las Novelas citadas estableció una importante reforma a la anterior, consistente en que si existían ascendientes y hermanos de padre y madre, germani, concurrían conjuntamente. Esto debido a que la Novela anterior dió cabida a los hermanos uterinos o consanguíneos, es decir, a los hermanos naturales, que estaban excluidos de los ordenamientos anteriores.

Concluimos, advirtiendo, que no nos proponemos tratar todas y cada una de las etapas del derecho de sucesión ni sus modificaciones, de manera particular y pormenorizada, sino llanamente indicar cuáles fueron las diferentes posiciones asumidas por el hijo ilegítimo en la sucesión de sus progenitores. Someramente hemos hecho referencia a la sucesión y los órdenes establecidos para las intestadas con anterioridad a las Doce Tablas y con posterioridad a ellas, significando las grandes modificaciones introducidas por el derecho pretoriano y por las Novelas de Justiniano.

Hasta aquí, el hijo natural no aparece como heredero de su progenitor, por inexistencia de vínculo civil o de agnación con él.

Solamente bajo el Imperio y especialmente con el Emperador Justiniano, el hijo natural fué tenido en cuenta en la Novela 89.

Como es sabido ya, estos Liberi Naturales, producto del concubinato, se tenían en calidad de cognados en-

relación a la madre y a los parientes maternos, los mismos que los vulgo concepti. Heredaban por línea materna y tenían los derechos reconocidos por la -- cognación o vínculo de sangre.

"Justiniano fué más lejos para los hijos nacidos del concubinato. Del lazo de parentesco natural, que las constituciones terminaron por reconocer entre ellos y su padre, hizo derivar un derecho de sucesión ad -- intestato; y este derecho sé extendido a la concubina y a sus hijos naturales. Si el padre deja al morir hijos legítimos, los hijos naturales y la concubina sólo tienen derecho a alimentos en relación al monto de la sucesión. En todo otro caso, la concubina y sus hijos recogen un sexto de la sucesión, que se reparten por cabezas. Iguales derechos son reconocidos a l padre sobre la sucesión de los hijos"

(R. Petit, Derecho Romano, pag. 629 y 630).

De esto se destaca el reconocimiento de los hijos naturales habidos en concubinato, que son concurrentes con los legítimos o productos de la justa nuptias o matrimonio, tenían derecho de alimentos. Induciblemente que los romanos fueron mucho más allá del actual derecho sucesorio nuestro, porque las concubinas actualmente no tienen ese derecho en la sucesión de los hijos naturales reconocidos, ya que no solo reciben alimentos del padre, sino también una cuota en la sucesión legítima. y aún el séo en algunos casos.

Fues bien, arduo fué el camino recorrido por los liberi naturales para alcanzar el lazo de parentesco natural y aún su participación en la sucesión de su progenitor. Etapas de siglos enteros. Solo mantenía a su favor, al no ser menospreciado por la sociedad de su época ni mal visto su origen. En esto estuvo en condiciones superiores el hijo natural en la sociedad actual.

B). DERECHO ESPAÑOL.-

Explicado el concepto de hijo natural en el Derecho Romano, sin ninguna otra pretensión que la de dar una acertada interpretación a este tema, vemos cual ha sido el criterio predominante en el Derecho Español, desde su formación hasta el momento presente.

Es indudable que este derecho se formó bajo la influencia de otras legislaciones, produciéndose casi que un verdadero caos para su aplicación e interpretación lógicas. Con la invasión de los bárbaros se presentó el gran problema entre las leyes vigentes, de marcada influencia romana, y las propias del pueblo conquistador. A este problema le dió solución, aunque no total el llamado Brevario de Alarico, o Ley Romana de los Visigodos, que predominó en España por largo tiempo y que muy posteriormente fué influenciado por las dis-

posiciones de Justiniano, cuyas reformas todavía perduran casi que originalmente en algunas instituciones.

Otra influencia decisiva para su formación proviene de la legislación canónica y de la francesa, más adelante.

Pues bien. Aquí también la familia legítima procede del matrimonio: "Ayuntamiento o enlace de hombre y mujer hecho con intención de vivir siempre en uno, guardándose mutua fidelidad".

(L/I.F.2 Part.4 Cita de Eugenio de Tapia, febrero noviesimo pag. 15) Hay que observar que el único matrimonio aceptado era el católico en esta época. Los nacidos de esta unión eran legítimos y gozaban de todas las garantías reconocidas para ellos en las leyes. Fuera del matrimonio, los hijos procreados eran ilegítimos, los que se subdividían en dos órdenes con efectos legales diferentes: naturales y espurios. Los primeros eran los nacidos de la unión de un hombre y una mujer solteros, que vivían juntos, sin impedimentos para contraer matrimonio, siendo una sola la concubina. Posteriormente esta denominación se dió a los nacidos cuyos padres al tiempo de la concepción o del nacimiento eran hábiles para casarse sin dispensa, vivieran juntos o no y la mujer podía ser una sola o varias, no importaba el número de ellas, con tal de que el marido "los reconozca por sus hijos con arreglo á la ley-

II de Toro, que es la 1a. tit. 50. 1b. 10. de la
 Nov. Recopilación.
 (Eugenio de Espia, Febrero novatimo pag. 119).
 De aquí proviene que los hijos legítimos de la
 men naturales, porque según la naturaleza tienen
 padre, pero no según derecho". (José M. Alvarez,
 Inst. del Derecho Real de España, t. 1. pag. 81).
 Los espurios son aquellos nacidos de ramera o de
 mujer pública que hace "Gemanola con su cuerpo",
 o que nacen de adulterio tanto del hombre como de
 la mujer, o que también tienen su origen entre per-
 sonas con parentesco de consanguinidad o de afini-
 dad en el grado prohibido y, por último, los habi-
 dos por otros ordenados o por religiosos profe-
 sos. Y cada uno de estos hijos les corresponde
 una denominación particular: Espurios o ilegítimos
 en general, a los nacidos fuera de matrimonio en
 la forma indicada. Adulterinos o notos, nacidos
 de mujer casada con hombre que no es su marido,
 ya este este casado o no con otra y según la ley
 de Toro, también se llamaron de dedito y punitivo
 Ayuntamiento, porque la madre por el adulterio in-
 currió en muerte natural. Bastardos, o también
 llamados de dedito y punitivo espurios, eran
 los procreados con mujer ovida o soltera, llamada
 Barragana, porque no son habidos con la propia
 mujer del padre. Cual denominación tomaron los ha-
 bidos entre nobles y mujeres plebeyas, o con plebe-

yo ilustre. Kefarios, los procreados entre accedientes y ascendientes, por ejemplo entre padre y una hija. Incestuosos, los nacidos entre parientes colaterales en grado prohibido, sin dispensa cambiándose el impedimento, y aunque contrajeran matrimonio. Sacrilegos los de frailes o clérigos ordenado en orden in sacris; los frailes y monjas profesos, ya sea por coito entre si o con seculares. Tambien se llamaron de dafado ayuntamiento porque no eran punible tal unión. Y por último, los mancillados, nacidos de ramera o mujer pública, fuera noble o plebeya, de poca condición que los anteriores y los que propiamente se llaman espurios.

Para poder comprender cuales sean los derechos hereditarios de los hijos ilegítimos, es necesario referirse, aunque brevemente, a la legitimación, que "es un acto por el cual los hijos ilegítimos se fingen nacidos de un justo matrimonio, y se reducen a la patria potestad de sus padres a manera de los legítimos".

(Inst. de D. Real de España, José H. Alvarez, pag. 30).

Varias son las formas aceptadas en este derecho antiguo para la legitimación, denotándose en ellas la fuerte influencia romana. En primer lugar, para los naturales, por subsiguiente matrimonio de sus padres, ocupando el lugar de los legítimos y co-

todos los derechos de éstos. Son los que realmente se consideran habidos en concubinato.

Por rescripto del Rey, Emperador o Príncipe solamente se pueden legitimar los demás ilegítimos, - tales como los espurios, incestuosos, etc., y consiste en una petición o súplica que hace el padre ante la Suprema potestad, pidiendo que su hijo o hija, habidos fuera de matrimonio, se legitimen. Concedida esta gracia, se tiene por legitimado.

Estos son los medios más utilizados y actualmente vigentes para el reconocimiento. No obstante las leyes de partida tenían otras formas más, tales como las siguientes:

El ofrecimiento a la curia (del romano también). Consiste en la entrega que de el hijo hace el padre al Rey o al concejo de la ciudad para que sirva a ellos denunciando el nombre de la madre soltera, y quedando legitimado si el hijo acepta tal acto.

Por ofrecimiento voluntario del hijo o hijos de servir al Rey, Emperador, villa o ciudad, diciendo quienes son sus padres, recibiendo en recompensa el derecho de heredar a sus padres abintestato pero si los padres tienen hijos legítimos, no se legitiman por este acto.

Existió también el reconocimiento de hijos naturales por testamento, siempre que el padre no tenga hijos legítimos, en caso de que no los hubiere, se

tendrán por legítimos y herederos de sus padres. Otros medios de legitimación en esta etapa, eran los siguientes: Por instrumento público, sin que el padre exprese que se trata de natural, porque este reconocimiento se tiene como presunción de matrimonio.

El reconocimiento de un hijo, procreado de unco-
ba, cuando existen varios, se tienen por reconoci-
dos los demás.

También se presume la calidad de natural, cuando
el padre convive con la concubina en una casa, --
abiertamente, y procrea hijos a la luz pública.

Y por último, también queda legitimada la hija --
natural por el hecho de contraer matrimonio con --
una persona que ejerza cargo honorífico. El re-
sultado inmediato de la legitimación o del recono-
cimiento de la calidad de natural, se refleja in-
mediatamente en el derecho que tales hijos tengan
en la sucesión de sus progenitores. Debemos adver-
tir, que en esta etapa del derecho sucesorio ante-
rior al actual, se sucedía por línea paterna o por
línea materna.

El resumen de estos órdenes hereditarios, según --
Castán, eran: "Los descendientes del testador, legi-
timos y legitimados por subsiguiente matrimonio,
en su defecto, los legitimados por testamento del --

Rey, y a falta de todos, los adoptivos; en la herencia materna, a falta de legítimos y legitimados los hijos naturales y los espárcos en sentido estricto. b) A falta de descendientes, los ascendientes legítimos. c) En defecto de los anteriores, los hermanos legítimos de doble vínculo o de vínculo sencillo, en el caso de ser postergados a una persona torpe instituida heredero².

(Diccionario de Derecho privado, pag. 2469).-

Sobre lo anterior, hay que hacer las siguientes aclaraciones: 1.- Los hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, no tenían problemas en la herencia, ya fuera por línea paterna o materna. 2.- Los legitimados por rescripto del rey, presentaban estos casos: si la legitimación se otorgaba para recibir herencia, sucedían sin problema alguno, tanto al padre como a la madre, siempre que no concurrieran con hijos legítimos de uno u otro, porque eran desplazados por ellos, y el segundo caso era, cuando el rescripto ordenaba que aún concurrendo legítimos podrían heredar en igualdad con estos. Este último caso era excepcional, pero no se puede olvidar que el rescripto era solo una legitimación parcial que habilitaba para ciertos particulares, tales como para poder ejercer cargos públicos y otras dignidades honoríficas, con elección de órdenes sagradas, para lo cual solo podía -

REPUBLICA ARGENTINA
SECRETARÍA DE JUSTICIA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

dispensar el legado en sus bienes instituídos por la testamentaria.

En cuanto a los hijos espúreos, había que distinguir en relación al padre, cada vez que heredaba abintestado, existiera o no descendencia legítima. En relación a la madre, tanto estos como los naturales eran sus herederos, pero los de delfado y posible ayuntamiento, lo mismo que los espúreos, nada podían exigir. Sin embargo, los de delfado y posible ayuntamiento, podían recibir alimentos en una cuota igual al quinto de la herencia de su progenitora.

Tanto los espúreos como los naturales, no podían concurrir a la herencia de su madre cuando estuviera descendencia legítima.

A pesar de que la cuota para los naturales instituídos herederos, como para los legitimados por rescripto, era la quinta parte de los bienes del padre, si concurrían con hijos legítimos, cuota que se estimaba correspondiente a alimento, podían recibir del padre la porción hereditaria que éste gustara, sin mayor problema, en el supuesto de no haber descendencia legítima. Igual facultad tenía también el abuelo respecto de sus nietos naturales.

Finalmente, los hijos naturales y los legitimados por rescripto, cuando el padre no los instituyera testamentariamente, nada podían reclamar,

excepto la cuota alimentaria.

En cuanto a los espurios, podían heredar a su padre solo cuando alcanzaba la legitimación por rescripto real llamada "dispensación", porque en esta forma adquiere los derechos del hijo natural legitimado; este derecho del espurio es reducido al quinto cuando concurría testamentariamente con descendientes legítimos.

Vista la etapa antigua, o anterior al derecho civil actual, analicemos lo existente, para comparar cual ha sido el progreso del hijo natural en la legislación española.

Los hijos, tal como sucedía anteriormente, se clasifican en legítimos o ilegítimos. Los primeros son los nacidos, pues, en matrimonio, y los segundos, los nacidos extramatrimonialmente. En el primer grupo se ubican también los legitimados, o sea los que adquieren la calidad de legítimos por subsiguiente matrimonio de sus padres.

Tanto los legítimos como los legitimados en la forma anotada, son acreedores a todos los derechos y prerrogativas señalados en la ley, tales como el de llevar los apellidos de sus padres y sobre todo, el de heredarlos sin problema alguno.

En la nueva legislación también se legitima por rescripto del Príncipe, pero los derechos de los hijos legitimados por este medio son restringidos

o incluso, quedaran asimilados a los derechos de los hijos naturales reconocidos.

Fuera de estos medios de legitimación, no se admiten otros en la legislación actual.

Los legítimos se clasifican a su vez, en ilegítimos naturales o simplemente naturales, o ilegítimos propiamente tales, en los cuales no concurren las condiciones de los simplemente naturales. Estas condiciones que comunican el carácter del simplemente natural son: que al tiempo de la concepción, sus padres podían casarse con dispensa o sin ella, y también se presume cuando es reconocido por el padre o la madre, si uno de ellos, al momento de la concepción, podía casarse, adhiriéndose a cualquier persona que tal reconocimiento perjudique, demostrarla imposibilidad que existía para contraerse ese matrimonio.

Aquí se nota una gran diferencia con el derecho anterior, basada en que no solamente puede ser reconocido por el padre sino también por la madre, y además de que tanto el padre como la madre pudieran casarse al momento de la concepción, no después, ni tampoco al momento del nacimiento como estaba establecido anteriormente. La dispensa para el matrimonio no es necesaria.

