

1

Cartagena, 2 de julio de 1987

Doctor

GUILLERMO BAENA PLANETA
Director Centro de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho Universidad de Cartagena
Ciudad.

Con toda atención y en cumplimiento del encargo que he recibido de usted, por medio de oficio No.088, probedo a continuación a rendir el informe solicitado sobre el proyecto de Tesis presentado por la egresada YENIS URRUCHURTU LOPEZ, titulado "HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN LA LEGISLACION COLOMBIANA".

En su interesante monografía, la autora resalta dos épocas bien marcadas de la condición de ese ser humano cuyo nacimiento no fué culpa suya. Totalmente denigratorio antes de la Revolución Francesa y hasta el año de 1791, "cuando el hijo extramatrimonial era mirado como un paria, como un criminal"; y posteriormente, reivindicatorio de sus derechos como consecuencia del progreso de las ideas democráticas", "cuando se instaura el principio de la igualdad de todos los hombre ante la Ley".

Remitiéndose concretamente a nuestra Legislación, crítica la autora con mucho acierto y en éllo hay conformidad de todos los que han tratado este tema, la tardanza de nuestros legisladores para llegar a reconocer en forma amplia los derechos de los hijos extramatrimoniales, como ocurre hoy en día después de un siglo y tales como: La defensa de las personas que han nacido fuera del matrimonio; la modificación al régimen de la Patria Potestad; al derecho alimenticio y los derechos herenciales que equipara a los hijos legítimos, esta última conquista mediante la Ley 29 de 1982.

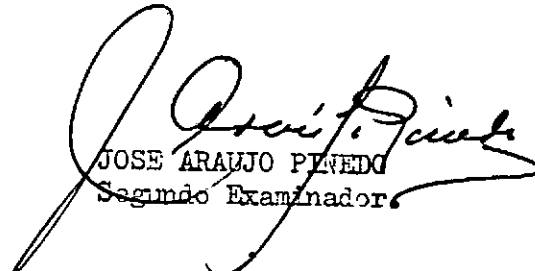
Analizado el trabajo en su conjunto, se puede detectar el espíritu de investigación de su autora, quién con la orientación de magníficos tradistas especialistas en esa disciplina ha logrado con profundidad,

claridad y sencillez, tocar los aspectos que interesan no solo a quienes se encuentran en la situación de hijos extramatrimoniales, sino a toda la sociedad que mira en ellos a seres humanos dignos de todos los derechos tal como los tienen quienes han nacido en una unión matrimonial.

En las conclusiones hace la observación muy acertada de la timidez de nuestros legisladores, tomando en consideración la mayor amplitud que desde hace muchos años se debió tener en lo que respecta a los derechos que se ha venido reconociendo a la familia extramatrimonial. Además es muy válida su inquietud de la necesidad de la creación de jueces de familia y del Tribunal Supremo; así como la de la pronta expedición del Código del Menor, que compile las normas actualmente dispersas sobre derecho de Familia, que se encuentran en Códigos como el Civil, el Penal, el Laboral, etc.

En consideración a lo expuesto, en mi concepto la tesis reúne los requisitos de forma y fondo, por lo que muy respetuosamente me permito solicitarle al señor Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, le imparta su aprobación definitiva para que la egresada YEMIS URRUCHURTU LOPEZ, reciba su título de Abogado.

Atentamente,


JOSE ARAUJO PINEDO
Segundo Examinador

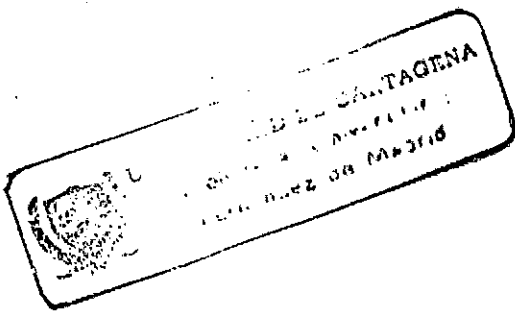
HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.

S C I B
000 08144

YENIS DEL C. URRUCHURTU LOPEZ

II

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de Abogado.



51501

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, 1987

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

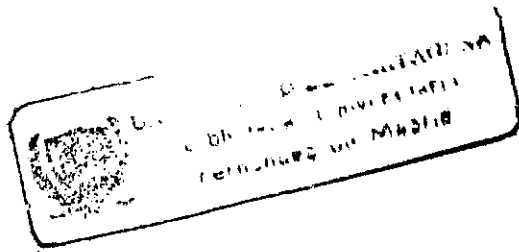
- RECTOR : Dr. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
- DECANO : Dr. ALCIDES ANGULO PASSOS
- SECRETARIO GENERAL : Dr. MANUEL SIERRA NAVARRO
- SECRETARIO ACADEMICO: Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ

- PRESIDENTE DE TESIS : Dr. RODOLFO NIEVES GOMEZ

- PRIMER EXAMINADOR : Dra. CARLOTA VERBEL ARIZA
- SEGUNDO EXAMINADOR : Dr.
- TERCER EXAMINADOR : Dr.

ARTICULO 83 DEL REGLAMENTO DE LA UNIVERSIDAD

"La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en esta Tesis, tales opiniones deben ser consideradas propias del autor."



6

CONTENIDO.

| | Página |
|--|--------|
| INTRODUCCION | 1 |
| 1. RESEÑA HISTORICA | 4 |
| 1.2 LA CONFERRATIO | 8 |
| 1.3 LA COEMPTIO | 9 |
| 1.4 MATRIMONIO DE LOS NO CIUDADANOS O SINE CONUBIO | 10 |
| 1.5 EL CONCUBINATO | 11 |
| 1.6 EL CONTUBERNI | 12 |
| 2. NORMAS DEL CODIGO CIVIL DEROGADAS | 15 |
| 2.1 LEY 57 DE 1887 | 15 |
| 2.2. LEY 153 DE 1887 | 16 |
| 2.3 LEY 45 DE 1936 | 18 |
| 2.4 LEY 75 DE 1968 | 21 |
| 2.5 LEY 1a. DE 1976 | 24 |
| 2.6 LEY 83 DE 1946 | 25 |
| 3. DERECHOS DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES | 27 |
| 3.1 DERECHO AL ESTADO CIVIL | 28 |

| | Página |
|---|--------|
| 3.2 RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL | 29 |
| 3.2.1 CLASES DE RECONOCIMIENTO | 30 |
| 3.2.2 EN QUE MOMENTO DEBE CONSIDERARSE AL RECONOCIDO COMO HIJO NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL | 33 |
| 3.3 CARACTERISTICAS DE LA CONFESION | 35 |
| 3.3.1 CAPACIDAD | 35 |
| 3.3.2 ACTO PERSONAL | 36 |
| 3.3.3 ACTO VOLUNTARIO | 37 |
| 3.3.4 ACTO SOLEMNE | 39 |
| 3.3.5 ACTO EXPRESO | 40 |
| 3.4 EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO | 42 |
| 3.5 DERECHO DE ALIMENTO | 43 |
| 3.5.1 LA INENAGENABILIDAD DE LOS ALIMENTOS | 44 |
| 3.6 DERECHO DE HERENCIA | 47 |
| 3.6.1 HISTORIA LEGISLATIVA COLOMBIANA | 48 |
| 3.6.2 SISTEMA ACTUAL VIGENTE A PARTIR DE LA LEY 29 de 1982 | 51 |
| 4. DE LA PATRIA POTESTAD | 55 |
| 4.1 CONCEPTO | 55 |
| 4.2 EVOLUCION DEL CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD | 55 |
| 4.3 PRIVACION Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD | 62 |
| 4.4 CAUSALES DE PRIVACION Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD | 63 |

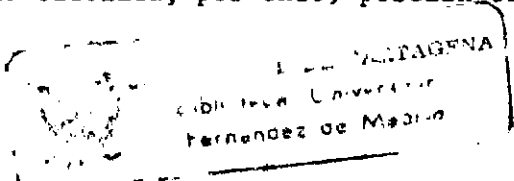
| | |
|-------------------------------------|----|
| 4.5 EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD | 66 |
| 5. CONCLUSIONES | 67 |
| BIBLIOGRAFIA | 72 |

INTRODUCCION

Siendo conscientes de la problemática jurídica que ha tenido que afrontar nuestra legislación en lo que respecta al hijo extramatrimonial, podremos analizar con mayor eficacia el progreso que se ha generado en ella.

Pues, antes de la Revolución Francesa, propiamente hasta 1791, el hijo extramatrimonial era mirado como un paria, como un criminal, como si su nacimiento extralegal fuera culpa suya y no de sus padres.

Era la época en la que sólo se reconocía y legislaba en orden a ayudar, propiciar y conservar la familia legítima, y los frutos de estas uniones matrimoniales eran considerados como hijos de bendición permitidos por la autoridad estatal, y por los mandamientos de la santa madre iglesia católica; por ende, poseían todos



10

los derechos.