Entonces, la condición del hijo natural, no ilegítimo, depende de dos circunstancias: que los padres se puedan casar al tiempo de la concepción, y

que sea reconocido por ambos o por uno de ellos. Los derechos para el hijo natural, y no para el ilegítimo, son: heredar a sus padres en la cuota indicada en la ley, ya sea por testamento o abintestado; llevar los apellidos de ambos padres si los dos lo reconocieron, o el del que lo haga -- solamente y, por último puede exigir alimentos. Como dijimos que los legitimados por rescripto -- del Rey, solo tienen los mismo derechos de los -- naturales, veamos cuales son los requisitos que -- no exigen para esto: ser hijo natural pro-- piamente dicho; que no sea posible la legitima-- ción por subsiguiente matrimonio; que se pida -- por los padres o por uno de estos; que el padre -- o la madre que la pida no tenga hijos legítimos -- ni legitimados por subsiguientes matrimonio ni -- descendientes de ellos, y que si el que la pide -- es casado, obtenga el consentimiento del otro -- conyuge, (art. 125 del C.C.) (Dico. de D. Priva-- do, pag. 2073)''.-

Por su parte, los hijos ilegítimos son aquellos -- en los cuales no concurren las cualidades de los hijos naturales. "Son los habidos de unión extra -- matrimonial entre personas que al tiempo de la -- concepción no podían contraer matrimonio".

Los derechos de los ilegítimos se reducen solo a pedir alimentos del padre o de sus sucesores, -- durante su minoría de edad o mientras estén inca

pacitados.

Estos hijos no pueden ser legitimados por ninguno de los dos medios que anotamos anteriormente. Veamos a manera de ilustración la reglamentación que para efectos de los derechos del hijo natural en la sucesión nos traen las leyes Españolas.

El art. 807 del C. Civil, dice: "Son herederos forzosos: 1o.- Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.

2o.- A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos. 3o.- El viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre o madre de estos, en la forma y medida que establecen los art...."

Teniendo los hijos naturales el carácter de herederos forzosos, miremos como concurren en la sucesión. Los ordenes sucesorales son los siguientes, de acuerdo al extracto hecho por Castán:

a) Sucesión de un varón o mujer legítima:

1o.- Hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, aunque procedan de un matrimonio declarado nulo, en concurrencia con los hijos naturales y el cónyuge viudo, por sus cuotas legitimarias.

2o.- Ascendientes legítimos, también en concurrencia con los hijos naturales y el cónyuge viudo.

sus respectivas cuotas.

3o. Hijos naturales reconocidos y legitimados por concesión y sus descendientes, en concurrencia -- con el cónyuge, por su cuota.

4o. Hermanos e hijos de hermanos, en concurrencia con medios hermanos e hijos de estos y con el cónyuge, por su cuota.

5o. El cónyuge.

6o. Colaterales restantes hasta el cuarto grado.

7o. El Estado.

b) Sucesión de un varón o mujer naturales, reconocidos o legitimados por concesión real.

1o. Descendientes legítimos.

2o. Hijos naturales reconocidos y sus descendientes legítimos.

3o. Padre y madre naturales o el que de ellos haya reconocido.

4o. Hermanos naturales.

5o. El cónyuge.

6o. El Estado.

c) Sucesión de un varón o mujer ilegítimos.

1o. Descendientes legítimos.

2o. Hijos naturales reconocidos y sus descendientes legítimos.

3o. El cónyuge.

4o. El Estado.

Hay que notar que la cuota del hijo natural en los órdenes anteriores, es variable.

Generalmente los hijos naturales heredan el cincuenta por ciento de la cuota de un legítimo, pero con estas restricciones; que quiepa en el tercio de libre disposición, una vez deducidos los gastos de entierro y funerales; y por otra parte, también se ve restringida por el usufructo del superstite, que sale del tercio libre, de donde se deduce la cuota del hijo natural. Esta situación es peligrosa, porque puede darse el caso que uno de los dos gastos anotados pueda copar el tercio libre, para lo cual se dice que lo que faltare para completar la cuota del hijo natural se dé en nuda propiedad en los casos en que no pueda pagarse en pleno dominio.

De todas maneras, la nueva legislación española anota cambios sustanciales en relación con el derecho anterior. Así vemos, que desaparece la serie de epítetos y calificativos grotescos e infames utilizados para señalar al hijo natural.

También se encuentra que tal calidad ya no es impedimento para ocupar cargos públicos, como así acontecía anteriormente.

Por otra parte, el reconocimiento al derecho de legítima tanto para el conyuge superstite como para el hijo natural, reconociéndolos como herederos forzosos, dió un vuelco total a la legislación pasada; acabó con la injusticia de cometer al hijo

natural reconocido al simple capricho de su progenitor, o la incertidumbre de la no concurrencia de ascendencia legítima.

Otro avance extraordinario, consistió en cooptar el reconocimiento de la calidad de hijo natural a la madre y no solo respecto del padre, y aún más; en algunos casos señalados en la ley, tanto el padre como la madre están obligados a tal reconocimiento, cuando los hechos para ese caso se dan conforme a ley.

No obstante este gran avance, todavía se adolece de algunas cosas que podemos considerarlas como injustas, tales como no permitir la legitimación voluntaria por concesión del Jefe del Estado para los hijos ilegítimos que no tengan las calidades del natural, y por qué no decirlo, la legitimación por subsiguiente matrimonio cuando los padres, por hechos posteriores, tengan la libertad de contraerlo. Y si a esto le añadimos la excomunión de todo derecho a la sucesión de sus progenitores, es mucho lo que hay para censurar en esta legislación.

COMENTARIO GENERAL.

Esta legislación no trae ninguna diferencia fundamental con lo que hemos visto hasta ahora en relación con la familia. Pero todas las legislaciones influenciadas por la católica

o más propiamente, por la doctrina cristiana, tienen como fuente legítima de la familia el matrimonio, ya sea católico o civil, de acuerdo a las regulaciones existentes al respecto.

No obstante que el derecho canónico no trae una definición del matrimonio, sus elementos se establecen por vía de doctrina, pero particularmente no nos interesa entrar a dilucidar esta cuestión en el presente capítulo.

Siguiendo a Fernando Della Rocca, encontramos que el matrimonio se divide en rato consumado, legítimo y putativo. Es válido el matrimonio cuando se celebra de acuerdo a las normas prescriptas, no concurriendo por otra lado, ningún impedimento dirimente, y lícito cuando se contrae sin ningún impedimento impediente.

El matrimonio es rato cuando no ha tenido ocasión la cópula perfecta apta para la procreación. Será rato y consumado cuando la cópula se ha verificado. Esta situación se presume cuando ha habido cohabitación subsiguiente al matrimonio.

"El matrimonio validamente celebrado entre no bautizados, por ejemplo el matrimonio civil de infieles, se llama legítimo".

(F. Della Rocca, manual de Derecho Canónico. pag. 345).

El matrimonio putativo es aquel contraído de bu-

na fé, pero inválido por cualquier motivo, produciendo todos sus efectos hasta tanto no se establezca la invalidez del mismo.

De acuerdo con las nociones anteriores, la familia legítima nace solamente del matrimonio válido o putativo.

La legislación canónica también trae la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, distinguiendo en estos últimos los naturales, o sean los habidos extramatrimonialmente entre personas que al tiempo de la concepción, o durante la gestación, o antes del nacimiento había podido existir matrimonio válido. Y espurios, los nacidos ex damnato coitu, es to es, "de personas entre las cuales no había podido realizarse el matrimonio por un impedimento dirimente (ligame, o espurios adulterinos, consanguíneos, o espurios incestuosos, votum u ordo, o espurios sacrílegos)".

Por lo tanto son legítimos los nacidos de un matrimonio válido o de uno inválido, pero con la condición este último que haya sido contraído en la forma canónica y de buena fé, debiendo permanecer ésta última hasta la época de la concepción por lo menos de parte de uno de los conyuges.

Respecto a la legitimación de los hijos naturales acogidos la siguiente explicación de Acuña y Castro: "Los cánones 1116 y 1117 tratan de la legitimación de la prole por subsiguiente matrimonio

y establecen lo siguiente: a) el matrimonio subsiguiente que pueda ser verdadero o putativo tiene eficacia para legitimar la prole; b) cuando un matrimonio fuera nulo a sabiendas de los contrayentes, y luego por virtud de una dispensa es revalidado, adquiere en el momento de la revalidación eficacia para legitimar la prole; c) para que la prole pueda ser legitimada por subsiguiente matrimonio, es preciso que los padres hayan sido hábiles para contraer matrimonio a tiempo de la concepción, o de la preñez o del nacimiento; - d) la legitimación que se hace por subsiguiente matrimonio equipara en un todo a los legitimados con los legítimos, pero solo para los efectos canónicos y siempre que no haya disposición en contrario". (Normas de Derecho Eclesiástico, pag. 399).

En relación a lo anterior, tenemos que la legitimación se puede hacer por subsiguiente matrimonio en las condiciones anotadas y también procede por rescripto pontificio, como veremos más adelante. Hay que anotar que, la legitimación por matrimonio posterior, no es conducente cuando exista impedimento dirimente no dispensable para la celebración del matrimonio, aunque llegue a cesar tal impedimento porque sus efectos se retrotraen al momento mismo en que este existía.

El Canon 1114 trae una excepción. Los hijos nacidos en matrimonio válido celebrado por persona que al momento de la concepción tenían prohibición de contraer matrimonio por vólcans profesión religiosa o por orden sagrada, serán ilegítimos. Es necesario puntualizar que tal impedimento existe en relación al momento de la concepción, sea antes del matrimonio o dentro de él.

La legitimación por rescripto pontificio conoce de tal calidad aun a los espurios, para los efectos canónicos. Como dice Della Rocca, esta es una legitimación "nimis plena", porque ella solo tiene efecto para los casos y en las condiciones indicadas en la licencia papal.

Para concluir debemos anotar que la Iglesia rechaza ampliamente a los hijos extramatrimoniales de toda aspiración sacerdotal. Son todos ellos - hijos de Dios pero no aptos para ingresar al gremio de sus seguidores y predicadores de su doctrina. Veámoslo claramente, significa el C. de Derecho Canónico.

Los hijos legítimos alcanzan todas las dignidades.

En relación con ellos no existe problema.

En cuanto a los naturales legitimados por subsecuente matrimonio, a pesar de que el Canon 1117 establece la igualdad con los nacidos dentro del

matrimonio, están colocados para los asuntos relativos a dignidades religiosas en perfecta desigualdad con sus presuntos iguales.

Cánon 1363: "El ordinario no admitirá en el seminario sino a los hijos legítimos....."

2.- "Antes de ser admitidos deben presentar documentos de su legítimo nacimiento...."

De acuerdo a los comentarios a este artículo, -- también pueden ingresar los legitimados por subsiguiente matrimonio.

(Código de D. Canónico, pag. 514, Miguelos, Alonso-Cabreros..

pero estos legitimados solo pueden permanecer en el simple estado sacerdotal ordinario, ya que el cánon 331, referente a las cualidades para ser Obispo, dice: " lo. Que haya nacido de legítimo-matrimonio, oin que baste la legitimación, aunque esta se hubiere verificado por subsiguiente-matrimonio". A esta norma le dan la siguiente explicación: "Es tan sublime la dignidad episcopal que no se tolera en quince hayan de ostentarla -ninguna cosa que la pueda rebajar. Y no cabe duda que los defectos de origen, con no ser imputables a la persona que los padece, redundan en desdoro de la misma, dejándola en situación poco favorable para ocupar puestos elevados en la Iglesia de Dios".

(C. de Jernico, pag. 151).

Y si lo anterior es así en relación a los legítimos por subsiguiente matrimonio, que queda para los que ni siquiera alcanzaron esta calidad. Cada. La historia de su origen los sigue colocando en situación de repudio, más de lo que pudiera considerarse como la misión más humana, - tal como la predicó de la doctrina de su Creador. Pero los hombres han convertido a la Iglesia de Dios en una sociedad privilegiada, aristocrática, orgullosa, vanidosa y salida de los muros señalados por Cristo, a pesar de que éste le indicó como primer pastor a Pedro, apodado - "El Peccador".

Por lo demás, no ofrece esta codificación nada distinto a lo dicho aquí, con excepción a lo anotado sobre los ilegítimos y los legitimados naturales.

Si cabe destacar la trascendencia que ha tenido esta institución en los ordenamientos legales de las naciones de origen latino, y más que todo en las hispanoamericanas donde se tiene casi una copia textual del parecer canónico, aunque en las últimas décadas se han venido modificando tales criterios, buscando una más exacta igualdad entre unos y otros, como lo notaremos en la parte final de este capítulo, al hacer un pequeño recorrido en las instituciones europeas y americanas.

D) DERECHO FRANCÉS.-

Esta legislación ha sido considerada como la más clásica y tradicional, estrechamente influenciada por el derecho romano y no menos participa de algunas instituciones canónicas, tales como las referentes al matrimonio y sus efectos en el ordenamiento de la familia.

La influencia de la codificación francesa en los ordenamientos jurídicos de Europa y América Latina fué tan decisiva, que en un principio las diferencias eran muy pocas, más bien hacían relación a cuestiones idiomáticas relacionadas con la interpretación del Código de Napoleón, pero conservando en el fondo sus instituciones.

Hoy por hoy, el avance doctrinario con la colaboración permanente de la jurisprudencia, ha ido modificando sustancialmente la institución de la familia, principalmente, no obstante que aun refleja alguna timidez para salirse definitivamente de sus marcos tradicionales, a pesar de los cambios sociales que han venido revolucionando las instituciones legales sobre todo en lo tocante a la familia misma.

Refiriéndonos al tema nuestro, sobre decir que también parte de la celebración del matrimonio - el concepto de familia legítima, como natural consecuencia de la influencia canónica que ha venido

luchando por este predominio desde la época romana, principalmente con el mandato de Constantino. Este dominio se vio menguado y aún no se ha vuelto a recuperar, con la Revolución Francesa, que impuso la secularización del matrimonio teniendo solo como válido el civil sobre el católico e iniciando una marcha ascendente en el mejoramiento de la familia natural, llegando incluso a establecer parentóricamente la igualdad jurídica del hijo legítimo con el ilegítimo, -- como corolario indiscutible de su doctrina liberal.

Esta igualdad fue estatuida por la ley del 12-brumario año II, con efectos retroactivos al 14 de julio de 1.789. "La filosofía del siglo-XVIII había combatido la idea de la inferioridad social del hijo natural, parecía inhumano -- hacer pesar sobre el hijo inocente la consecuencia de la falta de los padres. La tendencia individualista del legislador del período revolucionario le hizo actual enérgicamente en favor de los hijos naturales.

"(Planiol-Ripert, Derecho Civil Francés, pag. - 567, t.2).-

No mucho duró esta luna de miel, grande fue la reacción contra esta igualdad, recrudecida por la jurisprudencia posterior, marcada en las -

palabras de Bonaparte "que el Estado no tiene interés alguno en la constancia de la filiación de los hijos naturales", sentencia que pesa aun todavía sobre la familia natural en el Código Francés.

A todo lo anterior, es necesario agregar que al lado del matrimonio se acepta la legitimación de los hijos naturales, o de los que hayan sido concebidos antes del matrimonio pero nacidos dentro de él, con la condición que los padres al tiempo de la concepción pudieran haber contraído matrimonio válido, y no antes del nacimiento. Estos hijos legítimos se llaman legitimados y se equiparan en todo a los hijos legítimos procreados dentro del matrimonio de sus padres.

Son hijos naturales simples, los habidos entre personas que al tiempo de la concepción bien pudieran haber contraído matrimonio válido.

Adulterinos, si uno de sus padres estaba casado con otra persona al momento de la concepción, pudiendo darse esta situación en relación a los dos padres o a uno solo de ellos, Serán incestuosos los habidos entre parientes o afines entre sí en grado prohibido para contraer matrimonio.

Los naturales simples se legitiman o se pueden

legitimar generalmente por subsiguientes matrimonio de sus padres. Los incestuosos y adulterinos tienen normas especiales para alcanzar la legitimación, mucho más restrictivas en todos sus órdenes que las existentes para los primeros. Como veremos más adelante, las consecuencias jurídicas, o ne or los efectos de la legitimación, varían notablemente sobre todo en lo tocante al derecho sucesorio. El C. Civil Francés, art. 312, consagra textualmente la máxima romana "pater is est..." al afirmar que "el hijo concebido durante el matrimonio, tienen por padre al marido de la madre". Con esta presunción se despeja el camino para la demostración de la legitimidad del hijo, pues a éste le bastará comprobar su filiación paterna y materna, el matrimonio de sus padres y el hecho de haber sido concebido durante el matrimonio.

A esto cabe agregarle que su legitimidad se presume y se mantiene como tal, en todas las circunstancias, hasta tanto no se trata de rechazar por una acción de desconocimiento o de impugnación de la paternidad legítima. (art.315)

Es natural que la base de esta presunción de legitimidad se fundamente en los plazos o términos de carácter científico común a todas las

legislaciones, excepto la alemana, que establecen que se presuman concebidos en el matrimonio los hijos nacidos después de los 180 días, como mínimo, y antes de 300 como máximo, siguientes a la disolución o a la declaración de nulidad del mismo.

Dados los anteriores requisitos, el hijo es legítimo plenamente, por origen. Adquiere todos los derechos propios de su estado, incluyendo la nacionalidad del padre.

Una de las consecuencias de que el Estado no le interesaba establecer la filiación de los hijos naturales, es el hecho, aún vigente, que el reconocimiento de estos se puede hacer por acto voluntario o por sentencia.

En lo tocante a la legitimación que "es un beneficio por el cual el legislador confiere a un hijo concebido fuera del matrimonio, el carácter de hijo legítimo con todas sus consecuencias", se deriva del hecho del matrimonio de los padres naturales del hijo. El derecho francés ha evolucionado considerablemente sobre este aspecto. Así se tienen las siguientes formas de legitimación: la legitimación por subsiguiente matrimonio, la legitimación excepcional post nuptias y la legitimación de guerra sine nuptias. Estas legitimaciones suponen la exis-

tencia de un hijo natural simple, por cuanto la de los hijos adulterinos e incestuosos, - se repite, tienen reglas especiales.

La legitimación por nuptias tiene lugar cuando mediante el lleno de algunos requisitos se pueda aclarar la situación de la filiación de los hijos habidos antes del matrimonio de los padres.

La legitimación de los hijos sine nuptias, se concedió como privilegio especial a los soldados muertos en batalla que tenían la intención de contraer matrimonio para legitimar su descendencia natural.

Así las cosas, esta legislación contiene varios medios de equiparar a los hijos no concebidos ni nacidos dentro del matrimonio de sus padres con los estrictamente legítimos, pero conservando una diferencia entre ellos, más - que todo de carácter sucesoral; la legitimación por matrimonio no tiene efecto retroactivo.

"El hijo legitimado sigue siendo natural en cuanto a su pasado, ya que no puede existir legitimidad anterior a la unión conyugal. Como consecuencia de lo expuesto, el hijo no tiene derecho alguno a las sucesiones abiertas antes del matrimonio, porque cuando fueron abiertas era todavía hijo natural y como tal-

excluido de las sucesiones de los parientes de su padre y de su madre".

(Flaniel Ripert, Derecho Civil Francés, t.2. pag. 749).

Sobre este aspecto se presentan varios casos, sobre todo en relación a la legitimación post nuptias y al caso de hermanos legítimos de -- distintos matrimonio de sus padres.

Respecto de los hijos adulterinos e incestuosos, las reglas que se dan para el reconocimiento de ellos, son las siguientes:

Los adulterinos no pueden ser reconocidos y el acta de reconocimiento será nula, si se expresa el nombre del padre o de la madre -- cuando, siendo uno de ellos casado, la parte libre hace el reconocimiento del hijo mencionado el nombre del otro. Si el padre o la madre, siendo libres, hacen el reconocimiento sin mencionar el nombre de la persona casada con quien se concibió el hijo, este reconocimiento es válido y también lo es el acta de reconocimiento que se elabore en estas circunstancias.

Se exceptúa de lo anterior el reconocimiento hecho por el padre que estuviese casado con otra mujer que no sea la madre del hijo reconocido. Este acto es nulo aunque no se mencio-

ne el nombre de la madre. En cuanto a la madre casada con otro distinto al padre del hijo, se presenta dos situaciones: o es legítimo por aplicación del art. 312, o sea que se presume por nacer dentro de matrimonio legal, o es adulterino, si éste es desconocido por el marido de la madre.

Los incestuosos, están en circunstancias un poco análogas a las vistas para lo adulterino. Aquí el problema surge cuando la filiación o parentesco se establece a la vez por parte del padre y de la madre.

Así, si el reconocimiento se hace por ambos, es nulo, caen en la prohibición del art. 335 del C. Civil Francés, porque el carácter incestuoso surge del lazo de parentesco entre los padres. Igual cosa sucede si uno solo de los padres hace el reconocimiento pero mencionando al otro en dicha acta. Esta será nula.

No hay nulidad y es válido el reconocimiento de los incestuosos, cuando éste se hace por uno de los padres sin indicar el nombre del otro. Surge la calidad de hijo natural simple. Se discute si una vez reconocido por uno solo de los padres en la forma anotada, el otro también puede hacer tal cosa independientemente sin indicar el nombre del otro, en forma válida.

Los hijos adulterinos e incestuosos no pueden investigar su origen contra el padre que estu viese casado.

Si pueden hacerlo respecto del que se encuentra libre, pero siempre que esto no conduzca a revelar el nombre del otro. Igual sucede en relación a la maternidad.

No obstante lo anterior, el código impone la obligación de suministrar alimentos a estos -- hijos por parte de sus progenitores, y por el art. 908, recude a la porción alimenticia el monto que por donación o legado puede recibir esta descendencia.

Para concluir señalemos someramente, los derechos hereditarios del hijo natural.

La tendencia predominante en un principio fué la de negar todo derecho a la descendencia natural, hasta el punto de que no se le reconoció familia ni aún en la línea materna, salvo algunas excepciones. Los "bastardos no heredan" y solo podían hacerlo en relación a sus hijos legítimos. Este concepto sufrió modificaciones e incluso, llegó a igualarse esta filiación -- con la legítima en los tiempos de la Revolución, reconociendo iguales cuotas hereditarias a los naturales con los legítimos.

Toda esta serie de conceptos evolucionaron pero en un sentido negativo para el hijo natural hasta colocarlo definitivamente en un plano de desigualdad con los legítimos.

Naturalmente que el rigorismo de estas disposiciones se atenuaron un tanto, pero no lo suficiente como para modificar la inferioridad de los hijos extramatrimoniales, que todavía subsiste.

La casi ninguna consideración de los hijos naturales, fué modificada definitivamente por la ley de 25 de marzo de 1.896.

"Los parientes naturales que pueden heredarse unos a otros son:

- 1o. Los hijos naturales, quienes pueden recibir la herencia de sus padres;
- 2o. Los padres naturales, quienes heredan al hijo fallecido sin descendientes;
- 3o. Los hermanos y hermanas naturales, hijos naturales de un mismo padre o una misma madre, quienes se heredan entre sí a falta de hijos o ascendientes.

Esos derechos se conceden exclusivamente a los parientes naturales simples. Si fueren adúlteros o incestuosos, el derecho de sucesión desaparece, concediéndose por la ley solo los alimentos".

(Planiol-Ripert, Derecho Civil Francés t.4. pag 112).

Es necesario decir, además, que la ley antes citada y el C. Civil, no le dan cabida al hijo natural en la sucesión de los parientes, ascendientes y colaterales, de su padre y de su madre, solo recibirá las que provengan de su padre o de su madre, y la de los hijos naturales de cualquiera de ellos, pero para poder concurrir a la sucesión de uno cualquiera de sus padres, será necesario que haya sido reconocido como tal, como hijo natural simple, ya voluntariamente, ya forzosamente. El art. 337 establece una restricción única al decir que si el reconocimiento se hace con posterioridad al matrimonio de uno de sus padres con tercera persona, "ese reconocimiento no puede perjudicar al otro esposo ni a los hijos nacidos del matrimonio", consecuencia que se refleja en el derecho a suceder al padre que le hizo el reconocimiento en el sentido que no puede hacerlo en la cuota que le correspondería en otra circunstancia, si en el matrimonio han nacido hijos legítimos, quedando, pues, completamente, excluido salvo que concurren con otros parientes que no sean los de los hijos legítimos nacidos del matrimonio. En concurrencia con el cónyuge superviviente, queda excluido.

Por lo demás, la cuota del hijo natural en concurrencia con legítimos, se reduce a la mitad de la legítima de éstos últimos, pudiendo variar dicha cuota en las circunstancias señaladas en la ley, tales como concurrencia con ascendientes o colaterales legítimos etc.

Sólo cuando concurren más naturales que legítimos parece que surge un problema consistente en pensar que los naturales pueden llevar más de las tres cuartas partes de la herencia. Pero esto no es así, por el sistema llamado de "distribución" según Planiol y Ripert, el resto de la cuota de ellos no pueden pasar el tope indicado ($3/4$); la porción de cada hijo natural está, por tanto, determinada con la aplicación del sistema de distribución sin que el total de su porción pueda, en ningún caso, exceder los $3/4$ de la herencia.

En lo tocante a los hijos adulterinos e incestuosos, estos se encuentran privados de sus derechos hereditarios, aún no concurrendo con parientes legítimos.

Todo esto se reduce a un derecho de alimentos.

Estos hijos tienen el carácter de acreedores de la sucesión; tienen un derecho contra ella, pero no un derecho en ella.

La legislación francesa se distingue, a pesar de su aparente logotismo, por su constante evolu-

DEPARTAMENTO DE
DICCIONES
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

ción, que exige una permanente observación de esta institución.

No por ello se puede afirmar que muy prontamente vuelva a los cánones de la época de la revolución, pero si se encamina al establecimiento de la perfecta igualdad jurídica, como lo demuestran una serie de leyes relativas a protección de la familia numerosa, pensiones de guerra, sobre pensiones civiles, etc., que hacen predecir a Planiol y Ripert que "el legislador se encamina hacia la equiparación total".

La experiencia, basada en la historia y tradición de los pueblos, ha venido hablando claramente sobre estos puntos.

No es el castigo a que se somete al hijo natural, el hecho determinado que conservará la institución matrimonial como obligatoria para la procreación. Son demasiados los hechos sociológicos que impulsan a las uniones extramatrimoniales, que no pueden ser frenadas por leyes del hombre.

2.- OTROS CONCEPTOS.

A través de los ordenamientos jurídicos a que he hecho referencia en este capítulo, citándonos a cuatro tipos de legislaciones estrechamente vinculadas entre sí, por cuanto los

fundamentos de todas ellas obedecen a una misma tradición, a una misma doctrina, a unas mismas creencias, a una misma concepción sociológica y moral, es necesario para concluir esta primera etapa, expuesta sin pretensiones, indicar cuales son realmente las actuales corrientes doctrinarias que vienen transformando la situación del hijo natural en la sociedad moderna.

Hay que comenzar por afirmar que la primera incidencia se percibe en el rechazo continuo a la denominación de hijos naturales o ilegítimos, designándolos "extramatrimoniales" únicamente.

De acuerdo con la tradición, podemos clasificar en tres grupos las distintas tendencias que se presentan sobre este tema, conforme a la evolución que han sufrido con los continuos cambios de orden social.

I.- Aquellas legislaciones donde todavía predomina el concepto tradicional con algunas atenuaciones, tales como la francesa, la española, la italiana, la portuguesa, la belga, la holandesa, la argentina, la chilena, la colombiana, la panameña y algunas otras latinoamericanas donde se nota la marcada influencia del derecho roma-

no. Se destaca el predominio de la tradición precisamente en los pueblos sealados origen latino, donde el derecho romano ejerció su influencia y sirvió de fundamento para las futuras organizaciones de orden legal.

II.- En este grupo se nota una atenuación más marcada y profunda, tendiendo hacia la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Aquí se destacan los códigos de Alemania y Suiza, las legislaciones de Suecia y Noruega, algunos de los Estados de la Federación Norteamericana, destacándose el Código Mexicano, que estatuye la casi equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales en sus derechos, rechazando ampliamente la nomenclatura de legítimos e ilegítimos, acogiéndose al moderno concepto atrás indicado.

III.- Aquí se clasifican aquellas legislaciones que ya tienen estatuida la igualdad de derechos de los hijos, cualquiera que sea su origen, tales como la cubana, la derogada constitución española de 9 de diciembre de 1.931, y muy especialmente el código de la familia de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

En estos tres grupos se nota claramente las actuales modificaciones al viejo concepto de hijos naturales, buscando cada día la legítima igualdad de todos ellos, descargando al hijo del es-

trigina de su origen, por simple consecuencia de un criterio social.

Veamos algunas de las codificaciones que más se destacan en este nuevo concepto:

La legislación cubana, no obstante de haberse tomado casi textualmente del derecho español, sufrió un vuelco total por la ley de 15 de agosto de 1.978, que vino a decir que los hijos concebidos por padres que al tiempo de la concepción no podían casarse, podían ser inscritos como legítimos si sus progenitores han celebrado matrimonio posteriormente a su nacimiento.

El Código Alemán, en su art. 1591 dice: "el niño nacido después de celebrado el matrimonio es legítimo cuando la mujer lo ha concebido antes o durante el matrimonio y siempre que la mujer haya cohabitado con el marido en la época de la concepción. El hijo no es legítimo cuando según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer lo haya concebido por obra del marido".

(Derecho de familia en la Legislación Comparada, pag. 103 L.Fernández Clerigo).

Vemos como no interesa ya si el nacimiento se ha producido dentro de los plazos legales, que para esta legislación es de 101 días y de 302, importando solamente el tiempo de la concepción en relación a la posibilidad de la cohabitación entre marido y mujer. Tanto la prueba de la legitimidad

trigue de su origen, por sí solo consecuencia de un criterio social.