En cambio el hijo de la borragana estaba excluido de cualquier derecho.

Sin embargo, de acuerdo al progreso de las ideas democráticas la situación cambió para el hijo natural, cuando fue instaurado el principio de igualdad de todos los hombres ante la ley, y que fuera preconizada con todas sus consecuencias al triunfar la Revolución Francesa.

Posteriormente fué expedida la ley 45 de 1936, la cual trajo consigo un notorio progreso en el sistema legislativo actual, en la que se imponía una reforma de fondo que modificara sustancialmente la situación en que se encontraban los hijos extramatrimoniales, con el objeto de que se le reconocieron sus más elementales derechos.

Consagra esta ley una nueva concepción : Defender a las personas nacidas fuera del matrimonio; modifica el régimen de la patria potestad; varía el régimen alimenticio y otorga derechos hereditarios al hijo extramatrimonial.

11

Más tarde aparece la Ley 75 de 1968 por la cual crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Orienta su actividad al campo social, ante todo asegura un control efectivo, real en la crianza, salud y educación de los hijos. Dá apoyo a las familias desamparadas, que carecen de recursos suficientes para cumplir cabalmente con sus obligaciones.

Luego aparece la Ley 83 de 1946, por medio de la cual se reglamenta la protección del menor, estatuye la patria potestad, la suspensión y privación de ésta, regula el derecho de alimentos.

Y por último la Ley 29 de 1982, que destaca el avance que parece haber tenido en el país, el reparto y distribución de la herencia entre los hijos; la cual fijó sin discriminación alguna los derechos de los hijos en la herencia de sus padres, sean legítimos, naturales, extramatrimoniales o adoptivos, haciendolos completamente iguales. Lo mismo dá ser hijo extramatrimonial, adoptivo, o legítimo, para recoger la herencia del padre en porción o extensión idéntica.

1. RESEÑA HISTORICA

Durante los tres primeros siglos de Roma, el derecho romano privado se inspiró en los usos y costumbres de las tribus primitivas, que a la postre llegaron a constituir la fuente principalísima del derecho en general.

La costumbre impuso sus regulaciones durante un prolongado espacio de tiempo, pero con el correr de los años se fue observando en la sociedad una serie de vacíos irregularidades, a saber: falta de decisión en las determinaciones, arbitrariedad en varor de personas privilegiadas, con detrimento de otras que no lo eran y la ausencia de reglas para reprimir los crímenes y los delitos. Fué así como se estableció la famosa Ley de las Doce Tablas, según la cual la familia estaba organizada en dos sentidos diferentes: la familia COGNADA y la familia AGNADA. La primera integrada por personas unidas mediante lazos sanguíneos o parentesco, por naturaleza sujetas a la

autoridad de un jefe único, conocido con el nombre de PATER FAMILIAE; en cambio, la familia Agnada la constituían las personas unidas entre sí por parentesco civil.

En el derecho romano hay dos clases de personas: Las Aliení Juris y las Sui Juris.

Los Aliení Juris estaban sometidos a la autoridad de otro y dependían en consecuencia de otras personas; los Sui Juris dependían de ellos mismos.

El Pater Familiae o Jefe de la Familia es Sui Juris, lo cual significa que tiene derecho a un patrimonio y a ejercer toda clase de autoridad sobre la familia. Cuando moría el Pater Familiae en la familia Cognada, los hijos mayores se convertían en jefes de nuevas familias y adquirían la calidad de Sui Juris como también los derechos de tutela, curatela y sucesión.

La autoridad la ejercía el jefe de la familia sobre los descendientes por la línea masculina y, además, sobre los que formaban la familia civil o Agnada.

Era tal el poder del Pater Familiae, que podía matar o hacer matar a su hijo. Los castigos los extremaba hasta la crueldad, y muchas veces, aun por faltas leves, lo castigaba con la pena de muerte.

La fuente principal de la autoridad paterna o patria potestad era el matrimonio legítimo o JUSTAE NUPTIAE. Los hijos nacidos de esta clase de unión formaban parte de la familia civil del padre, pero podían quedar bajo esta potestad los adoptados y los legitimados.

El Justae Nuptiae se celebraba conforme a las normas del derecho civil, o sea, que los hijos nacidos de este matrimonio son legítimos, están bajo la autoridad del jefe de familia, forman parte de la familia civil del padre a título de Agnados, toman su nombre y pertenecen a su condición social. En relación con la madre solo existía el lazo de parentezco natural o cognación.

Para determinar la filiación con respecto del padre, se recurrió al sistema de las presunciones, esto es, se presume que el marido de la madre es el padre del hijo. Esta presunción cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio, o si por ausencia o enferme

dad del marido fue imposible la cohabitación con la mujer durante el período de la concepción.

Para establecer esta presunción, el derecho romano, se fijó un término de trescientos días, la duración más larga del embarazo, y de ciento ochenta días, la más corta, se afirmó que el hijo es legítimo si nace dentro de esos ciento ochenta días hasta los trescientos, en que pudo tener lugar la concepción.

También empleó el sistema de hacer constar en los registros públicos el nacimiento de las personas. El padre tenía que declarar el nacimiento de sus hijos dentro de un término de treinta (30) días.

En caso de nulidad de un matrimonio, los hijos eran Sui Juris y tratados como nacidos en forma accidental; no tenían padre cierto y se les denominaban Espurios, pero estaban unidos a la madre y a los parientes de esta, por la cognación.

1.1 MATRIMONIO LEGITIMO O JUSTAE NUPTIAE

Es la unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condicio

nes y comodidad de derechos divinos y humanos.

En los primeros tiempos para que este matrimonio fuera válido debía ser realizado por ciudadanos romanos, era de carácter solemne, ya que mediante rituales rigurosos el marido adquiría la patria potestad de la mujer denominada "MANUS"; quedando en igual condición jurídica del hijo de familia.

Las primitivas formas de matrimonio fueron: La Conferratio y la Coemptio.

1.2 LA CONFERRATIO

Era una ceremonia religiosa mediante la cual los constituyentes comparecían ante el máximo Pontífice o Sacerdote de Jupiter, con diez testigos, celebrándose un conjunto de ritos, tales como el sacrificio de una res, de cuya piel se sacaba una tira que simbolizaba la unión de los contrayentes, se ofrecía un pastel de harina al Dios Jupiter y significaba la vida e intereses del matrimonio.

Esta forma aparece en la época de los patricios, y fue la única y

originaria empleada por los ciudadanos romanos.

1.3 LA COEMPTIO

Mediante el cual el hombre adquiría a la mujer con sujeción a su potestad o manus. Era como una venta ficticia que se hacía al marido, quien tuviera sobre ella la autoridad, como tutor o el, padre.

Existió otra forma de unión que no fue una solemnidad, sino una manera curiosa de constituir la manus en el matrimonio, llamada USUS, la cual instituía la posesión ininterrumpida de la mujer, por el marido durante un año continuo, al cabo del cual quedaba sometida a la manus del marido.

Con el tiempo la potestad en referencia llegó a caer en desuso y desaparecen definitivamente de las instituciones jurídicas de Roma en el último Estado de derecho.

Los hijos nacidos de estas uniones eran legítimos, estaban sometidos

a la patria potestad del padre, que era el amo y señor de los bienes del hijo.

En cuanto a los derechos herenciales o de sucesión de los hijos tenían relación directa con la formación de matrimonio de sus progenitores, y es así como observamos que los hijos nacidos de *Iustae Nuptiae* tenían la calidad de *Liberi Iustae* o hijos legítimos y como tal tenían derecho al nombre del padre o del abuelo paterno, gozando igualmente de los derechos de ciudadano romano.

1.4 MATRIMONIO DE LOS NO CIUDADANOS O SINE CONUBIO

Es la unión entre personas que no tenían el *Jus Connubium*, como la unión de una Latina o peregrina y un ciudadano romano, o entre peregrinos.

Este enlace no era ilícito, pero no producía los efectos civiles del Matrimonio legítimo; no constituían fuente de patria potestad sobre la descendencia y por consiguiente no originaban el nacimiento

to de la familia Agnada o civil. Los hijos nacían Sui Juris, es decir no eran sujetos a la subordinación o dependencia.

1.5 EL CONCUBINATO

Unión permanente de hecho entre un hombre y una mujer con fines sexuales. Nació como consecuencia de la prohibición que existía de contraer matrimonio ciertas personas como los gobernadores de provincia con mujeres de ese mismo lugar; los militares en tiempo de guerra y los ciudadanos peregrinos.

El Concubinato fué considerado como unión de orden inferior, pero duradera.

La descendencia de este enlace se conoció con el nombre de hijos naturales "Liberi Naturalis", para diferenciarlos de los "Spuri", situados en esa condición por la vida deshonesto de la madre.

Solamente los hijos de Concubinato podían ser legitimados y tenían derecho a una porción de la herencia de su padre, ya que los demás

estaban privados de todo derecho.

Esta clasificación de los hijos, establecida en el derecho romano, fue adoptada más tarde por la mayoría de las legislaciones de origen Latino; de ahí que la encontremos en nuestro Código Civil.

Con el advenimiento del Catolicismo fueron abolidas muchas de las disposiciones que consagraban todo este rigor contra los hijos extra matrimoniales.

El derecho Canónico estableció el derecho de Alimentos para todos los hijos, cualquiera que fuera su origen y la legitimación por sub siguiente matrimonio, como una forma de subsanar errores y consolidar la familia.

1.6 EL CONTUBERNI

Era la unión entre esclavos, o entre libre y esclavo con fines sexuales. Para las Leyes Romanas este hecho no tenía efectos civiles ni jurídicos. En un principio no se le reconoció parentesco, ni aún natu

ral entre los mismos esclavos. Posteriormente en la época del Imperio se admitió una especie de "Cognatio Servilias" entre el padre y la madre por una parte y entre hermanas y hermanos por otra, pero únicamente con el objeto de evitar relaciones incestuosas.

En cuanto al derecho que tenían los hijos naturales en la sucesión varió según las diferentes etapas por cuanto cada una de ellas reflejaban un estado diverso en la sociedad, pensamientos distintos y una renovación de derecho con sus correspondientes planteamientos económicos y sociales.

Primera Etapa: Pertenece al Jus Civiles, se sujetaba al tenor literal de las palabras y a las disposiciones del derecho, como consecuencia no admitía ninguna interpretación, siendo el orden de los herederos inalterable.

Segunda Etapa: Caracterizada por el predominio del Jus Pretorium, que intentó armonizar las normas del Jus Civile con la razón y la equidad natural, buscaba un equilibrio entre el Jus Gentium y el Jus Naturali, para suavizar los rigores de la etapa anterior.

Aparece el Bonorum Possessio que significa Sucesión Pretoriana del conjunto bienes del patrimonio del difunto.

Tercera Etapa: De vital importancia ya que estatuye los fundamentos del derecho Sucesorio Moderno, termina con la Sucesión por Línea Paterna y Materna; instituyendo los diferentes ordenes sucesorales; Descendientes, ascendientes y Colaterales.

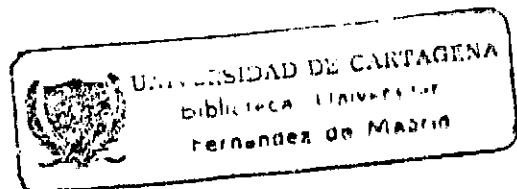
2. NORMAS DEL CODIGO CIVIL DEROGADAS

2.1 LEY 57 DE 1887

En términos generales puede afirmarse que antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, la Legislación Colombiana solo reconocía efectos jurídicos a los hijos nacidos dentro del matrimonio, es decir a los legítimos; se les restaba todo derecho a los habidos de uniones meramente libres o mediante Concubinato.

El artículo 20 de la citada Ley enuncia expresamente: "No se reputará hijo del marido el concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, le reconoció como suyo, o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges".

De tal suerte que las leyes colombianas antes de la expedición de



la Ley 45 de 1936, a fin de proteger debidamente el matrimonio y la filiación legítima, conceptuó que era indispensable inadmitir efectos jurídicos a la condición de hijo Natural o Extramatrimonial.

2.2 LEY 153 DE 1887

Estatuye esta Ley en su artículo 60, las obligaciones de los hijos Legítimos, respecto a sus padres, extendiéndose al hijo natural o extramatrimonial, para con su padre o madre que le haya reconocido de acuerdo a las formalidades legales; si ambos lo han reconocido estará especialmente sometido a la potestad del padre. Igualmente el artículo 61 de la citada Ley, establece la obligación de cuidar personalmente al hijo natural o extramatrimonial, el padre o la madre que lo haya reconocido en los mismos términos, que lo serían el padre o la madre legítimos, pero la persona casado no podrá tener un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su marido o mujer. El artículo 62 ibidem establece: "Incumbre al padre o a la madre que ha reconocido al hijo natural los gastos de crianza y educación"

Se incluirá en esta, por lo menos, la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio. Si ambos padres lo han reconocido, designará el Juez en caso necesario, lo que a cada uno de ellos, según sus capacidades económicas y circunstancias puedan contribuir para la educación y crianza del menor.

Artículo 63 ibidem: "Toca a la madre el cuidar personalmente a los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo y las hijas de toda edad.

Sin embargo no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquier edad o sexo cuando la depravación de la madre sea de temer que se pervierta.

En este caso, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse personalmente el cuidado de todos los hijos al padre que los haya reconocido en la forma legal".

Artículo 64 ibidem: "Toca al padre el cuidado personal de los hijos varones mayores de cinco años que hayan reconocido conforme a la Ley, salvo que la depravación de aquél, o por otra causa de inhabi

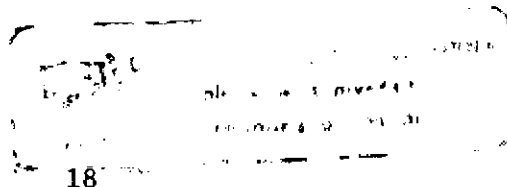
lidades, prefiera el Juez confiarlo a la madre.

2.3 LEY 45 DE 1936

Esta Ley trajo consigo un notorio progreso en el sistema Legislativo actual. En la época de su expedición se imponía una reforma de fondo que modificara sustancialmente la situación en que se hallaban los hijos ilegítimos o extramatrimoniales, con el objeto de que se le reconocieran sus más elementales derechos prácticamente ignorados hasta entonces.

Uno de los más importantes objetivos consignados en la Ley 45 de 1936 es el de defender a las personas nacidas fuera del matrimonio, disposición pasada por alto deliberadamente en las Leyes de 1887.

Decreta la norma citada anteladamente una nueva concepción del hijo natural o extramatrimonial; modifica el régimen de la patria potestad; varía el régimen alimenticio y otorga derechos hereditarios al hijo natural.



Artículo Primero Ley 45 de 1936: "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, 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".

Del texto mencionado en el artículo anterior se vislumbra claramente los alcances de la reforma; el carácter de natural puede ser adquirido por cualquier hijo extramatrimonial que haya logrado el reconocimiento del padre o la madre, o declarado judicialmente como tal.

Se le concede igualmente la facultad de lograr su verdadero estado civil: El de Hijo Natural o Extramatrimonial.

Se modifica el régimen de la patria potestad, asignando el ejercicio de ésta a la madre, tratándose de hijos naturales y al padre por mera excepción.

El régimen alimentario sufre alteraciones, por cuanto en los artículos 411 y 414 del Código Civil está reglamentado el derecho de

alimentos necesarios para los hijos naturales, en tanto que el artículo 25 de la Ley 45 de 1936 consagra este derecho sobre alimentos congruos en favor de los ascendientes naturales, hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales.

Así mismo se le reconocen derechos hereditarios, ya que al aceptarse al hijo natural, como legitimario, se le dió la oportunidad de heredar aún en concurrencia con los hijos legítimos, aunque se le asignó una porción hereditaria inferior a la del hijo legítimo; se instituyó este derecho tocándole la mitad de la cuota hereditaria de un hijo legítimo.

Esta calidad le fué reconocida en concurrencia con ascendientes legítimos y el cónyuge, caso en el cual se le fijó ese derecho, correspondiendo una cuarta parte al cónyuge. Cuando no hay cónyuge, la cuota resulta dividiendo el acervo sucesoral entre los ascendientes y los hijos naturales por cabeza; en el evento en que se presenten a reclamar cónyuge e hijos naturales únicamente, la herencia se repartirá en dos partes iguales.

La Ley 45 de 1936, incoa una tendencia de carácter social y económico dirigida a proteger al menor habido de unión extramatrimonial, e igualmente apoya al menor abandonado moral y económicamente. Continúa con esta innovación la Ley 83 de 1946, u orgánica de la defensa del niño que decretó el control judicial sobre los padres que no cumplieran las obligaciones debidas para con sus hijos. Autorizada la intervención de los jueces de menores en la defensa del menor abandonado moral y físicamente.

2.4 LEY 75 de 1968

Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuya función principal consiste en dar protección a los menores y a las familias de escasos recursos económicos.

La aparición de esta nueva Ley demuestra que el legislador colombiano, comenzó a darse cuenta que existían grandes y graves problemas sociales de educación y crianza de los menores; dichos problemas

debían resolverse con principios de contenido social.

Por medio de esta Ley, el estado colombiano, orienta su actividad al campo social, ante todo asegura un control efectivo, real, en la crianza, salud y educación de los hijos. Da apoyo a las familias desamparadas, menoscabadas, que carecen de recursos suficientes para cumplir cabalmente con sus funciones, pero que se hayan moralmente capacitadas para realizarlas. Así por ejemplo cuando los padres no pueden cumplir con su deber de educar y criar a sus hijos, el estado colombiano deberá intervenir dándoles apoyo a través de establecimientos de educación y de trabajo. Entre los principales puntos desarrollados en esta Ley encontramos, el derecho de impugnación de la paternidad, otorgada al hijo, pues, antes de la vigencia de esta éste derecho solo se otorgaba al marido, y ninguna otra persona podía tenerlo o ejercerlo; actualmente de conformidad con la ley 75 de 1968, se rompe esta tradición y el hijo nacido de concubinato puede impugnar la presunción de la paternidad legítima.