Veamos algunas de las codificaciones que más se destacan en este nuevo concepto:

La legislación cubana, no obstante de haberse tomado casi textualmente del derecho español, sufrió un vuelco total por la ley de 15 de agosto de 1.938, que vino a decir que los hijos concebidos por padres que al tiempo de la concepción no podían casarse, podían ser inscritos como legítimos si sus progenitores han celebrado matrimonio posteriormente a su nacimiento.

El Código Alemán, en su art. 1591 dice: "el hijo nacido después de celebrado el matrimonio es legítimo cuando la mujer lo ha concebido antes o durante el matrimonio y siempre que la mujer haya cohabitado con el marido en la época de la concepción. El hijo no es legítimo cuando según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer lo haya concebido por obra del marido".

(Derecho de familia en la Legislación Comparada, pag. 163 L. Fernández Clerigo).

Veamos como no interesa ya si el nacimiento se ha producido dentro de los plazos legales, que para esta legislación es de 181 días y de 302, importando solamente el tiempo de la concepción en relación a la posibilidad de la cohabitación entre marido y mujer. Tanto la prueba de la legitimidad

60

como la de la ilegitimidad, admiten toda clase de amplitudes; no se restringen para ninguno de los casos.

El Código Suizo tiene mucha similitud con el alemán, diciendo que el hijo nacido durante el matrimonio o antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges, tiene por padre al marido de la madre, presumiéndose de hecho que el hijo nacido con posterioridad a este término es ilegítimo. Basta demostrar solamente el transcurso del tiempo para que se establezca tal circunstancia. Es importante tampoco otro hecho distinto al de la concepción para señalar la legitimidad del hijo, siempre que en caso de disputa se demuestre la existencia de cohabitación entre los cónyuges, desechándose entonces la presunción de los términos legales. Hay amplitud de medios probatorios para comprobar el carácter extramatrimonial o matrimonial de los hijos en este tipo de ordenamiento legal.

La legislación inglesa solo admite como hijos matrimoniales a los habidos de matrimonio legítimo pero señala una gran amplitud para este caso que consiste en que la unión matrimonial puede tener lugar en el momento de la concepción, o antes del nacimiento, o en una época intermedia. Es decir, no cifra el aspecto de legítimo solamente al

61

tiempo de la concepción.

Es más amplio que las legislaciones latinas, no obstante de su aparente drásticidad.

En los Estados Unidos de Norteamérica la situación varía de un Estado a otro. Pero por regla general se tienen como legítimos los hijos habidos de matrimonio legal, admitiendo algunos Estados como matrimonio el celebrado sin ninguna formalidad (Common Law).

Admiten una presunción de legitimidad tal como la cohabitación entre cónyuges, a pesar de que pueda imputarse conducta irregular a la esposa.

Serán ilegítimos o extramatrimoniales los nacidos de unión libre o concubinaria. Se legitiman por subsiguiente matrimonio de los padres, ya sean adulterinos o incestuosos, a excepción si descienden de uniones en línea recta o entre hermanos.

Esta legislación ha influido mucho en otros países tales como Cuba y algunos europeos.

Para concluir, miremos rápidamente la situación de los hijos naturales en el Código Soviético.

En la legislación soviética no existe diferencia entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, debido a que en ella impera el principio de la procedencia real sobre el de la presunción legal.

La paternidad y la filiación son dos derechos distintos regulados separadamente, sin perder por con

pleto en relación con la unión conyugal. Como consecuencia, el parentesco, la paternidad y la filiación se regulan sin atención a las relaciones que les dieron nacimiento. A toda relación de hecho y a sus consecuencias, mira el Derecho sin ninguna otra consideración.

Las anteriores apreciaciones se fundan en el art. 25 del Código Soviético de la Familia de 1.927:

"Los derechos recíprocos de padres e hijos se fundan en la filiación. Los hijos cuyos padres no están casados gozan de los mismos derechos que los nacidos de personas que han contraído matrimonio".

"Esta legislación no admite padres oficiales".

El hecho del parto no lo consideran como una vergüenza para la mujer y por consiguiente no constituye ninguna afrenta a la sociedad. Lo miran y lo tienen tal cual es: un hecho simplemente natural; es el producto de la misión real y exacta de los seres humanos en la tierra, es el cumplimiento del mandato "Creced y multiplicaos".

Admite esta legislación la investigación de la paternidad, la fijación de la filiación, aún por medio de actuación oficiosa, reprimiéndose penalmente toda impostura en esta situación.

Con lo visto brevemente se puede colegir que este tipo de ordenamientos jurídicos es sumamente crudo, frío, y realista en relación con nuestras tradicio-

nes pero inobjetablemente señala un paso trascendental para la total abolición del injusto y arcaico concepto de hijos legítimos y naturales, matrimoniales y extramatrimoniales, procurando comunicar la igualdad jurídica y social entre ellos, restableciendo el equilibrio roto por una sociedad injusta, anticristiana, autodominada de igualitaria para todos.

C A P I T U L O S E G U N D O

Sumario:

- I.- Del Concubinato. Elementos generales y especiales. Sus efectos.
- II. Del matrimonio. Fundamentos sociales y jurídicos. Influencia canónica en el matrimonio. Efectos sociales y civiles del matrimonio.
- III Hijos legítimos. Hijos naturales.

I.- Del Concubinato. Elementos generales y especiales. Sus efectos.

El concubinato ha permanecido como un hecho que unas veces produjo consecuencias jurídicas o tras tuvo un trato de indiferencia y menosprecio absoluto y finalmente se convirtió en una situación que ha merecido toda clase de estudios sociales y legales, con el objeto de fijar sus reales efectos.

A partir del Derecho Romano, donde se consideró como una unión de orden inferior, pero plena y válida, debidamente reglamentada bajo Augusto, esta unión ha sufrido diferentes tratamientos de acuerdo a las ideas sociales y políticas predominantes en un momento dado; con la natural influencia religiosa, principalmente las de orden católico.

El concubinato desde los romanos presentó -

sobre todo en el aspecto patrimonial, reflejado en la filiación natural que crea como consecuencia propia de la unión.

Con los elementos especiales acabados de ver so-
neramente, es fácil distinguir la verdadera unión
concubinaría de la simple unión libre tenida como
ilícita en toda época cuyas consecuencias son bien
diferentes a la concubinaría.

Como entre la unión matrimonial y la concubinaría
existen similitudes especiales, como las ya vistas,
así también tienen elementos generales que hacen -
similares estas uniones, permaneciendo solamente -
la falta del requisito formal de la legalización -
de la unión extramatrimonial, para que desaparez--
can las diferencias que son muy pocas.

Fues bien, los elementos generales de la unión ex-
tralegal, son: lo. Ayuda y socorro mutuo. Siendo -
un matrimonio imperfecto, los concubinos deben, co-
mo deber natural, protegerse en todas las ocasiones
de la vida, tal como si se tratara de la unión matri-
monial. Es una consecuencia lógica, porque no se --
trata de una situación pasajera y accidental. Es -
la unión de carácter permanente habida entre dos per-
sonas, aunque no obligatoria ni indisoluble, pero -
sí estable como resultado del mutuo propósito de --
las partes. La ayuda y socorro mutuo es un deber po-
derosamente de orden moral entre los concubinos, .á-
xine cuando de esta unión se procrearán los hijos --

queridos por las partes. 2. Alimentos. Este natural deber, como todos los que hacen relación al concubinato, tampoco aparece como legalmente obligatorio entre las partes. Pero no es menos lógico pensar que si la madre de los hijos habidos en esta unión ha sido lo suficientemente honesta para haber tenido la protección y ayuda de su compañero, también debe serlo para el caso del abandono injusto pudiendo buscar la protección legal para exigir alimentos de su concubino, aunque no haya habido hijos entre ellos.

Debe bastar la destrucción de la unión concubina permanente, para darse esta clase de protección ya que solamente la mujer con la separación o abandono del concubino queda colocada en una situación deficiente, social y económicamente. 3. Otro elemento general al concubinato es el de fidelidad de la concubina. Es supremamente importante la presencia de este factor, porque su carencia haría degenerar lo que se tienen como normalmente admitido, como es el concubinato, a lo que generalmente se repudia, tal como las uniones libres. 5. Por último el deber de la concubina de seguir a su compañero en su domicilio y aceptar sus órdenes. Generalmente cuando desaparece este elemento entre los concubinos, termina también esta relación. Más bien, la mujer concubina como la esposa en el matrimonio, tiene la obligación de seguir a su compañero.

68

Los elementos generales, que son claros deberes entre los concubinos, no tienen ninguna sanción legal. No pueden exigirse coercitivamente por ninguna de las partes, principalmente los alimentos. Es, pues, un nexo moral lo que obliga a los concubinos entre ellos, como consecuencia del querer que los ha unido.

Los elementos especiales o distintivos del concubinato son necesarios para su propia concepción como unión extramatrimonial que es. Más que todo se establecen en función de la filiación que crea, para el caso la natural, distinguiéndola de las demás uniones pasajeras o accidentales. Los efectos de orden patrimonial han hecho mirar a todos los legisladores estas uniones, pues es innegable que necesariamente producen efectos muy semejantes a los del matrimonio, sin llegar a equipararlos.

En el capítulo anterior hicimos mención del concubinato en relación a la filiación natural.

Así lo vimos en Roma, donde fué admitido o incluso reglamentado bajo el imperio de Augusto, quien le comunicó el nombre con que hoy se designa. En España se le llamó barraganía, y también fué debidamente reglamentado. Y así en las demás ordenaciones legales.

Como bien vimos de paso, el trato dado a esta unión

unión fué diferente de acuerdo a la época y a sus ideas predominantes. En el antiguo Derecho Romano, se repite, se admitió como solución a la prohibición de contraer justas nupcias entre ciertas personas, tales como la de ciudadanos romanos con peregrinas, etc. Los efectos del concubinato en este período fueron diversos. En cuanto a los hijos, solamente tenían el lazo de cognación con su madre y los parientes de esta. No heredaron nada en la primera etapa del Derecho Romano, habiendo adquirido algún derecho en la sucesión de su padre, solo bajo Justiniano. En los sociales, no existieron diferencias entre los hijos legítimos y los naturales pues la unión era admitida. Ni eran vejados los que vivían en este estado. La mujer solamente no gozaba de la calidad de uxor ni de las dignidades del marido. Con la lenta penetración del cristianismo en las costumbres y poderes de Roma, la situación fué cambiando hasta lograr su rechazo y tacha de inmoral. Así se transmitió a las demás legislaciones, tales como la española, donde no tuvo ninguna clase de consideración ni de reglamentación legal y solo más tarde se fué imponiendo la necesidad de ir estudiando el problema existente, hasta darle una reglamentación a esta unión, como se dejó visto en el artículo anterior.

En la época de la Revolución desapareció de la legis

lación de Francia la diferencia entre los efectos del matrimonio y los de concubinato. La igualdad era absoluta como corolario de la doctrina imperante. Lo duró mucho esta abolición total. Pronto se reaccionó y se cayó en el extremo opuesto. Lo se reconoció ningún efecto al concubinato y la descendencia natural sufrió una mutilación completa en lo social y legal. Se desamparó por completo a esta unión y se repudió fuertemente, como natural consecuencia del predominio ornónico en la época. Posteriormente se varió de criterio ante la presencia inculcable de estos lazos, como un hecho que imponía una solución de derecho. Así, la jurisprudencia fué imponiendo su parecer hasta lograr una legislación sobre este aspecto, también explicada en el aspecto histórico visto anteriormente.

Por último, es inobjetable que la gran mayoría de las legislaciones modernas tienden a brindar una total protección jurídica al concubinato, esta trayendo los derechos y deberes de las partes, no solo entre ellos sino, principalmente, en relación a la descendencia habida en la unión. Así se perfila el derecho alemán, el suizo, el soviético, etc.

Los elementos característicos del concubinato ya visto, permiten establecer ampliamente la existencia de esta unión, diferenciándola de la puramente libre u ocasional. Por consiguiente, los efectos sociales y legales son diferentes, dándose con gran

impulso un salto a favor de una aceptación jurídica con el fin de imponer las obligaciones que de ella nacen. Lo inmoral, lo pecaminoso, lo injurídico, lo tachable, y criticable tenido en las costumbres, como consecuencia de las ideas religiosas predicadas por el cristianismo, ha cedido ante el avance de -- nuevos criterios sociales y filosóficos, donde ya esas costumbres obedecen a otros patrones distintos a los imperantes en las épocas pasadas.

"Tanto en las uniones matrimoniales como en las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplirse unos mismos fines: procreación de hijos, sustantación de estos, fidelidad de la mujer al hombre, obligación del marido de proveer a los gastos del hogar, etc. (Arturo Valencia Zea, D. Civil. Tomo V. D. de familia, pag. 329).

II.- Del matrimonio.- Fundamentos sociales y Jurídicos.

El origen de la familia se encuentra en la comunión sexual del hombre y la mujer, bajo alguna de las tres formas más generalizadas, como son el concubinato, la unión libre y el matrimonio. Este se ha venido a tratar después de las dos primeras formas, por cuanto es lógico considerar que la primera unión del hombre con la mujer debió asimilarse más al concubinato que al matrimonio.

No existe una definición que abarque todos los elementos constitutivos de la unión matrimonial, ya sea en lo civil o en lo canónico. De acuerdo a su --

72
etimología. "La palabra matrimonio procede de la latina matrimonium, la cual deriva a su vez de las voces matris munium, que significan carga, gravamen y cuidado de la madre. Comentando esta etimología, decían las Decretales de Gregorio IX que "para la madre, el niño es, antes del parto, oneroso; doloroso en el parto y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, más bien que patrimonio "Diccionario de D. Privado, pag. 2616)".-

No siendo nuestro propósito analizar el matrimonio en cuanto a su carácter sacramental o contractual, desde un punto estrictamente jurídico, sino más bien el de considerarlo como simple acto formal que genera la familia legítima, sin embargo daremos algunas definiciones para señalar sus elementos o principios más esenciales y sobre los cuales se originan criterios distintos. Así, pues, veamos las siguientes:

"Acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad.....

(Planiol-Ripert, Trat. Pract. de D. Civil Frances t.2 pag. 59 §70).

Para Kent, unión de dos personas de sexo diferente para la recíproca posesión de por vida de sus cualidades sexuales (cit. de Valencia Zea, D. de Fa--

"La unión forzada entre dos personas de sexo diferentes, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, que son su consecuencia".

(Ahrens, Dicc. de D. Privado, pag. 2616).

A pesar de que el C. Canónico no trae una definición del matrimonio, pues se limita a señalar sus elementos, en sus comentarios al Cánón 1012, dice "es un contrato legítimo entre un hombre y una mujer, mediante el cual se entrega mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos que por naturaleza son aptos para engendrar hijos" (C. de D. Canónico pag. 374, Migueloz-Alonso Cabrerros).

Con las definiciones anotadas, no pueden destacar como conceptos generales a todas ellas, la conabitación y la procreación; el acuerdo de voluntades, indiscartable para la legitimación de la unión, y la sanción legal o religiosa para su aceptación como tal.

Así las cosas, el matrimonio en todas las épocas ha estado acompañado de una solemnidad, de un rito cualquiera, de una actuación externa a los contratantes que le comunica su carácter de legítima unión para diferenciarlo de aquellas en donde éstas no se hacen presente, sobre todo, del concubinato que es su hermano natural. De este lazo nace la familia legítima, precisamente porque es el resultado de una unión admitida, indicada y sancio-

nada por los cánones sociales y legales.

El concepto de matrimonio supone la relación sexual de un hombre y una mujer, como acto necesario para la conservación de la especie. Exige determinados requisitos para que esta relación se cumpla ordenadamente y para que pueda gozar de tal denominación. Estos requisitos varían de una sociedad a otra, de un Estado a otro, todo en función del imperativo socio-filosófico que predomine.

Indudablemente que los fundamentos de orden social, son determinantes de la importancia y exigencia de la unión matrimonial, en toda relación sexual destinada a la procreación.

El concepto de familia va implícitamente unido al de matrimonio como fuente de la descendencia legítima, sin que esto quiera significar que la unión concubinaría esté excoimulgada de este concepto. No. Pero es claro que la sociedad, en general sin distinciones de creencias, ha tendido hacia el matrimonio para la formación de la célula familiar. Así nos lo dice la historia y nos lo confirman los estudios que atrás hemos hecho. De otra parte, se ha visto en la unión matrimonial un mejor medio para establecer las responsabilidades que nacen como consecuencia de la procreación; los deberes y derechos de los que adquieren el carácter de padre, de madre y de hijos; la imposibilidad de relaciones sexuales entre parien

tes que, por su proximidad consanguínea envuelvan un peligro para la conservación de la especie; también constituye, según lo establecido, una mejor garantía en cuanto a los efectos patrimoniales, que los lazos de la consanguinidad conllevan, y, además, se piensa que la célula familiar, base primaria de los núcleos sociales, encuentra una mejor permanencia y estabilidad a través del matrimonio que de otras uniones, aunque tengan los mismos fines. En fin, son muchos los fundamentos sociales que se dan para la perpetuidad de la unión patrimonial.

En lo tocante a los aspectos jurídicos, el Estado ha permanecido siempre a la expectativa sobre la clase de unión que escoja el hombre para reglamentar sus efectos y consecuencias, su admisión o repudio, en consonancia con la concepción ideológica, doctrinaria y política que lo guíe. En una palabra el Estado no permanece como convidado de piedra en estas situaciones. Absurdo sería que dejara tal cosa al arbitrio del querer individual. Pero no es menos cierto que su intervención debe circunscribirse al querer nacional, a las ideas predominantes, a la mejor concepción de los fines de la unión matrimonial o extramatrimonial, y cuáles son sus reales efectos, no solo en el campo moral, sino en lo social y legal, conforme a sus principios dominantes. No otra cosa puede hacer el establecer y reglamentar las tutelas y curatelas, la patria potestad, la potes-

dad marital, los derechos sucesorios, etc.

Influencia canónica en el matrimonio. Efectos sociales y civiles del matrimonio.

La forma del matrimonio en los primeros tiempos revestía un carácter solemne, ya fuera de orden civil o religioso, pero siempre se destacaba por la clase de rito que lo acompañaba. De esta manera se estableció una diferencia con el concubinato y por ende, con la unión libre.

Como bien lo vimos en la etapa histórica correspondiente al derecho romano, al admitirse las formas de la coemptio y del usus, y al legalizarse el concubinato, el cristianismo inició su actividad tendiente a lograr la implantación de su forma matrimonial destacando el principio de unidad e indisolubilidad que nacen de su carácter sacramental. Esta tarea, a pesar de no recoger sus frutos inmediatamente, fué perfilando los ordenamientos jurídicos del derecho romano hasta imponer una cortapisa a la unión concubinar y el rechazo de su descendencia natural. Así vino evolucionando la doctrina hasta llegar a dominar el aspecto matrimonial en las organizaciones civiles.

La cuestión referente a la indisolubilidad y al aspecto sacramental del matrimonio, no fué admitida en todo tiempo con la amplitud que deseaba la Iglesia. La situación que existía no permitía su admisibilidad porque las costumbres no le daban entrada a la religión naciente. Roma impuso sus ritos a los pueblos conquistados, y la cultura milenaria de los orientales no le daban cabida a la doctrina cristiana. Solamente con-

71

la llegada de los emperadores cristianos, con Constantino, a la cabeza, logró la Iglesia modificar en algo las costumbres predominantes.

El matrimonio-sacramento es una institución propia y esencial de la doctrina católica. Son muchos los argumentos de la unión matrimonial, y de este concepto se deduce su indisolubilidad, tema de mucha trascendencia hoy día, pues fundamentales teorías contrarias al divorcio vincular.

La doctrina del matrimonio-sacramento fué definida por el Concilio de Trento como dogma católico: "si alguno dijere que el matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley evangélica instituido por Cristo, sino que fué introducido por los hombres en la Iglesia y que no con fiere gracia, sea excomulgado" (sesión XXIV) (Bermudez y Castro, Derecho Canónico, pag. 366) Esta doctrina sentada con tanta claridad, data desde los concilios ecuménicos Lugdunense II (1.274) y el de Florencia (1438), confirmada por el Tridentino (1545) forma anotada.

Dicen los canonistas que Cristo le comunicó el carácter sacramental al matrimonio en la celebración de las bodas de Caná y "de haber hecho en favor suyo el primero de sus milagros; suceso éste que todos los padres y escritores ecles.ásticos reputan de grande importancia para establecer y comprobar la elevación del matrimonio a la categoría de sacramen

to y la nueva dignidad que iba a adquirir en el cristianismo", por cuanto El asistió personalmente a esa unión.

El matrimonio-sacramento, no admite el divorcio porque, "lo que Dios, pues, ha unido, no lo desune el hombre", se contraponen a la concepción del matrimonio civil que, si no ha sido influenciado por la legislación canónica, admite el divorcio vincular, pues es una consecuencia del carácter contractual del matrimonio. Los argumentos que se dan para sustentar ambas cuestiones son muchos. Las dos potestades orcan tener cada una la razón para autorizar la separación de los conyuges, ya sea disolviendo el vínculo matrimonial totalmente, o solo parcialmente, dejando vivos todos sus efectos. La iglesia, en algunos casos, muy limitados, pueden llegar a admitir la disolución del vínculo matrimonial, dejando en libertad a los conyuges separados para contraer nuevas nupcias. Pero lograrlo no es cosa de fácil o aceptable empresa ordinaria. Los cánones 1119 a 1127 señalan las causales de disolución total y siguiendo los comentarios al canon 1113, estas causas se resumen así: a) el matrimonio celebrado entre dos cristianos, pero no consumado (1119); b) el celebrado entre bautizado e infiel, si tampoco ha sido consumado (1119); c) el de dos bautizados, celebrado en la infidelidad de ambos y solo consumado cuando en

19

dos eran infieles (1125); d) el de bautizado e infiel, celebrado así mismo en la infidelidad de ambos y solo consumado en ella, pero no después de la conversión del bautizado. "Fuera de estas causales, existen otras pocas, muy relativas, porque dependen de ciertos hechos que se juzgan a través de la interpretación que se les dé. Pero las enumeradas, son taxativas, debido al carácter delicadísimo que ellas encierran para la Iglesia. Esta acepta, con mayor exactitud, la separación no vincular de lecho, mesa y habitación, o separación de cuerpos. Esto en cuanto a la indisolubilidad, pues en atención a la unidad del matrimonio, como su otro elemento esencial, vemos que es aceptado por los civilistas propugnadores del divorcio vincular.

Pues bien, el matrimonio-contrato, el que nace por el acuerdo de voluntades de los contrayentes, aunque se califica como contrato sui-generis, por no corresponder en esencia a lo que ese término implica, sí admite la separación definitiva de los conyuges. Es el matrimonio tenido como válido por algunos Estados, principalmente por aquellos donde la influencia canónica ha perdido ascendencia sobre la civil, o nunca la ha tenido. Este matrimonio al admitir el divorcio pleno o perfecto indica, a su vez, cuáles son los compromisos que subsisten entre los conyuges separados, sobre todo en relación con los hijos. La secularización del matrimonio nació como una necesidad inaplazable para regular las uniones de los

nó católicos, en un principio; y posteriormente se institucionalizó como obligatorio para todos aquellos que fueran a unirse por la forma matrimonial. La constitución francesa de 1.791 declaró que "la ley no considera al matrimonio, sino como un simple contrato civil", de donde se originó la secularización en la forma hoy conocida. Dicen Maniol y Ripert que "a fines del antiguo régimen, la cuestión del matrimonio de los protestantes planteó -- por primera vez el problema sobre el laicismo de la institución. La Revolución secularizó el matrimonio" (Derecho Civil Francés t.2, pag. 59)

De acuerdo a lo visto hasta ahora, resalta que el hombre tiene a la vista dos medios admitidos como válidos para celebrar su unión sexual con la mujer el matrimonio-sacramento y el matrimonio-contrato. Ambos legitiman la descendencia y producen efectos en derecho. Uno y otro son asimilados para gozar de la protección del Estado y de la estimación social. Se diferencian en lo tocante a la separación vincular y a las doctrinas que sustentan uno y otro. En el aspecto social, ambos matrimonios tienen iguales efectos. Todo de acuerdo al escogido por la agrupación social que lo impone.

Entre los efectos que produce el matrimonio, ya se trate de eclesiástico o civil, podemos anotar que constituye un ordenamiento o disciplina para las relaciones sexuales; comunica una mayor estabilidad-

a la familia y por ende al grupo social, en general. Los autores consideran que la unión matrimonial es - la institución más importante de todas las formas so- ciales; es el fundamento del derecho de familia y de él se deducen todas las consecuencias reglamentadas- en derecho. "Es el instituto jurídico más importante del derecho Privado, puesto que constituye la base - de organización de la sociedad civil". Serían muchas las incidencias del matrimonio que pudiéramos anotar en la vida de sociedad. Bastan las dichas, de las -- cuales se desprenden sus efectos en el campo jurídi- co.

Del matrimonio se deducen las instituciones de la pa- tria, la tutela y curatela, en casos determinados; - la protección legal de la familia, tales como la re- glaentación de los derechos y deberes de los padres para con los hijos y viceversa; la institución de -- los derechos hereditarios en orden a la familia legí- tima; la organización del patrimonio familiar; los - deberes y derechos de los conyuges, como ayuda y so- corro mutuo, etc. Son pues muchos los efectos civi- -- les del matrimonio, como pilar de toda sociedad.

Uno de los efectos civiles del matrimonio, el princí- pal de todos, hace relación a la sociedad conyugal, - que nace automáticamente con el matrimonio, y que es consecuencia de la comunidad doméstica que se origi- na. Esta sociedad considerada como de persona y de - bienes, ha sido reglamentada indistintamente, entre-

81

REPUBLICA ARGENTINA
SECRETARÍA DE JUSTICIA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

gando la capacidad de disposición y de dirección en forma general, al marido, en virtud de la potestad marital. Hoy este último concepto ha venido siendo revaluado, por la búsqueda de la igualdad jurídica del hombre y la mujer en la vida matrimonial.

Normalmente ha sido aceptado el principio de la unidad en el matrimonio, que no es otro distinto al de un solo hombre para una sola mujer, quedando descartada la poligamia y la poliandria, imponiendo el concepto monogámico como el más racional para una mejor conservación de la especie. De este principio se deducen penas impuestas a aquellas personas que violan la unidad del matrimonio, - - siendo casual, generalmente de divorcio, tanto - vincular como de simple separación de cuerpos.

Pues bien, la influencia canónica en el matrimonio es inobjetable. Realmente se puede decir que el verdadero concepto de matrimonio se debe a la institución canónica, ya que las civiles generalmente reflejan en mayor o menor grado sus principios y reglas que han dispuesto la organización del matrimonio.

Hijo Legítimo - Hijo Natural.

Sobre este aspecto hemos hablado ampliamente en los párrafos del capítulo primero. Indiquemos solamente, que del matrimonio civil o canónico nace la familia legítima. Que ésta es igual en todos -

sus efectos sociales y legales. Que los hijos de uno u otro matrimonio reciben las mismas consideraciones sin atención a la clase de unión legítima de que proceda. Los viejos conceptos, que tenían más de prejuicios que de razonables, en relación al matrimonio, sobre todo en nuestro medio, han cedido ante el paso demoleedor de la verdadera concepción del matrimonio; tan igual y cierto es el civil, como lo es el anónimo. Por tanto, los hijos habidos fuera de estas uniones se consideran extramatrimoniales.

24

CAPÍTULO TERCERO

Sunario:

I- Igualdad del hombre ante la ley. Fundamentos de la igualdad jurídica. Sus efectos.

II-Igualdad del hijo legítimo y natural, ante la ley.

I.- Igualdad del hombre ante la ley. Fundamentos de la igualdad jurídica. Sus efectos.

El hombre considerado en su principio natural ha sido el motivo central de éste estudio, y a él nos referimos particularmente sin detenernos mayor cosa en sus nexos inmanente con la sociedad.

Para las ciencias jurídicas el hombre constituye un punto de referencia tan importante, que debe ser materia de estudio previo, para poder señalar los fundamentos de sus relaciones sociales, como pilar de toda sociedad.

La justicia, materia y sustancia de toda relación de derecho, ha sido siempre el epicentro de las especulaciones de filósofos, sociólogos, historiadores, etc., tratando de encontrar la fórmula de expresión que sea capaz de significar por lo menos un principio

pio de igualdad que corresponda a la verdadera naturaleza humana del ser racional. Hablar de justicia equivale a hacer un estudio de todos los esfuerzos del hombre por darle su correcta aplicación. El hombre supone entonces el eterno problema de la justicia: es el sujeto natural de ella.

El ser humano considerado desde un punto de vista biológico, jurídico y filosófico, tiene que ser igual a los demás de su propia especie. "Desde el punto de vista biológico el hombre puede ser clasificado de acuerdo con el lugar que ocupa en la escala animal. Linneo consideró que formaba por sí solo un género y una especie, denominándolo "Homo Sapiens". El género "Homo" debe incluirse en el orden de los "Primates".

En otras épocas de la historia, cuando existía el régimen de la esclavitud, hubo hombres que podían ser objetos de Derecho; bienes o cosas. Hoy día, -- tanto la doctrina jurídica como en la legislación positiva, el hombre por el hecho de ser tal y sin necesidad de ningún otro requisito, es sujeto de Derecho, es persona.