Al igual que la Ley 83 de 1946, esta Ley sanciona penalmente al

obligado con respecto a las obligaciones alimenticias. Nace en esta Ley el delito de abandono de familia, especialmente cuando los padres ejecutan las obligaciones de cuidado de los hijos, o éstos de socorrer a los padres.

Continúa el proceso de reforma con relación a la patria potestad, se da participación a la madre cambiando la antigua concepción consagrada en el artículo 288 del Código Civil, por el artículo 21 de la Ley 75 de 1968, que estatuye que al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales o extramatrimoniales se aplican las mismas disposiciones que reglamentan ese derecho en relación a los hijos legítimos.

Impetra igualmente esta Ley, otra nueva forma de reconocimiento del hijo natural o extramatrimonial que antes no existía y que consiste en una citación que hace el Juez Promiscuo de Menores, al padre del menor, para que declare mediante juramento si cree o no ser el padre del hijo extramatrimonial.

2.5 LEY 1a. DE 1976

Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regula la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico y se modifican algunas disposiciones del Código Civil en materia de familia.

Es meritorio destacar el avance que ha tenido nuestra legislación al incoar el divorcio civil, debido a la necesidad social, pero en ningún momento se han olvidado los intereses de los hijos menores, hasta llegar al estado de rechazar el divorcio cuando los intereses de éstos se vean lesionados; como también se hace obligatorio la intervención del Agente del Ministerio Público cuando existen hijos menores.

La sentencia que decreta el divorcio, jamás suspende las obligaciones entre los conyuges para con sus hijos comunes, ésta siguen subsistiendo.

El artículo 237 del Código Civil es modificado por esta Ley, en

cuanto a la legitimación IPSO JURE, de los hijos concebidos antes del matrimonio, pero nacidos dentro de él.

Atendiendo a la patria potestad, guarda y cuota alimentaria que cada uno de los conyugues deba aportar para los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos en común, se halla regulado por el inciso 5o. del artículo 27 de la Ley 1a. de 1976.

2.6 LEY 83 DE 1946

Denominada Ley Orgánica de la Defensa del Niño, por la cual se regula la protección del menor que se halle en estado de abandono o de peligro moral o físico; estatuye la Patria Potestad o Guarda de Menores, la suspensión o Privación de ésta en los casos a que hubiere lugar; regula el derecho que por Ministerio de la Ley, tiene el menor de disfrutar de las condiciones necesarias para alcanzar su desarrollo corporal, educación moral e intelectual y su bienestar social, e igualmente establece el proceso que ha de seguirse y las sanciones que por incumplimiento acarrea esta obli

gación.

El artículo primero de la citada Ley, instituye textualmente: "El menor de diez y ocho años, hombre o mujer, que cometa alguna infracción penal, o que se halle en estado de abandono o de peligro moral o físico, será sometido a las medidas de asistencia y protección preceptuados en esta Ley".

El artículo 64 de la Ley 83 de 1946, nos habla de la Guarda de Menores, pero concretamente estatuye la suspensión de la Patria Potestad, la cual puede ser decretada por el Juez de Menores.

Los artículos 65, 66, 67 ibidem, se refieren al procedimiento que ha de seguirse en estos casos.

El artículo 69 de la misma Ley, incoa el derecho de solicitar los alimentos, derecho que tiene el menor por ministerio de la Ley.

El artículo 70 de la Ley 83 de 1946, señala el proceso para solicitar los alimentos, cuando el padre de un menor se niega a prestarle éstos; solicitud que puede presentar la madre, el pariente más cercano del menor o el menor mismo.

3. DERECHOS DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Siempre ha existido la tendencia a colocar a los hijos nacidos fuera del matrimonio en una situación de injusta inferioridad, no solo desde el punto de vista legal, sino también en cuanto a los aspectos social y moral, olvidando las tremendas consecuencias que ello implica y la falta de toda culpa en el hijo, puesto que él no propició esta situación.

Esta visión general de la legislación sobre filiación nos hace reflexionar sobre la necesidad de que en Colombia se modifique el sistema actual de Filiación en aquellos aspectos en que se disminuyen los derechos para los hijos extramatrimoniales. Si bien es cierto que con la expedición de algunas leyes se ha morigerado el régimen que desde 1873 se había establecido en nuestra legislación, aún persisten diferencias jurídicas notorias que menoscaban sin justificación alguna, los derechos de seres inocentes que, al ser

procreados por padres completamente irresponsables, no se detuvieron a pensar en el daño que podían ocasionar a la criatura que estaban engendrando.

Afortunadamente en la actualidad existe una tendencia muy definida a terminar con esta situación de injusticia.

Entre los principales derechos de los hijos extramatrimoniales podemos señalar: Derecho al estado civil, de alimentos, de herencia, etc.

3.1 DERECHO AL ESTADO CIVIL

Toda persona tiene derecho a su individualidad, y por consiguiente, al nombre que por Ley le corresponde, señala taxativamente el artículo tercero del decreto 1260 de 1970; por tal razón el hijo extramatrimonial tiene el derecho a ser reconocido por su padre natural y en forma legal. El estado civil de las personas puede derivar de hechos (nacimiento, muerte), de actos jurídicos (matrimonio), o de providencias judiciales (reconocimiento de hijos

naturales o extramatrimoniales, legitimación, adopción, interdicción judicial discernimiento de guarda, declaración de presunción de muerte, etc). El Estado Civil debe constar en el registro correspondiente que, por ser público, tiene el valor y el carácter de instrumento público.

3.2 RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

La Ley 45 de 1936 en su artículo lo. estatuye: "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido declarado como tal...." Es indispensable tener muy claro este concepto puesto que el hijo natural, que no ha sido reconocido por su padre o declarado como tal mediante sentencia judicial, no puede reclamar derecho alguno inherente a la calidad de hijo, aunque desde el punto de vista biológico tenga padre, desde el punto de vista jurídico no lo tiene.

Para que una persona nacida fuera del matrimonio, tenga la calidad de hijo natural con respecto al padre, necesita el reconocimiento de

este, ya sea voluntario o judicial y con respecto a la madre, la confrontación tiene que hacerse por el hecho del parto o nacimiento del menor, por cuanto en el acta de nacimiento suele indicarse el nombre de la mujer que se sacrificó y le dió el ser.

La gran mayoría de los hijos extramatrimoniales no establecen su estado civil de hijos frente al padre, si no mediante un reconocimiento expreso, ya que es muy frecuente que el nombre del padre no se indique en el acta de nacimiento, con la respectiva declaración voluntaria de la paternidad.

El reconocimiento de la paternidad natural es un acto voluntario de quien lo hace sea cual fuere el modo empleado dentro de los que la Ley establece para el efecto; es además, un acto solemne, cuya forma garantiza su propia autenticidad.

3.2.1 CLASES DE RECONOCIMIENTO

En nuestro sistema vigente existen dos clases de reconocimiento,

ellos son:

RECONOCIMIENTO - CONFESION y

RECONOCIMIENTO - ADMISION

En el reconocimiento se dá una verdadera confusión, pero se ha hecho una distinción entre estas dos clases de reconocimiento.

Entre los dos, media una sutileza conceptual que es importante conocerla no tanto por saber un punto en apariencia meramente teórico, sino el prohiamiento de uno y otro concepto, ya que se desprende una consecuencia importante para el hijo reconocido.

El reconocimiento- confesión, es una declaración de convicción acerca de que una persona determinada es hijo de quien declara; es decir, implica una confesión de paternidad, una fijación de filiación, una declaración de creencia, que vale como una declaración de ciencia.

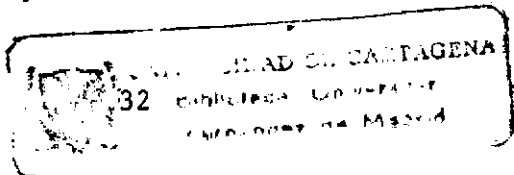
El reconocimiento- admisión, encierra algo más que el anterior, puesto que exige una verdadera voluntad de reconocer; es decir, no basta la exteriorización de la afirmación de la paternidad o la convicción de la misma, no basta la publicación de un hecho anterior; si no que es preciso la manifestación de la voluntad, de tener al reconocido

como hijo.

Se precisa pues, que se expresa la voluntad de constituir una nueva relación jurídica y no solamente la de fijar un hecho o una relación natural preexistente .