Y por último, corresponde a la filosofía, apoyándose en las ciencias particulares, pero operando con métodos y puntos de vista propios, la gran misión de llegar a una concepción coherente y unitaria de lo que es el hombre. Tal es el estudio que modernamente se ha solido denominar con el término de "antropología filosófica". (Jorge Rubner G. Introducción

a las Ciencias Jurídicas. pag. 110, 111).

Entre las definiciones más importantes dadas al hombre, tenemos la de Boecio: "rationalis naturae individua substantia": substancia individual de naturaleza racional.

Para el gran Santo Tomás de Aquino, "El hombre es un compuesto perfecto de dos substancias incompletas, la materia prima, que es el cuerpo, y a la forma substancial, que es el alma".

Ya se mire a la naturaleza del hombre o a su esencia, material o espiritualmente, resalta que en principio el hombre es completamente igual tanto biológica, como jurídica y filosóficamente.

Entonces, de dónde provienen las desigualdades que tan tesoneramente se han tratado de destruir?. Para dar una respuesta a éste interrogante es necesario considerar al hombre como sujeto de derecho. El hombre en sociedad, no aislado.

El hombre en sus relaciones con los demás, es decir, - en sus actividades como miembro natural de todo núcleo social, genera una línea de conducta que debe ser observada y reglamentada por el Derecho, con el fin de obtener la garantía de sus goces. Así, si permanecemos en estado de orden o desorden, de vandalaje o de disciplina, de moralidad o de inmoralidad, para cada una de esas manifestaciones propias corresponderá una sanción o una protección jurídica. Pero para hacerse acreedor a una u otra cosa, se precisa que tenga el carácter de sujeto de la norma jurídica.

Este aspecto del hombre como sujeto de derecho respon-

de también a la concepción filosófica sobre su esencia, es decir, a la consideración de su naturaleza racional. No siempre se tuvo en este sentido a todos los seres racionales. En la etapa de la esclavitud el hombre no era sino un objeto, una cosa, sobre el cual se ejercía dominio. No tenía personalidad. Era un simple ente sin ningún atributo propio de su condición humana. La doctrina cristiana buscó enconadamente precisar el concepto de "persona", término que proviene de una palabra griega que quiere decir "máscara", careta que utilizaban los actores del teatro griego. Por extensión del idioma, "máscara" pasó a significar persona en el sentido jurídico que hoy tiene, porque equivalía a un revestimiento, a la adquisición de un complemento de algo que no se poseía. Así, el individuo llegó a ser una persona, algo distinto a su simple naturaleza individual. Adquirió un atributo ante los demás. Como se dijo, en un comienzo el atributo de la personalidad llegó a ser potestativo de unos cuantos, hasta que con el correr de los tiempos y la influencia de las doctrinas filosóficas, perdió el carácter de privilegio de unos cuantos y se hizo extensiva a todo individuo de la especie humana. Dice Bonmecase que "por el solo hecho de su existencia, el ser humano es una persona, un sujeto de Derecho".

La sociedad, en su más amplio sentido, es una unión

moral y permanente de personas que persiguen un objetivo de interés común," afirma el profesor Hubner Gallo. Y agrega, que hay unidad moral -- porque debe existir un acuerdo de juicios y voluntades en orden a un mismo objetivo, y no una simple y justa posesión de individuos. Es permanente, porque debe prolongarse en el tiempo, -- descartando toda unión pasajera.

La sociedad supone unión de personas, pues solo debe incluir seres racionales y libres.

Para terminar el significado de su definición, -- dice el profesor Hubner que la finalidad de toda sociedad es la de lograr el bien común para todas sus miembros. Los hombres no se reúnen para saciar sus apetitos egoístas. No. Deben hacerlo -- y así ha sido siempre, en procura del bienestar -- de todos.

Pues bien. Así, ubicado el hombre en la sociedad, a la cual corresponde por su propia esencia de -- ser sociable, dá origen a la norma jurídica necesaria para orientar, dirigir y reglamentar la vida en comunidad. Hace por tanto para cada uno de los miembros, una serie de derechos y deberes de imperativo cumplimiento, para que no sean aislados como elementos dañinos para la salud de la convivencia general. Aparece entonces, la restricción -- jurídica a la libertad individual.

No siempre ha sido igual el trato para todos los hombres en lo tocante a las restricciones de su libertad y si lo tuvieron algún día, lo perdieron por obra de sus semejantes. Eran los esclavos, otros la vieron restringida en algunos aspectos, que obedecieron a principios sociales, como el origen plebeyo o aristocrático, siendo más favorecidos estos últimos. Y en general, el origen y la capacidad económica de cada ser, fueron los pilares inmediatos de la desigualdad del hombre en sociedad. Las castas sociales, militares, religiosas, intelectuales quebraron la igualdad y señalaron el comienzo de la lucha permanente por volver al principio de justicia igualitaria para toda la especie humana.

Es cierto que la capacidad de goce y de ejercicio de los derechos no siempre se pueden admitir como iguales para todos. Pero no es menos cierto que la primera es inmanente a la propia esencia del ser, porque sería imposible considerar la aptitud de adquirir derechos como un atributo complementario separable de la naturaleza del ser racional. Y la segunda, si puede estar sometida a limitaciones que encuentran sus fundamentos en una serie de circunstancias, tales como la edad, el sexo, la salud, etc. Así el infante tiene la capacidad de goce, pero carece de la de ejercicio, porque resultaría absurdo aceptar a un niño de cinco años celebrando una compraventa de inmuebles. De aquí que la capacidad de goce es general: se posee por el solo hecho del nacimiento. Y la de ejercicio

obedece a ciertas circunstancias, que una vez desapa-
recidas, habilita ampliamente en sus derechos --
al incapaz que estaba sometido a restricción.

Fuera de las incapacidades para el ejercicio del de-
recho, que no significan desigualdades jurídicas, -
se pueden dar diferencias e inhabilidades para el go-
ce y ejercicio de todos o algunos derechos, teniendo
como fundamento la raza, el origen, la religión,
la política, la cultura, la sociedad, el color, etc.
Aunque es lamentable decirlo, sí existen y en grado
aberrante, estatutos legales que imponen estas desi-
gualdades entre los sujetos de derecho. Normas que
cristalizan el odio y egoísmo de la especie humana,
que tienen como substratum el mandato de castas su-
to consideradas como superiores a las demás agrupa-
ciones de seres semejantes. Estas normas desconocen
en el fondo los derechos de la personalidad, que son
inmanentes o congénitos a todo ser racional. A ellas
nos referiremos en su lugar oportuno.

Volviendo a nuestro tema, tenemos que el hombre con-
tal, como ser racional, posee un conjunto de dere-
chos que emanan de su propia naturaleza y que contri-
buyen a perfeccionar su propio ser. Tales son, los
derechos de personalidad, de vida, de libertad, de
igualdad y de propiedad. Sin ellos no se concibe la
existencia de la persona, por lo cual se denominan
"derechos fundamentales de la persona humana". Son
derechos inalienables e imprescriptibles, innatos,
universales, iguales e inviolables.

De acuerdo con la anterior concepción filosófica, todos los seres racionales son iguales ante la ley. La vida del hombre en sociedad deberá estar regida por normas iguales para todos.

El hombre es igual ante la ley, porque es una facultad que tiene de estar ante ella en las mismas condiciones que los demás hombres. "Las clases sociales no implican diferencias ante la ley".

Dice el profesor Alfredo Constaín: "Todos los hombres son o deben ser, iguales ante la ley, pero esta tesis debe tomarse en toda su integridad conceptual, porque, como dice Alfredo Fouilló, el derecho no consiste en querer nivelar todas las cosas, sino en igualarlas libertades. La igualdad ante la ley consiste, en primer término, en la supresión de todo privilegio, de aquellos en la edad media y en la época de las grandes monarquías, constituyeron norma jurídica y social. Como ya lo hemos vistos y ante la realidad de la desigualdad humana, la ley debe reconocerla para dar protección diferente, pero también para otorgar oportunidades iguales a todos los individuos y a todos los grupos de la sociedad para que cumplan a cabalidad la misión que les corresponde.

Todas las constituciones del mundo civilizado establecen en forma perentoria la igualdad ante la ley, ya que excluyen todo privilegio por razones de sexo clase social, ideas políticas o religiosas".

(Elementos de Derecho Constitucional, pag.227 No.155,

Así las cosas, fácil es deducir que los fundamentos de la igualdad jurídica se encuentran en la propia naturaleza del hombre, como piedra angular de todas las normas legales que regulan su vida en sociedad.

El ser racional es el sujeto de todo Derecho. En él y sobre él descienden las ordenaciones jurídicas. Nada se puede elevar a regla de derecho desconociendo la presencia del hombre en el conglomerado social. Toda disposición legal que contravenga la propia naturaleza del ser creado, no puede poseer la fuerza coercitiva necesaria para lograr su cumplimiento. Es una disposición que no obliga a su obediencia y respeto. Así, se puede limitar su libertad individual, como ya lo dijimos, pero en procura de su propio bienestar y el de los demás. No puede sino vivir en sociedad. Por tanto la organización jurídica que se imparta debe estar en relación directa a los seres para quienes va a ordenar, prohibir o conceder algo.

La esencia del hombre rechaza toda discriminación o menoscabo que se trate de imponer por razón de sexo, raza, clase social, religión, etc. La igualdad ante la ley, en su más amplia concepción, es la que se persigue.

Los efectos de la igualdad jurídica se reflejan en la paz social, política, religiosa y económica. Produce la verdadera hermandad entre los hombres y los lleva al cumplimiento de sus legítimos fines, como son los de una convivencia donde el bienestar

común, la armonía y el sociado general, sean las fuentes permanentes de la concordia y entendimiento de todos los hombres, como heredan que son en una misma causa.

II.-Igualdad del hijo legítimo y natural ante la ley.

Con lo visto anteriormente, solo nos resta decir en este aparte, que no tiene asidero alguna discriminación que se quiera hacer entre los hombres por razón de su origen.

Todos son iguales ante la ley; porque todos tienen la facultad de exigir el mismo trato, la misma consideración, las mismas oportunidades y los mismos derechos en virtud de la naturaleza racional que los caracteriza y que les comunica el atributo de constituir el sujeto del Derecho, contra universal de toda norma jurídica.

En la carta de los D. Humanos, se lee; "Art.1o.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Y con este mismo espíritu continúa esta Carta Fundamental, para señalar la universalidad e igualdad de los derechos sin distinción de clases ni de colores-políticos, etc.

Sobra, pues, continuar abundando este tema, que, con la sola explicación dada en el numeral I de este capítulo se subentiende todo lo demás.

Sumarios:

I.- El hijo natural en la legislación colombiana.

Evolución histórica del concepto de hijo natural.

II- Incidencias de otras legislaciones en la ley colombiana.

I.- El hijo natural en la legislación colombiana.
Evolución histórica del concepto de hijo natural.-

Al estudiar la filiación natural en el estatuto legal colombiano, lo hacemos con la simple intención de presentar al hijo extramatrimonial a través de sus consideraciones sociales y jurídicas, para tratar de señalar si su situación en los dos campos anotados ha sufrido variación alguna y si ésta le ha sido o no favorable.

Como es lógico suponer, la familia natural procede de la unión extramatrimonial. Esta unión puede ser concubinaria o simplemente libre. Una y otra reciben trato distinto, sobre todo en lo tocante a la descendencia, con su consiguiente repercusión en el plano legal. Entrar a recalcar la institución del concubinato, sobra. Se ha definido y también se han dado sus elementos significativos, que lo distinguen de otras uniones irregulares. Veamos pues, cuál ha sido en concreto la verdadera situación del vástago natural.

Los dice el profesor Tapia "illegítimos": antes de que rigiera entre nosotros la ley 45 de 1.936, había dos clases de parentesco ilegítimo; esto es, del que se origina fuera del matrimonio: el natural y el simplemente ilegítimo".

"Se llamaba natural el hijo habido fuera del matrimonio, en las condiciones expresadas por el art. 52".- Esta norma, ya derogada, decía: "Los hijos ilegítimos son naturales, o de dafado y punible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos". Esta norma define uno y otro así: "Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, otorgado por escritura pública o en testamento.

"Se llaman de dafado y punible ayuntamiento los adúlterinos y los incestuosos.

"Es adúlterino el concebido en adulterio; esto es, entre dos personas de las cuales una, a los menos estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo - que respecto de ellas produzca efectos civiles.

"Es incestuosos para dichos efectos, el hijo habido entre dos personas que no puedan casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, y por las cuales sería nulo el matrimonio".

De acuerdo con lo anterior, el hijo simplemente ilegítimo era aquel que no había sido reconocido por su padre, o sea, que habiendo nacido extramatrimonial tuviera los requisitos para ser considerado como natu-

por el padre, por reconocimiento, o poder tener el carácter de natural respecto de la madre. El art. 57 del C.C., derogado, decía: "Se llama simplemente ilegítimo respecto del padre, al hijo natural o espurio que no ha sido reconocido por él; y respecto de la madre, al espurio a quien ésta no ha reconocido, ni tenido por hijo de una manera pública y notoria".

Los espurios estaban definidos por el art. 58 del C.C., así: "Se llaman espurios los hijos de dañado y punible ayuntamiento".

Sobre la filiación incestuosa o adulterina, dijo el autor citado: "De esta filiación no se derivaba ningún parentesco. A los ojos de la ley no tenían ni padre ni madre. Eran hijos vitandos, frutos de uniones delictuosas como el adulterio, o de uniones horrendas como entre hermanos, padres e hijos, etc. - que revelan límites infinitos de degradación moral".

Estos últimos, los incestuosos y los adulterinos, nunca pudieron alcanzar el carácter de hijos naturales. Para que el hijo ilegítimo alcanzara el grado de natural respecto de su padre, solo existían dos medios. el reconocimiento por escritura pública y el testamento.

Como consecuencia de la prohibición que existió sobre la investigación de la paternidad, los hijos simplemente ilegítimos al no ser reconocidos por su padre - quedaban en iguales condiciones que, los incestuosos - y los adulterinos. Esta situación era una consecuencia del pensamiento relevante de la época: la total negación

elisa de árcobispos a los hijos extramatrimoniales, resultado del gran cambio que tuvo sobre este aspecto la doctrina cristiana, que recogió el C. ⁹¹ ~~canónico~~, -- origen del maestro.

Por lo tanto, cuando un hijo si placente ilegítimo alcanzaba el reconocimiento de su padre o madre, el único derecho que adquiría por la "gracia" otorgada, era el de alimentos, reducido a lo estrictamente necesario. En cambio los naturales, gozaban de algunas protecciones tímidamente reconocidas en la ley. Así, por ejemplo, tenían derecho al cuidado y crianza por parte de su padre o madre, es o también a una educación elemental y secundaria tendiente a suministrarles alguna profesión y oficio, tal cual existe hoy. (art. 59, ley 153 de 1.037).

El carácter de alimentarios de estos hijos ilegítimos estaban señalados en el art. 56 de la ley 153 de 1.037, así: "Se llama pariente alimentario, respecto del padre al hijo ilegítimo, sea natural o espurio reconocido por aquel para el solo efecto de que pueda reclamar alimentos; y respecto de la madre, al espurio que, que no teniendo respecto de ésta la calidad legal de hijo natural, es reconocido por ella para el mismo efecto".

Vistas así las cosas, realmente no reportaba para la descendencia natural o ilegítima, ninguna ventaja patrimonial alcanzar ese reconocimiento. Lograban simplemente un derecho a recibir alimentos de aquellas personas que naturalmente estaban obligadas a hacerlo por su simple carácter de progenitores. Realmente este

ordenamiento jurídico fué, sin tener a equivocarse, la institucionalización de la irresponsabilidad moral, social y jurídica de los padres para con los hijos, porque gozaban del privilegio legal de negar alimentos a sus descendientes, si así lo querían, - con el beneplácito del Estado Civil y Clerical.

Y si todo era en beneficio exclusivo de los padres en lo tocante al patrimonio, qué decir en el campo social, La Isla de los Leprosos hubiera sido mejor paraíso para ellos.

Para terminar este corto recorrido en lo que fué - el Código de 1.873 en lo relativo al hijo ilegítimo anotemos como se ejerció la patria potestad en esta época. De acuerdo con el art. 233 del C. Civil, "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados". De allí que los hijos ilegítimos o naturales estaban huérfanos de representación legal. Por deducción lógica, los padres naturales que aspiran a representar a sus hijos en todas las circunstancias judiciales no podían hacerlo como tales, sino como tutores o curadores, llenando todos los requisitos que la ley exigía para estos cargos. Y esta guarda se verificaba cuando realmente interesaba proteger intereses de terceros más que del propio pupilo, y "más bien existía, con raras excepciones, interés en que creciera sin defensor, por las ventajas que los terceros podían derivar del estado anormal de abandono del niño".

En conclusión, una desaparición y desgracia legal para el hijo no concebido en matrimonio, no pudo existir.

Se quiso frenar las uniones concubinarias a fuerza de ley. Se buscó proteger la institución del matrimonio deshonstando la irresponsabilidad. Todo este estado de cosas no podía perdurar. Las nuevas corrientes filosóficas se fueron abriendo paso en la búsqueda de una mejor solución que reflejara una situación que tuviera más asidero en la realidad que en las simples utopías reinantes. Veamos como se presentó, lo llamado en su época, el gran cambio, no sin dar una clasificación de esta evolución, siguiendo para el caso al profesor Valencia Lea.

Comprende tres etapas la evolución de la legislación actual sobre la filiación natural: 1a. La del Código Civil de 1.873; 2a. La de las leyes de 1.887 (57 y 153), y 3a. La ley 45 de 1.936.

Las dos primeras etapas las hemos dejado estudiadas ya. Solo nos resta agregarles que para obtener el carácter de hijo natural, de acuerdo al antiguo artículo 317, no era necesario que los progenitores pudieran casarse o no al tiempo de la concepción. Esta situación estaba en abierta contradicción con lo preceptuado por el art. 52 y a citado, o sea que solo adquirirían este carácter los concebidos por personas que pudieran haberse casado al momento de la concepción por encontrarse en estado de soltería o de viudedad, o ambos; o sea, que no tuvieran impedimentos de esta naturaleza a más de carecer de los demás consagrados para el matrimonio.

For medio de la ley 57 de 1.887 vino el legislador a aclarar esta contradicción, habiéndole dado preeminencia al contenido del art. 52, y posteriormente la ley 153 del mismo año, terminó derogando el art. 317 del Código. A estas dos leyes pertenece la segunda etapa de que vamos hablando. De acuerdo a este nuevo concepto, "eran hijos naturales los habidos fuera de matrimonio, de personas que podían casarse entre sí libremente, y no eran naturales los habidos fuera de matrimonio, de personas que no podían casarse entre sí libremente en el momento de la concepción. Estos últimos, según decía la ley, eran hijos de dahlado y punible ayuntamiento, y dentro de estos se distinguía entre los adulterinos y los incestuosos".

La tercera etapa está representada por la ley 45 de 1.936, que vino a ponerle punto final a la situación del hijo natural, ilegítimo, incestuoso, adulterino, espurio, bastardo, etc, en el sentido de despojarlo de tantos agravios y repulsas, y más que todo, de reconocerle algunos derechos, no todos.

De acuerdo con la nueva ley, que de paso hay que destacar el hecho de consagrar la investigación de la paternidad, hasta entonces vedado para los hijos extramatrimoniales, son hijos naturales " el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento"

Como consecuencia de esta nueva concepción, desapareció la distinción de hijos naturales, ilegítimos y de dañados y punible ayuntamiento. Solo existen hijos legítimos e ilegítimos. De aquí que el hijo ilegítimo puede llegar a tener la calidad de natural respecto del padre o de la madre, o de ambos. Será entonces la existencia o inexistencia del matrimonio al momento de la concepción, lo que determinará el calificativo que corresponderá al hijo habido de la unión del hombre y la mujer.

A pesar de haber llegado a su final las distinciones del calificativo del hijo en relación a la unión de que procede, es conveniente destacar que el carácter de natural proviene por reconocimiento voluntario o por declaración del estado de hijo natural. Es de advertir, que esta situación ha de relación más bien al padre, ya que lo normal y general es que todo hijo sepa quien es su madre, no así su padre, imitación de la ley de 16 de noviembre de 1.912, del C. Francés, ha constituido un avance realmente notable, porque una de las consecuencias de la negativa a permitir esta investigación, era precisamente, que el hijo no reconocido no podía exigir alimentos, ni protección y educación a su padre o madre natural.

Pues bien, la ley 45 de 1.936, reconoció el derecho de concurrir a la herencia de su padre natural a todo hijo reconocido voluntariamente o por sentencia judicial. Sin distinción de su carácter incestuoso o adulterino. Así como también la obliga-

ción de suministrar alimentos y protección a la descendencia natural. / Me

La concurrencia a la herencia, por parte del hijo natural, quedó restringida por el art. 28 de la mencionada ley, que lo limitó solo a los hijos habidos con posterioridad a su vigencia (30 de mayo de 1.936).

Por medio de la ley 75 de 1.963, se variaron muchos preceptos de la ley 45. Aquella refleja un avance mucho más civilizados que el denotado por la ley que acabamos de estudiar. Sobre este nuevo estatuto trataremos en el capítulo siguiente. Aquí solamente nos limitamos a hacer la reseña histórica del hijo natural en nuestra legislación.

II.- Incidencias de otras legislaciones en la ley colombiana.

La institución del derecho de familia que consagra nuestro código, refleja, sin problema alguno, la influencia de otras legislaciones que señalaremos a son de simple acotación para fijar la idea del porqué existe la filiación natural organizada en la forma que la explicamos anteriormente.

La legislación española que nos rigió hasta que se adoptó en definitiva el Código Civil de 1.873, para toda la Unión, con ciertas atenuaciones, nos dejó la influencia impuesta por las caras instituciones de orden canónico en lo tocante al matrimonio, la filiación legítima y natural, casi copia das textualmente. En una palabra, nos gobernó Espa

ha y dejó en nuestras costumbres la marca indeleble de la doctrina cristiana que ha impuesto cu - parecer en todo lo referente a la familia.

Como quiera que nuestro Código se tomó del de Chi - lo, es necesario destacar que éste obedeció a la - influencia de España, ya que Don Andrés Bello, de - signado por el gobierno chileno para preparar el - Código, también estudió en las Siete Partidas y en el Derecho Francés, principalmente, las institucio - nes del C. de Napoleón. Así surgió el código comen - tado, con acentuado predominio canónico, ya que en - las fuentes, la española y la francesa, sufrieron - ésta influencia; porque no se puede olvidar que la doctrina cristiana se impuso desde temprana edad a través del derecho romano, origen de las ordenacio - nes jurídicas de los estados anotados. Aún más, el derecho canónico figura entre las fuentes directas de la legislación francesa, ya que su dominio fue - amplio en cuestiones relativas al matrimonio, la - familia, el comercio, etc.

Estas tres corrientes, la española, la francesa y - la canónica, siempre han iluminado a nuestros le - gisladores, hasta el punto que solo avanzamos en - aquello que ya ha sido madurado en otras partes.

Es cierto que sobre el aspecto de la filiación na - tural no hemos tenido otros patrones distintos a - los anotados; que comparando nuestra codificación - con la francesa y española, la diferencia es tan - nimia, que tal parece que pensar nosotros para a -

vanzar en estas disciplinas, sobra. No obstante, existen movimientos, sobre todo en los últimos años, que comienzan a predecir el verdadero cambio en esta institución, llevando a los hijos extramatrimoniales a un plano de perfecta igualdad con los matrimoniales. La necesidad impone esta equiparación.

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CANTON

105

CAPITULO QUINTO

Sumario:

I.-De la sucesión.- Ordenes sucesorales.

Descendencia legítima y natural. Ascendencia legítima y natural. Sucesión del hijo natural en la sucesión testada e intestada. Ley 45 de 1.936. Ley 75 de 1.968

I.- De la sucesión.

Desde la época romana, la sucesión ha constituido el medio más importante de adquisición de la propiedad. Se deriva de la voz latina successio, que a su vez proviene de sucedere, dando a comprender todo efecto o acción de suceder. De acuerdo a la definición dada por De Diego, " es un hecho mediante el cual, al morir una persona, deja a otra la continuación de todos sus deberes y derechos". Así tenemos que la sucesión supone tres condiciones necesarias: 1 "que haya una relación jurídica transmisible. 2.- que esta continúe existiendo, pero que cambie de sujeto.

Que esta transmisión tenga lugar por un vínculo o lazo que una jurídicamente a transmitente y sucesor".- (Diccionario de Derecho Privado, pag. 3701, - v. Sucesión). "Por tanto, se puede afirmar que exige sucesión en todos los casos en que el derecho - adquirido deriva de otra persona, dependiendo, por tanto, de la existencia del derecho anterior, o, - más concretamente, que se llama sucesión a todos - los casos de adquisición derivativa".

De conformidad con la noción vista, la sucesión implica necesariamente la sustitución de una persona por otra, en virtud de nexos jurídicos, pero solo - en los derechos distintos a los de su personalidad - no transmisibles. Lo sustituye en un todo, o en parte de él. La nueva personalidad reemplaza el causante o transmitente del derecho derivado en todos sus deberes y obligaciones.

Aunque no es nuestro propósito entrar a estudiar la sucesión en sí misma, sino el de señalar el concep- to general que se tiene de ella como medio de trans- mitir la propiedad, terminemos este bosquejo con las palabras del maestro Carrisosa Pardo: "en la suce- sión mortis causa, la palabra sucesión indica el fe- nómeno jurídico de transmitirse el patrimonio de una persona difunta a otra y otras personas vivas", co- rrespondiendo este concepto al admitido por la ley, cuando dice que "la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio". (Las sucesiones, pag. 11, n.9).

Excluido, como ha sido siempre, del derecho de herencia, el hijo natural, en los primeros tiempos de nuestra legislación, comparemos, más adelante, al tiene igual participación a adquirir el dominio por éste medio y en que proporción.

Órdenes Sucesorales.

La sucesión, como modo de adquirir el dominio, entre los romanos se organizó en base a los vínculos de la sangre y a las afecciones del transmitente, más que todo de carácter religioso. Con fundamento en estos principios, la institución de herederos se hizo entre ellos, atendiendo a la voluntad del causante manifestada en el testamento, definido por Ulpiano como "manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para valer después de nuestra muerte". (E. Petit, Derecho romano, pag.522 n.537). A falta de testamento, se organizó la sucesión ab intestato o legítima, expresándose el orden en que la ley lleva a los sucesores o causahabientes del de cujus a recoger los bienes hereditarios.

"Orden, según el diccionario de la Real Academia, - puede ser: Regla o modo que se observa para hacer las cosas. Relación o respecto de una cosa a otra". Por tanto, los órdenes hereditarios no son otra cosa que la relación o colocación de las personas vinculadas al causante por lazos de consanguinidad, para que las unas reciban los bienes a falta o en lugar de otras, indicando el orden de preferencia, que normalmente se basa en la vieja regla, "de que el mayor primero desciende, después asciende y en -

último lugar se extiende.

Pero el hijo extramatrimonial, en un principio, no vió jamás bajar ese amor; posteriormente con el imperio de la verdad y la existencia inequívoca de los hechos, han procurado que ese amor baje, unos, gradualmente, otros, de un todo, y los más, a medias.

Con todo, los órdenes hereditarios tampoco han favorecido la situación del hijo natural. Y esto tiene que ver acá, porque éstos son el resultado del querer de una sociedad que ha sido precisamente la inquisidora de los productos de las uniones extra-matrimoniales. El Estado no hace más que cohonestar ese sentimiento y plasmarlo en normas. Sociedad y Estado, sancionados en la causa contra los hijos ilegítimos o naturales, siempre han señalado a los progenitores de ellos que deben abstenerse de inculcarlos dentro de toda protección patrimonial, y mucho más si se trata de transmitirles la porción que en calidad de legítimos les correspondería en la sucesión de su padre o madre natural. Para ello le indica un orden, una reglamentación, que refleja el querer predominante y que los autoriza para desechar al vástago repudiado también para las dos agrupaciones mencionadas. Pues bien, estos órdenes hereditarios, a mas de organizar la concurrencia de los herederos de una persona, no han sido sino una traba más para la plena concurrencia de los hijos naturales o extramatrimoniales a la sucesión de sus padres.

Descendencia legítima y natural. Ascendencia legítima y natural.

Una de las consecuencias de la unión del hombre y la mujer, es la formación de una célula familiar, que puede ser legítima o ilegítima, si ha sido o no organizada bajo los mandatos de la ley, Como consecuencia de la formación de la célula familiar, aparecen los lazos o vínculos entre los miembros de ella, que en términos generales se denominan parentesco. Esto puede ser de consanguinidad, si los lazos proceden de la sangre, como el de padres e hijos, y cuando se forma el vínculo entre cada cónyuge y los parientes del otro, se llama afinidad. También existe otro que surge entre padres adoptantes e hijos adoptivos, que se llama de adopción o civil.

Por medio del parentesco de sangre, se da un vínculo que necesariamente une a los miembros con un tronco común. Así, los hermanos siempre tendrán como tutor común a su padre.

En este parentesco, nacido de los lazos de la sangre también se comprende a las personas que descienden unas de otras, como sucede entre hijos y padres, nietos y abuelos. Estas personas que descienden las unas de las otras pueden ser ascendientes y descendientes entre sí. Serán ascendientes los padres, abuelos, etc. y descendientes, los hijos, nietos, bisnietos. De aquí que todo ser humano necesariamente deberá tener ascendientes, aunque él no tenga descendientes.