La doctrina española hace la siguiente aclaración sobre estos dos conceptos: "quien confiesa, refiere un hecho o una convicción respecto de un suceso pasado, cuyas consecuencias puede no apetecer en modo alguno y aún intentar aludir. Así el reo no quiere la pena cuando confiesa un delito y la pena no le es impuesta porque haya manifestado su voluntad de cumplirla. La confesión no es un negocio jurídico, porque no es una manifestación de la voluntad, ni tiene como fin crear o provocar determinadas consecuencias jurídicas; la confesión es tan solo una exteriorización del pensamiento".

Algo radicalmente distinto es la aceptación: "quien acepta, prevé las consecuencias de su decisión, y precisamente porque previéndolas las acepta, las provoca mediante una declaración de voluntad de signo positivo y creador, proyectada hacia el futuro".



Pero no son pocos los casos en los cuales el reconocimiento es considerado como un medio de prueba de filiación, sin que ello quiera decir que en el Código y las leyes complementarias, no se advierta la concepción: Reconocimiento-Confesión y Reconocimiento-Admisión.

3.2.2 EN QUE MOMENTO DEBE CONSIDERARSE AL RECONOCIDO COMO HIJO NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL

La diferenciación antedicha va encaminada a tomar una determinación de trascendental importancia, cual es, saber desde que momento se considera al reconocido como hijo natural o extramatrimonial. Mientras que en el reconocimiento-confesión, hay una prueba de hecho: la paternidad; en el reconocimiento-admisión, no existe prueba de hecho, si no que es el origen del mismo estado civil.

En el reconocimiento-confesión, al admitirse el hecho de la paternidad se acepta por ende, que el hijo es natural o extramatrimonial desde que nació; este es el sistema justo y plegado a las más elementales normas de la lógica; porque en el reconocimiento-admisión, lo que se

hace es crear el estado civil de una persona y por lo tanto sólo desde ese momento, el hijo es natural; de acuerdo con la sana crítica es defender un artificio ridículo, equivalente a decir que el hijo no se procreó por las vías biológicas, sino que apareció sobre el planeta porque alguien dijo ser su padre.

Cuanto análisis hay que hacer cuando no se quiere cumplir los deberes.

Las tesis de reconocimiento confesión y admisión han sido producto de fuertes debates; han tenido sus defensores y no han faltado situaciones en que se recurre este sistema especulativo y teórico para disminuir aún más los derechos de los hijos extramatrimoniales.

Don Andrés Bello, quien no era el mejor defensor de la familia ilegítima se inclinó porque se adoptase el sistema de reconocimiento y admisión en varios de sus proyectos (Artículos 293 y subsiguientes- Proyecto de Ley de 1853 a "inédito").

Sin embargo, nos sobra decir que entre nosotros se admite hoy la confesión como medio de prueba de filiación y no como creadora del

estado civil; el acto de reconocimiento es meramente declarativo, no constitutivo.

3.3 CARACTERISTICAS DE LA CONFESION

Tomando como punto de partida ser el reconocimiento una confesión, la doctrina ha establecido determinadas características las cuales enumeraré a continuación:

- . Capacidad
- . Acto Personal
- . Acto Voluntario
- . Acto Solemne
- . Acto Expreso
- . Acto Unilateral

51501

3.3.1 Capacidad

Es capaz toda persona que la Ley no haya declarado incapaz. La capacidad es la actitud legal que tiene una persona para ejercer cier

tos derechos y contraer ciertas obligaciones.

Anteladamente se aclaró que la confesión es una declaración de la voluntad y por tal razón debe estar exenta de vicios (error, fuerza, dolo); además debe emanar de una persona capaz de reconocer hijos naturales o extramatrimoniales.

Esta capacidad comienza para los hombres, desde cuando están en la posibilidad de engendrar, es decir, a la edad de catorce años ya que sería ilógico exigir la capacidad general para celebrar negocios jurídicos, por cuanto no se explicaría que un hombre fuera capaz de engendrar un hijo y careciera de capacidad para reconocerlo.

3.3.2 Acto Personal

Por ser el reconocimiento una declaración de la voluntad, es tenerlo como Acto Personal; por lo tanto personas diferentes al padre o a la madre carecen de facultad para reconocer.

Los padres pueden reconocer conjunta o separadamente, en este caso sólo se obliga a quien lo haga.

Esta característica nos hace analizar que no es admisible el apode

rado judicial para el reconocimiento.

Mal haría persona diversa en obligar a otra por un reconocimiento que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. De tal manera que ni aún las personas más allegadas al presunto padre podrán reconocer al menor.

Observamos que carece de toda validez jurídica la declaración de la madre o de cualquier interesado en el acta de nacimiento acerca de quién es su padre.

3.3.3. Acto Voluntario

La evolución que la institución del reconocimiento del hijo natural ha tenido, ha generado consigo un cambio en esta característica, que es la propia: no se puede hablar de la voluntariedad, bajo la misma significación de antes, así la aceptación sea idéntica.

Antes del año de 1936, se podía hablar del reconocimiento como acto jurídicamente voluntario, no como acto legalmente obligatorio.

El padre tiene el deber moral y social de reconocer a su hijo; pero el deber moral no implica, el deber jurídico. Si bien es cierto que el padre tiene el deber moral de cuidarlo, criarlo y educarlo, no quiere decir esto que tenga el deber moral de realizar un acto jurídico de derecho positivo.

Nuestro estatuto civil no concede al hijo, el derecho a ser reconocido, si no a que se declare judicialmente su filiación previa de mostración en juicio.

En la actualidad la voluntad debe someterse a una distinción, ya que este medio probatorio a su turno, puede revestir la doble modalidad de ser provocada o espontánea.

-Provocada: Cuando a solicitud de parte, se formula mediante interrogatorio judicial, con la observancia de otras formalidades; es siempre judicial.

-Espontánea: Cuando emanan de la libre determinación e iniciativa del confesante; puede ser judicial o extrajudicial.

Si la confesión es espontánea, no hay duda de que el reconocimiento

es enteramente voluntario.

No podrá decirse enteramente lo mismo cuando la confesión es provocada, ya que existe de por medio la precisión del juramento, cuya violación apareja consecuencias putativas en el Código Penal.

El padre o la madre tiene el deber jurídico de reconocer a sus hijos y éstos tienen el derecho de fijar su estado civil.

3.3.4 Acto Solemne

Es solemne por cuanto su validez, está condicionada al cumplimiento de medios previstos por la ley o sus consiguientes formalidades legales; es decir, firmando el padre el acta de nacimiento, la declaración ante el juez, el testamento o la escritura pública.

Las exigencias legales del reconocimiento hacen llegar a tener como un acto de formalidades esenciales a éste, hasta tal punto que sin la solemnidad el acto de reconocimiento no existe, ya que se requiere una formalidad sustancial y no meramente probatoria. En el reconocimiento la solemnidad se confunde con el acto; si existe duda acer

ca de la solemnidad de este, en la mayoría de los casos, se eliminan porque no existen el reconocimiento y será menester instaurar un juicio de la investigación de la paternidad.

Con respecto al padre que reconoce, sólo se produce el reconocimiento, si éste es notificado y aceptado por el hijo, o si es menor cuando medie decreto judicial que lo pruebe.

3.3.5 Acto Expreso

No es posible el reconocimiento tácito en nuestro ordenamiento jurídico legal; la reglamentación del reconocimiento descansa sobre la manifestación explícita hecha por el padre o la madre, de lo cual no queda duda en su intención de reconocer; tanto es así, que el legislador ha prescrito las formalidades que deben regir para el acto del reconocimiento, al dotarle de la mayor autenticidad posible, para llegar a obtener una verdadera certeza.

2.14.6 Acto Unilateral

Característica discutida por la doctrina es si el reconocimiento

se perfecciona por la sola voluntad de los padres manifestada ante el juez, con el lleno de las formalidades legales, o si la aceptación por parte del hijo es un elemento indispensable que implica bilateralidad.

No obstante que quien lo reconoce carga con las obligaciones que se derivan de la paternidad, es un acto bilateral, por cuanto surgen obligaciones para el hijo. Los padres no pueden privar de eficacia el reconocimiento, aún con el asentimiento del hijo reconocido quien tampoco puede exonerarse de las obligaciones que su condición de hijo le imponen, por tratarse de actos relacionados con la familia, que no admiten anulación convencional.

Hay quienes afirman que el reconocimiento es un acto unilateral, cuando se estima que la notificación y la aceptación, forman un todo con el reconocimiento; se dice igualmente que reviste el carácter de bilateral, por cuanto se entiende que la notificación y su aceptación, son actos posteriores al reconocimiento y por lo tanto se da por sentada su pre-existencia.

El reconocimiento se perfecciona una vez que haya sido aceptado y notificado, en la forma prevista en el título 11 del libro primero del Código Civil Colombiano para legitimaciones.

Esta disposición es obvia en su contenido por cuanto solo quien conoce el reconocimiento puede aceptar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas que se derivan del nuevo Estado. La notificación del reconocimiento debe hacerse personalmente.

3.4 EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

Hecho el reconocimiento mediante alguna de las formas idóneas para hacerlo, se producen todos los efectos que la ley indica en favor del hijo reconocido.