Y por último, las personas que no descienden una de otras pero que sí provienen de un tronco común se llaman colaterales, tales como los primeros hermanos, tíos, sobrinos, etc.

De acuerdo con estas ideas, la procreación une de manera indubitable y eterna al generante con el generado. La comunidad de sangre origina un árbol que será común a todos los frutos que de él nazcan o se desprendan. Esta relación de causa a efecto no se destruye por sin el malabarrismo de ideas.

Sentidas estas premisas, terminemos por decir que la descendencia también podrá ser legítima o ilegítima, según que la causa común se encuentre unida de acuerdo con la ley y dentro de las circunstancias que ella señale.

Habrá descendencia legítima cuando todas las generaciones provienen del matrimonio, como dos primos hermanos que son hijos legítimos de dos hermanos, y estos, a su vez son hijos legítimos del abuelo común.

La descendencia será ilegítima, cuando una o varias de las generaciones no proceden de matrimonio. Siguiendo el ejemplo propuesto, el caso de los dos primos hermanos hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales es legítimo y el otro no.

Lo dicho de la descendencia, también se aplica a la ascendencia. Esta será, pues, legítima e ilegítima todo de conformidad con la existencia o inexistencia del matrimonio.

Con todo el parentesco natural, o ilegítimo, está restringido en contraposición al legítimo. Así, el hijo natural no tiene más familia que su padre, madre y hermanos. Por tanto, no tiene ingerencia en la ascendencia de sus progenitores. Con la advertencia, que este parentesco solo subsiste respecto del padre o madre que lo haya reconocido o de ambos. A su círculo familiar también se suma, lógicamente, su conyuge y sus hijos.

A lo anterior anotan Planiol y Ripert que "dicha expresión no es rigurosamente exacta puesto que no depende del legislador el suprimir el lazo familiar dependiente de un hecho: la filiación.

El hijo natural tiene, como el legítimo, una familia, pero, el lazo de parentesco no produce en él las mismas consecuencias jurídicas que para el hijo legítimo. La ley, sin embargo, lo ha tenido en cuenta con respecto a los impedimentos para contraer matrimonio". (Derecho Civil Francés, T.2 -- pag. 564 n. 50).

Compartimos la tesis de los autores citados, por la siguiente razón: el parentesco de consanguinidad hace relación permanente a todos los que descienden de un tronco o raíz común. Es permanente e inalterable. De aceptarse la restricción de la familiar del hijo natural, quiere decir esto, que el parentesco de consanguinidad de su padre con su abuelo se destruyó con su advenimiento al mundo. Absurdo desde todo punto de vista. Y si existe, como afirmar que él no lo posea respecto de sus abue

los y demás familiares, si los lazos de consanguinidad subsisten para sus padres? En caso contrario, - porque no admitimos el matrimonio del hijo natural con su abuela?

Es la clásica ley del embudo.

Sucesión del hijo legítimo - Sucesión del hijo natural.

La sucesión del hijo legítimo no ha tenido problemas desde los albores de la historia. Cuando más, ha estado restringida por conceptos de virilidad y de primogenitura. Pero abolidos estos aspectos, todo lo demás ha sido siempre igualmente favorable para ellos. Normalmente el hijo legítimo ha desplazado a todos los otros herederos cuando concurre a la sucesión de sus padre. Con mayor razón, con él no podían concurrir los hermanos ilegítimos o naturales.

Sin embargo, se fué poniendo la necesidad de darle cabida a los hijos naturales que no olvidados, adquirirían este carácter por reconocimiento de sus padres, escritura pública, o por acto testamentario.

Así quiso el legislador reparar esta falta, no obstante que la cuota de los naturales siempre fué menor.

Don Andrés Bello, siguiendo la tradición, quiso seguir lo existente, o sea, que los hijos naturales no tuvieran ningún derecho hereditario.

Nuestro Código, primitivamente, admitía la presencia de los hijos naturales, pero por medio de la ley 153

de 1.837, se volvió al sistema de dote y en ellos quedaron marginados de la sucesión de sus padres. 117
Este sistema prevaleció hasta la expedición de la ley 45 de 1.936, era con la restricción señalada. -
(cuota).

Pues bien, los órdenes hereditarios son; los descendientes legítimos; los ascendientes legítimos; los hijos naturales; hermanos legítimos; colaterales legítimos y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Dentro de cada orden, la ley fija la cuota de los diferentes herederos que concurren, siguiendo la regla de que el pariente más próximo excluye al más remoto, salvo las excepciones que a esto introduce el derecho de representación, en los casos en que se admite".

(Las sucesiones, Carrizosa Parde, pag. 177 n.162).

La cuota del hijo legítimo era superior a la del natural. En el primitivo código se disponía de cuatro partes para los legítimos y una para los naturales. Esto se modificó en el sentido de dividir el patrimonio en dos partes: una para los hijos legítimos y otra para todos los hijos, legítimos y naturales. Esta proporción de 4 a por el art. 20 de la ley 57 de 1.837, tuvo poca vigencia, debido a la exclusión total de los hijos naturales hecha por ley 153 del mismo año. Actualmente la cuota está señalada por la ley 45 de 1.936, en el cincuenta por ciento de lo que le corresponde al hijo legítimo.

A lo anterior hay que decir que, a partir de la ley 45 de 1.936, los naturales ocupan el tercer orden hereditario desplazando a los hermanos legítimos del de cujus.

En consecuencia, el hijo natural no goza de igual
de la cuota del legítimo, cuando concurre con estos.
En los demás casos, el suceso hereditario se reparte
por cabezas, o por partes iguales, o le corresponde
el todo, de acuerdo con la situación que se presente,
si concurre o no con los otros herederos; excepción
hecha de los hermanos legítimos, los colaterales le-
gítimos y el marido (hoy el Instituto de Bienestar
Familiar), a quienes excluye plenamente.

Hay que citar este caso. En el cuarto orden heredita-
rio correspondiente a los hermanos legítimos, no con-
curren los hermanos naturales. Así, los hermanos le-
gítimos toman su cuota hereditaria en la sucesión de
su hermano legítimo, pero no los naturales del her-
mano hijo legítimo. Pero a la sucesión del hermano na-
tural si concurren todos los hermanos naturales y le-
gítimos. Carrizosa tarde rechaza esta situación, con
la afirmación siguiente: "Se fundado el que habiendo
hermanos legítimos y naturales, los primeros excluyen
a los segundos; pero no lo es haberle negado vocación
hereditaria al hermano natural en la sucesión de su
hermano hijo legítimo. Esto constituye un error igual
de la nueva ley 45 de 1.936, que debió haber llenado
de la omisión indicada, si se anotada es un error al
código.

Así las cosas, vemos como se presenta la sucesión del
hijo natural, reglamentada por aparte, debido a sus ca-
racterísticas diferentes con la del hijo legítimo.

Para comenzar diremos que el hijo natural tiene un cír-
culo familiar restringido, como ciertamente lo vimos.

Así su familia la integran su padre o madre que lo hayan reconocido, o ambos, o también si él logró - 115
establecer su filiación. Además de sus padres, sura a sus hermanos, su conyuge y sus hijos. En lo tocante a los ascendientes, dijimos que no los tiene, y que sus únicos colaterales son sus hermanos carnales o maternos.

De conformidad con esta situación, el art. 22 de la ley 45 de 1.936, estatuyó: "La sucesión del hijo natural se rige por las mismas reglas que la del causante legítimo, ocupando los padres naturales el lugar que de acuerdo con tales reglas corresponde a los ascendientes legítimos. Si solamente uno de aquellos tuviere la calidad de padre o madre natural, a este solo corresponde la asignación respectiva.

Cuando por falta de descendientes o de padres sean llamados a suceder los hermanos, la herencia se defiere a aquellos que fueren hijos legítimos, o naturales del mismo padre, de la misma madre o de ambos. Todos ellos suceden simultáneamente; pero el hermano carnal lleva doble porción que el paterno o materno.

La calidad de hijo legítimo no da derecho a mayor porción que la del que solo es hijo natural del mismo padre o madre. El conyuge sobreviviente tiene los mismos derechos que en la sucesión del causante que fué hijo legítimo".

Aquí se destaca el hecho ya visto. El hermano legítimo concurre con los naturales a la sucesión del hijo natural en igual proporción. Pero en cambio, el hermano natural no tiene vocación hereditaria en la sucesión de su hermano hijo legítimo. Otra aplicación de la popular

ley del embudo. Lo único que faltó fué haberle concedido mayor porción que a los naturales.

De otro lado, anota este artículo la misma diferencia que existe entre el hijo legítimo cuando concurren a la herencia. Dice que el hermano carnal llevará doble porción que el hermano paterno o materno. Al primero, lo eleva a la condición de los legítimos para este caso, y a los otros los mantiene en grado inferior. Será que uno es más hijo natural o ilegítimo que otro? A que obedezca esta nueva diferencia? No veo el porqué de esta última discriminación. Solo contribuye a ahondar el ya insostenible estado injurídico.

Hoy que destacaar, que el artículo citado se vió precisado a consagrar los derechos del cónyuge supérstite, - en forma clara y precisa. Todo debido a que también él parecía sufrir una capitis diminutio al convertirse en cónyuge de un hijo natural, hasta el punto de que solo concurría a la sucesión del hijo legítimo con los hijos naturales, no así a la sucesión del hijo natural donde éstos lo excluyen. Como última observación al artículo en referencia, salta la traída por el profesor Carrizosa respecto a la concurrencia de los padres en pleno-- igual con sus hijos ilegítimos.

Anteriormente, bajo la vigencia del art. 1.050 del Código Civil, los hijos naturales heredaban en primer lugar con total exclusión de los padres, "como justa sanción a la paternidad natural, que por serlo, ha producido al hijo el daño irreparable de su nacimiento extralegal". Y hoy éstos concurren con aquellos en partes iguales. No fué atinado el estatuto al introducir esta variante.

No compartimos este planteamiento del ilustre maestro, por la sencilla razón de que el hecho de ser hijo natural no conlleva una retaliación contra sus progenitores. Sería absurdo admitir que se concediera al hijo la facultad de castigar a su padre, tal como excluirlo de su futura sucesión. El daño no es "irreparable". No. Lo que merece repudio es permanecer con estatutos legales que imponen una pena a los hijos naturales, con reconocimiento y todo de parte de sus progenitores.

Posición del hijo natural en la sucesión testada o intestada. Ley 45 de 1.936. Ley 75 de 1.968.

A lo ya dicho sobre la ley 45 de 1.936, que vino a establecer una situación más favorable, la paternidad natural como producto de la asimilación de la ley 16 de noviembre de 1.912 del sistema francés, vamos a complementarlo señalando sus aspectos más sobresalientes. El hijo natural, en el primitivo código, recibía en concurrencia con los legítimos, la quinta parte de los bienes, hasta la expedición de la ley 153 de 1.887 que excluyó a los naturales de la sucesión cuando existían descendientes legítimos. Así quedó todo hasta 1.936 en el sentido de que los hijos naturales solo podían heredar con los herederos ab intestato.

La posición del hijo natural en la herencia, testada o intestada, estaba supeditada a la presencia de los legítimos quienes eran herederos con mejor derecho.

Con el artículo 18, la ley 45 de 1.936 vino a aceptar que: "los hijos legítimos excluyen a todos los -

de hijo legítimo hijo legítimo o natural. Tal es el caso de los hijos naturales lleva en su cuota hereditaria una concurrencia con los hijos legítimos, la misma que le corresponde a uno de estos y sin perjuicio de la porción conyugal".

Pero no se aplicó esta norma a los nacidos antes de la vigencia de dicha ley, así lo tiene establecido la Corte "os hijos naturales nacidos antes de la ley 45 en razón de vocación hereditaria en presencia de hijos legítimos de matrimonio anterior a la ley". Este estatuto que conservó la misma situación de los naturales nacidos antes de su vigencia, fue modificado por la ley 75 de 1.936, en los siguientes términos: "en las sucesiones que se abra después de la vigencia de la presente ley, los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la ley 45 de 1.936 tendrán aún en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios, los derechos hereditarios que el hijo natural confiere la citada ley. queda así modificando el art. 23 de la ley 45 de 1.936".

Así cambió la situación del hijo natural en la sucesión de su padre o madre natural, pero todavía conserva la limitación de su cuota.

En lo tocante al derecho de representación, los hijos naturales del hermano del difunto están excluidos y por tanto no podrán ocupar el lugar que en la sucesión le hubiera correspondido a su padre. Por este medio, queda también excluido al hijo extramatrimonial, ya que también conservan este privilegio solamente la descendencia legítima.

En conclusión, de la prohibición que tenía de concu-

rrir con la descendencia legítima por testamento o ab
intestato, hoy goza de ese derecho sin atenuaciones,-
por su calidad de legitimario que le reconoce la ley.
Incluso puede ejercitar la acción de petición de herencia
cia en los casos que sea pretermitido por cualquier --
causa.

130

CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

Hemos pretendido realizar un trabajo investigativo, en un campo del derecho, ligado indisolublemente a la constitución misma de la Sociedad Humana.

La familia, punto de partida de toda sociedad, cobra en nuestros tiempos particulares interés y especialidad en cuanto dentro de los programas del estado moderno.

Al escribir estas conclusiones nos podríamos haber dado las soluciones simplistas a los problemas expuestos a través de nuestro estudio.

Nuestro interés no va más allá de lo investigativo de un tema especialmente que coincidentalmente con la presentación de esta tesis de grado está siendo debatido ampliamente por todos los estudiantes de la sociedad colombiana.

Y lo afirmamos así, por el hecho de existir en estos momentos un proyecto de Nuevo Concordato, que cuando no es el ideal que anhela todos los colombianos que pensamos en el derecho en forma definitiva del hábito de vida de la Iglesia y el Estado, por lo tanto abre nuevos horizontes para que este diálogo pueda entrar a regular en una forma que exige la Sociedad moderna los aspectos más importantes de la familia.

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE GUAYACÁN

131

titución familiar como es el matrimonio homogéneo más accesible a nuestra comunidad que es hoy colidada con el pensamiento del mundo contemporáneo y que mira con reservas algunas ideas proteritas.

Despreciamos pues, que todo este alito de renovación venga a contribuir a la evolución de las masas - que regiran nuestra sociedad bajo nuevas posturas de mayor justicia y equidad.

122

B I B L I O G R A F I A

DERECHO ROMANO

E. Petit

INSTITUCIONES DE DERECHO

ROMANO

José Santa Cruz Teijeiro

DERECHO ROMANO

J. M. Uria

INSTITUCIONES DEL DERECHO

REAL DE ESPAÑA

José M. Alvarez

MANUAL DE DERECHO CANONICO Fernando Della Rocca

CODIGO DE DERECHO CANONICO Miguelez-Alonso-Cabrero

PLANIOL RIPERT

Derecho Civil Francés

DERECHO CIVIL

Arturo Valencia Zea