Pero, respecto al padre que lo reconoce, solo se produce si el reconocimiento es aceptado por el hijo y notificado en forma legal y si el hijo es menor de edad debe mediar decreto judicial que lo acredite.

En general se considera que el reconocimiento realizado por acta

de nacimiento produce todos sus efectos tanto para el padre como para el hijo reconocido.

3.5 DERECHO DE ALIMENTOS

Que entendemos por alimentos?

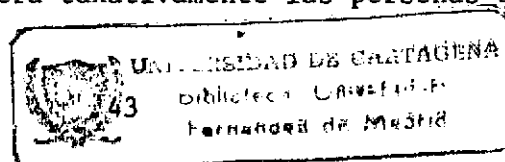
Es necesario tener muy claro este concepto, por cuanto muchas veces se suele entender por éstos solamente la comida. Pues bien, los alimentos están constituidos por la comida, la vivienda, el vestido, la educación y hasta las diversiones. Por esta razón la ley los ha clasificado en dos grandes grupos: Alimentos Congruos y Alimentos necesarios, mirando en ello las circunstancias del vínculo entre lo obligado y el beneficiario y los factores de capacidad y necesidad de uno y otro.

Los alimentos congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.

Los alimentos necesarios son los que se dan para sustentar la vida.

¿Quiénes gozan de este derecho?

Nuestro Estatuto Civil enumera taxativamente las personas que tienen



derecho a invocarlos, entre los cuales figura en el artículo 411 numeral 5°, los hijos extramatrimoniales, que al igual que los legítimos pueden solicitar alimentos congruos y al igual que ellos los pierden enteramente : por injuria atróz y parcialmente: por injuria grave.

Constituyen injuria atróz, los delitos graves y aquellos delitos leves que entrañen ataque a la persona del que debe alimentos; en este caso cesará enteramente la obligación de prestar alimentos.

Constituye injuria grave los demás delitos leves contra cualquiera de los derechos individuales de la misma persona que debe alimentos.

3.5.1 LA INENAJENABILIDAD DE LOS ALIMENTOS

Tienen derecho de alimentos como característica primordial, la de ser de orden público, circunstancia que lo vuelve intransmisible, y renunciable e incedible.

Pueden sin embargo renunciarse y compensarse las pensiones alimenticias atrasadas y su derecho a demandarlas puede transmitirse, ven

derse, cederse, porque los futuros escasamente podrán transigirse, mediante autorización judicial.

La Ley 83 de 1946, denominada Ley Orgánica de la Defensa del Niño, en su artículo 69 consagra este derecho diciendo: "Todo niño tiene derecho, por ministerio de la ley, a disfrutar de las condiciones necesarias para alcanzar su desarrollo corporal, su educación moral, e intelectual y su bienestar social".

En consecuencia los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos.

En caso de incumplimiento de estas obligaciones, serán compelidos de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

El artículo 70 ibidem estatuye: "cuando el padre de un menor de diez y ocho años, se niegue a prestarle alimentos, la madre o el pariente más cercano del menor, o el menor mismo, pueden acudir ante el Juez de Menores, verbalmente o por escrito, en solicitud de que se obligue al padre al cumplimiento de su deber.

En caso de que no se presenten los documentos en que se funda el

derecho invocado, se oirá a los interesados para que suministren los datos necesarios para obtenerlos".

Los documentos serán solicitados por el Juez Promiscuo de Menores, inmediatamente y los encargados de expedirlos no llevarán emolumento alguno.

Luego serán convocadas las partes a una audiencia que tendrá lugar el día y hora señalados por el Juez, dentro de los ocho días subsiguientes al de la notificación al padre. Esta notificación debe ser personal.

Las partes pueden llevar en el término de los ocho días, y dentro de los ocho días subsiguientes al de la audiencia, las pruebas necesarias para la defensa de sus derechos.

En la audiencia se recibirán las pruebas que se presenten y se consignará en el Acta respectiva un resumen de ellas y de lo alegado, por las partes. Los testigos firmarán el Acta junto con las partes. Surtida la audiencia el Juez falla o dicta sentencia dentro de los seis días .

Desde el día de la presentación de la demanda, y mientras se ventila la obligación a prestar alimentos, podrá el Juez ordenar que se den provisionalmente, siempre que aparezca en la actuación fundamento pausable; sin perjuicio de la restitución, si la persona de quien se demanda obtiene sentencia absolutoria.

Cesa este derecho a la restitución, contra el que de buena fé y con algún fundamento pausable haya intentado la demanda.

No estando determinada la cuota alimenticia, el Juez la señala en proporción al caudal de quien deba prestarla y a las necesidades y circunstancias del que deba recibirla, y regula la forma en que hayan de prestarse los alimentos.

El Juez tendrá en consideración el número de hijos del obligado y el número de personas que de él dependen.

Iniciado el proceso de alimentos del demandado no podrá ausentarse del país sin dejar garantía suficiente que respalde el cumplimiento de su obligación.

3.6 DERECHO DE HERENCIA

Los derechos patrimoniales susceptibles de transmisión se integran en unidad, formando una universidad jurídica que se denomina Herencia (o sucesión). La herencia, es por tanto, un patrimonio en trance de liquidación.

A partir de la muerte se forma una relación jurídica entre los sucesores (herederos y legatarios) y la herencia: esta relación jurídica se traduce en diversas facultades o poderes que tienen los sucesores sobre la herencia, entre las cuales cabe reconocer o recordar: la aceptación (o repudiación) de la misma, iniciación del proceso de sucesión, la custodia de los muebles y documentos del difunto, el secuestro de los bienes, el cobro de lo que se debía al causante, la demanda de partición y la adjudicación de los bienes hereditarios; fuera de estas facultades y otras, los sucesores contraen determinadas obligaciones, como cancelar las deudas de la sucesión, pagar los impuestos sucesorales, etc.

3.6.1 Historia Legislativa Colombiana

En Colombia la historia sobre los derechos de herencia de los hijos extramatrimoniales ha sido la siguiente:

Por el primitivo artículo 1045 del Código Civil, se permitió la concurrencia natural con el hijo legítimo en la herencia del padre común, participando por cuotas iguales uno y otro en la mitad del patrimonio, llevándose la otra mitad en forma exclusiva, los hijos legítimos. Y entrando a intervenir el hijo natural en los otros ordenes sucesorales, en igualdad de condiciones con los otros con sanguíneos del padre.

Por la Ley 153 de 1887, artículo 86, se varió la proporción y se dijo: "Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos,

expto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales; la herencia se dividirá en cinco partes: cuatro para los hijos legítimos exclusivamente, y una parte para todos los naturales". Sólo se le reconoció una quinta, pues se consideró que con ello se contenía la situación que ya se había manifestado de que un hijo natural llevará mayor porción que un legítimo, como había ocurrido bajo el imperio del Código Civil. Pero esto tampoco dió resultado, dado que el mismo evento se sucedió dentro de esta ley, pues si los hijos legítimos eran cinco y uno natural, éste llevaba mayor porción que uno de los primeros. Ante esta situación y el odio que se sentía contra los hijos naturales, se expidió la Ley 57 de 1887, que arrebató y desconoció todo derecho al hijo natural en concurrencia con los hijos legítimos.

La situación anterior perduró hasta el año de 1936, cuando se expidió la Ley 45, conocida como el estatuto reivindicador de los derechos del hijo natural, y en la que se le admitió en concurrencia con los hijos legítimos en proporción de una mitad de lo correspondiente a uno de éstos, artículo 18 de dicho ordenamiento. Y además se le dió más preeminencia en los otros órdenes hereditarios, pues se le hizo titular de la cuarta de mejoras, asignación forzosa para descendientes legítimos, hijos naturales, descendientes legítimos de éstos, artículo 23 del estatuto en referencia, y, ahora, extensiva a los hijos adoptivos en virtud de la Ley 5a. de 1975. Y además se les hizo titulares del tercer orden hereditario en compa

ña del cónyuge sobreviviente, artículo 20 de la Ley 45 de 1936. Todo esto con detrimento de los hermanos legítimos del causante, quienes según el código, ocupaban como titulares el tercer orden sucesorio, siendo relegados al cuarto orden.

Como hemos podido observar, en este aspecto el hijo natural ha sido muy maltratado, mirado y considerado por las legislaciones de los diferentes países y a través del tiempo, pues antes de la Revolución Francesa, propiamente hasta 1791, ningún beneficio se le concedió en la herencia del padre natural, ya que era mirado como un paria, como un criminal, como si su nacimiento extralegal fuera culpa suya y no de sus padres. Era la época en que sólo se reconocía y legislaba en orden a ayudar, propiciar y conservar la familia legítima: y los frutos de estas uniones matrimoniales eran considerados como hijos de bendición, permitidos por la autoridad estatal, y por los mandamientos de la Santa Madre Iglesia Católica; por ende, con todos los derechos y prerrogativas al patrimonio de los padres. El hijo de la barragana, en cambio, estaba totalmente excluido en ese patrimonio.

Sin embargo la situación cambió para el hijo natural de acuerdo al progreso de las ideas democráticas, cuando instaurado el principio de la igualdad de todos los hombres ante la Ley, que es de derecho natural, y que fuera preconizada con todas sus consecuencias al triunfar la revolución francesa. Ya se le dió participación al natural en la herencia de su padre, llamándolo a compartir con los legítimos del mismo progenitor en la herencia dejada por éste al

morir.

Claro que no se concedieron iguales ventajas y derechos que al hijo legítimo, pero sí se le facultó para concurrir con éste en una parte o cuota de los bienes. Y en una mayor proporción con los otros consanguíneos del causante.

3.6.2 Sistema Actual vigente a partir de la Ley 29 de 1982

Se llama a heredar a los hijos (legítimos, extramatrimoniales y adoptivos) quienes se reparten la herencia por cuotas iguales. Textualmente advierte el nuevo artículo 1045 del Código: "Los hijos legítimos adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal".

Las modificaciones que la Ley 29 de 1982, en la nueva redacción, da al artículo 1045 se pueden apreciar desde dos puntos de vista:

1o. Se igualan las cuotas de hijos legítimos y extramatrimoniales,

solución ésta pedida por la mas moderna doctrina del derecho civil comparado. En efecto, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art.2o.), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de las Naciones Unidas de 1966 (art.26) y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 (art.17) se prohibió toda discriminación entre los seres humanos por motivos de raza,color,sexo, nacimiento (o sea la filiación). Colombia había aprobado y ratificado todas aquellas declaraciones: al respecto debe tenerse en cuenta la Ley 16 de 1972 que aprobó la Convención Americana de 1969. Por tanto, al expedirse la Ley 29 de 1982 Colombia no hizo otra cosa sino cumplir compromisos internacionales que había contraído con anterioridad.

En américa Latina varios países han igualado los derechos de los hijos legítimos y extramatrimoniales.

2o. Se igualan las cuotas de los hijos adoptivos a las de los legítimos. Nada justificaba discriminar a los hijos adoptivos plenos y a los simples para asimilar los primeros a los legítimos y los

segundos a los extramatrimoniales.

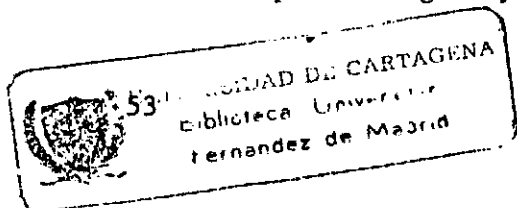
¿En qué orden hereditario son llamados a heredar los hijos extramatrimoniales?

El nuevo ordenamiento establece tan sólo cinco órdenes hereditarios, en oposición a la Ley 45 de 1936 que consagró seis órdenes, al darle participación a los demás colaterales (tíos, primos del difunto) El actual régimen suprimió este orden, por lo que ya tíos y primos del causante no tienen posibilidad de ingresar a la sucesión. Los colaterales más alejados con algún derecho, son los sobrinos del difunto.

Los órdenes hereditarios establecidos siguen siendo subsidiarios en el sentido de que sólo es llamado o tenido en cuenta un orden, cuando el que le preceda falta.

Estos órdenes son: el de los descendientes; el de los ascendientes; el de los hermanos y su cónyuge; los hijos de sus hermanos, y, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Pues ahora bien, los hijos extramatrimoniales son llamados a heredar en el primer orden hereditario, como se observó ya, esta ley, eco de una reacción total en pro de los hijos extramatrimoniales, no distingue entre descendencia legítima, natural o adoptiva, por lo que cualquiera de ellos se considera para integrar y revelar



este orden. Por ende, si se trata de un causante que sólo dejó un hijo natural, padres y hermanos, opera el primer orden, por lo que los padres y hermanos del difunto quedan excluidos por el hijo natural. Lo mismo ocurre si deja un hijo adoptivo: éste coloca por fuera de la sucesión, a los padres y hermanos del de cujus.

Por otra parte, en este primer orden los derechos de los hijos son iguales en su extensión o monto, pues si los hay legítimos, naturales y adoptivos, todos llevan igual porción, salvo que en forma expresa en el testamento dicho por el padre hubiere favorecido a uno de ellos adjudicándole la cuarta de mejoras o la de libre disposición. Si así no ocurre proceden todos por igual.

Ejemplo: Si X deja dos hijos legítimos, dos hijos naturales y dos adoptivos y un patrimonio líquido de \$1.200.000.00, cada hijo lleva de herencia \$200.000.00.

4. DE LA PATRIA POTESTAD

4.1 CONCEPTO

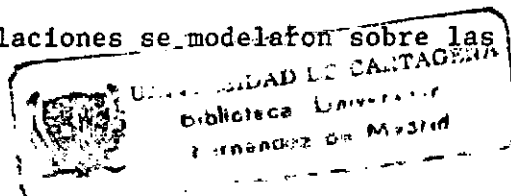
Es un concepto jurídico que otorga a los padres derechos y deberes sobre la persona y los bienes de los hijos menores no emancipados.

Comprende las obligaciones de crianza, educación y establecimientos de los hijos y los de representación judicial y extrajudicial y la administración de bienes.

4.2 EVOLUCION DEL CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD

Fundamentalmente la patria potestad consiste en el ejercicio de la autoridad que por naturaleza corresponde a los padres sobre sus hijos.

En la antigüedad este concepto involucra derechos absolutos del padre sobre las personas que formaban la familia y en particular sobre sus hijos, pues las legislaciones se modelaron sobre las instituciones



nes romanas y éstas consagraban en términos generales poder de vida y muerte, venta, alquiler, libre disposición de bienes, derechos a juzgarlos y a condenarlos primativamente, sin consideración a la edad.

Otra nota característica relevante fue la de haber conservado estos derechos en forma exclusiva el padre sin ninguna ingerencia por parte de la madre.

En síntesis la patria potestad era una institución creada en beneficio exclusivo del padre.

Posteriormente, esta rigidez y absolutismo de la patria potestad va cediendo paulatinamente en favor del hijo. Así se aprecia, en las legislaciones modernas, que los derechos que conlleva la patria potestad no son absolutos ni pueden ejercerse con exceso o arbitrariamente.

No obstante que el Código de los Estados Unidos de Colombia, acogió el concepto francés sobre la patria potestad, el cual, ya limitaba el absolutismo del padre sobre sus hijos y disponía que en defecto

del padre tenía el derecho de usufructo la madre, en Colombia sólo se concedió el ejercicio de la patria potestad al padre. Así el artículo 288 del Código Civil, establecía que la patria potestad se constituía por el conjunto de derechos que tenía el padre sobre sus hijos no emancipados". En ningún caso según lo consagró la misma norma en su inciso 2o. estos derechos pertenecían a la madre.

Este principio fue reformado en primer término por el artículo 53 de la Ley 53 de 1887 el cual dispuso: "la patria potestad es un conjunto de derechos que la ley le otorga al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Muerto el padre ejerce los derechos la madre legítima mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias". Se observa entonces que ya la madre podía ejercer estos derechos inherentes al padre pero únicamente en caso de muerte de él bajo las condiciones antedichas. Respecto a los hijos extramatrimoniales o ilegítimos se les negó este derecho.

Posteriormente la Ley 45 de 1936 en su artículo 13, definió la patria potestad como "el conjunto de derechos que la Ley concede a

los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone".

"Ejerce estos derechos respecto de sus hijos legítimos, el padre y a falta de este, por cualquier causa legal la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias".

Esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 14 al señalar: "Por regla general corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural. Pero el juez puede, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente a los intereses del hijo, conferirla al padre, siempre que no está casado, o poner bajo guarda al hijo".

"A falta de la madre, por matrimonio u otra causa legal, tendrá la patria potestad el padre natural no casado, sin perjuicio de que el juez confiera la guarda del hijo a otra persona, a petición de parte y en las mismas circunstancias previstas en el inciso anterior".

"La guarda pone fin a la patria potestad en los casos de este artículo".

culo. No tiene la patria potestad ni puede ser nombrado guardador
el padre o madre⁴ declarado tal en juicio contradictorio.

De la Ley 45 de 1936 se aprecian las siguientes innovaciones:

El derecho de representación de los hijos naturales; los derechos
que se derivan del ejercicio de la patria potestad se conceden a
los padres sin distinguir entre hijos legítimos y extramatrimonia
les; estos derechos conferidos facilitan el cumplimiento de los
deberes de los padres para con los hijos; se concede el ejercicio
de la patria potestad a la madre con respecto a los hijos legíti
mos en caso de muerte del padre y además para cuando éste falte
por cualquier causa legal, pero subsistiendo siempre la condición
de que la madre pueda ejercer estos derechos siempre y cuando guarde
buenas costumbres y no pase a otras nupcias.

En cuanto a los hijos naturales su ejercicio se otorgó a la madre,
pero al mismo tiempo faculta al juez para conferirla al padre se
gún las conveniencias del caso y siempre que no estuviere casado.

A falta de la madre disponía la misma ley, que el ejercicio de la

patria potestad lo ejercía el padre natural soltero.

Posteriormente al entrar en vigencia la Ley 75 de 1968, se introdujeron varias reformas en cuanto al ejercicio de la patria potestad.

El artículo 19 de esta Ley, que modificó el artículo 13 de la Ley 45 de 1936 define la patria potestad como "el conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de sus deberes que su calidad les impone"

Se aprecia que la Ley 75 de 1968 conserva en general la misma concepción legislativa del año de 1936, introduciendo algunas reformas, así: reserva el ejercicio de los derechos emanados de la patria potestad de los hijos legítimos al padre y a falta de éste por cualquier causa legal a la madre, suprime la condición de perderla por pasar a otras nupcias, sin tener en cuenta el comportamiento social; conserva para la madre el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo natural; faculta al juez para entregar al hijo bajo guarda con conocimiento de causa y a petición de parte si lo considera

conveniente para los intereses del hijo; a falta de la madre el ejercicio de la patria potestad del hijo natural corresponde al padre.

Pero, a juicio del juez si lo considera conveniente para los intereses del hijo podrá designar un curador a petición de parte y previo conocimiento de causa.

En el año de 1974 se expidió el Decreto 2830 por el cual se produjo un importante cambio sobre esta materia, al configurarse la igualdad del varón y de la mujer, en consecuencia, tanto el padre como la madre ejercern los derechos de patria potestad conjuntamente y sólo a falta de uno de ellos los asume totalmente el otro, la misma igualdad se destaca en cuanto al derecho de vigilancia y corrección de los hijos.

En cuanto al usufructo legal se otorga por partes iguales a los padres y en caso de que falte uno de ellos corresponde al otro.

Lo anterior implica también que los derechos que integran el contenido de patria potestad, y en especial, la representación, la administración y el usufructo legal deben ejercerse conjuntamente;

en caso de desacuerdo, se acudirá al juez.

De lo anterior se colige que el Decreto 2820 de 1974, no hizo modificación radical en cuanto al contenido y efectos de la patria potestad, sencillamente se limitó a variar su régimen para terminar con la discriminación legal en contra de la mujer.

De manera que estos derechos reciben en la actualidad la denominación de POTESTAD PARENTAL, lo cual obedece al hecho de corresponder a ambos padres.

Es importante destacar que tales derechos se otorgan en consideración y beneficio del hijo, permitiendo que los padres puedan cumplir sus deberes para con su descendencia.

4.3 PRIVACION Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

La diferencia entre estos dos términos determina el interés del mandante, pues, al paso que a quien se priva de la patria potestad simple y llanamente se le quita, se le despoja de ella, a quien se le suspende solamente se le detiene la posibilidad de ejercerla, se

le difiere por algún tiempo o, en resumen, se le priva temporalmente de ese ejercicio.

4.4 CAUSALES DE PRIVACION Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Las normas que señalan las causales para obtener la privación y mera suspensión de la patria potestad son en resumen las siguientes:

- .. Demencia de alguno de los padres o de ambos.
- .. Incapacidad de los padres para administrar sus propios bienes.
- .. Larga ausencia de los padres.
- .. Vagancia y mendicidad del menor por negligencia de los padres.
- .. Maltrato habitual al hijo, que ponga en peligro su vida o le cause grave daño.
- .. Haber abandonado al hijo.
- .. Depravación de los padres que los incapacite para ejercer la patria potestad.
- .. Haber sido condenado a pena privativa de la libertad superior a un (1) año.

Cualquiera otras causa que, a juicio del Juez, ponga en peligro físico o moral al menor.

Las causales que establece el artículo 315 del Código Civil, permiten solicitar la privación de la patria potestad, y por ende la suspensión. Además el artículo 64 de la Ley 83 de 1946, enuncia las causales del artículo 315 del Código Civil, como aptas para mandar la suspensión tanto de la Patria Potestad como del Cuidado Personal.

La suspensión o Privación de la Patria Potestad, No exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

La suspensión de la Patria Potestad o de la Guarda de un menor, podrá ser decretada por el tiempo indicado por el Juez de Menores, en virtud de las causales ya enumeradas anteladamente. Pero es preciso dejar establecidas las pautas que han de seguirse en este proceso:

En cualquier tiempo podrán los representantes legales del menor, solicitar la rehabilitación de los derechos de éste.

La demanda se presentará por escrito ante el Juez Promiscuo de Menores en turno, quien a su vez, efectuado el reparto, dará traslado al Juzgado de conocimiento.

En la demanda se establecerán los hechos en que se funda y se enumerarán las pruebas que deban practicarse.

De la demanda se correrá traslado al Promotor-Curador de Menores es decir al Defensor de Menores, por el término de cinco (5) días.

Contestado el traslado, se decretarán y recibirán las pruebas pedidas por los interesados o por el Promotor-Curador de Menores, en el término de ocho (8) días.

El Juez podrá decretar además, de las pruebas solicitadas, las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, así como ampliar prudencialmente el término probatorio, vencido el cual se da traslado para alegar, a los interesados y al promotor-Curador.

Vencido el término del traslado, el Juez dispone de diez (10) días para fallar, es decir dictar Sentencia.

4.5 EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

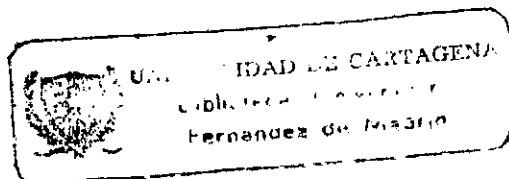
La Patria Potestad, termina por las siguientes causas:

- . Llegada del hijo a la mayoría de edad.
- . Por muerte de ambos padres y
- . Por matrimonio del hijo.

5. CONCLUSIONES

Como es lógico toda actividad práctica necesita basicamente la señalización de algunas pautas a seguir; me he permitido establecer algunos, que he concretado a través de la realización de tan importante monografía, ellos son a saber:

. En primer lugar es menester analizar que durante los períodos transcurridos desde la expedición del Código de 1873, hasta la aparición del Estatuto reivindicador de los derechos del hijo natural (Ley 45 de 1936), nuestra legislación civil colombiana sólo se preocupó más que todo, por defender los Estados de derecho, el Matrimonio y la filiación legítima, negándole a los hijos extramatrimoniales sus derechos, olvidando la igualdad de los hombres y marcando los desde su nacimiento con un sello o etiqueta que los diferenciará de los demás.



Pues hoy, muy a pesar del avance que ha tenido nuestra jurisprudencia en cuanto al tema en cuestión me sigue pareciendo injusta, por que todavía hay ciertas limitaciones al respecto, y lo ideal sería enmarcar dentro de un plano de igualdad a todos los hijos, sean legítimos o extramatrimoniales, concediéndoles absolutamente todos los derechos que les corresponden.

Colombia debería colocarse en el mismo plano de igualdad con otros países como Chile, Cuba, que han superado esta etapa.

De igual manera, se hace necesario terminar con la terminología jurídica "hijos legítimos e hijos extramatrimoniales", ya que estas expresiones han causado traumas y sufrimientos a los hijos extramatrimoniales.

En segundo término es importante anotar el avance que ha tenido nuestra legislación en cuanto a los derechos herenciales del hijo extramatrimonial a partir de la Ley 29 de 1982, por medio de la cual se iguala las cuotas hereditarias de los hijos legítimos,

77

y extramatrimoniales, solución esta pedida por la más moderna doctrina del Derecho Civil Comparado; en efecto a partir de la declaración universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, se prohibió toda discriminación entre seres humanos por motivos de raza, color, sexo, nacimiento.

Por lo tanto Colombia, al expedir la Ley 29 de 1982, no hizo otra cosa si no cumplir compromisos internacionales que había contraído con anterioridad.

Además se hace necesario destacar la igualdad existente para invocar o solicitar el derecho a exigir alimentos por parte de los hijos extramatrimoniales. Pues bien nuestro Estatuto Civil consagra taxativamente que personas poseen el derecho a pedirlos entre los cuales figuran los hijos extramatrimoniales, que al igual que los legítimos pueden solicitar alimentos congruos y al igual que ellos los pierden enteramente, por injuria atroz y parcialmente por in

juría grave. Igualmente la Ley 83 de 1946, denominada comunmente Ley Orgánica de la Defensa del Niño, en su artículo 69 consagra este derecho. En consecuencia los padres están obligados de acuerdo con estas disposiciones al sostenimiento de sus hijos y en caso de incumplimiento a estas obligaciones serán llamados a responder judicialmente.

Por último parece indispensable propender por un mayor control del Estado en cuanto a la información y acciones relativas a la política de población, teniendo en cuenta el contexto socio-cultural un mayor control del estado en estos aspectos, tiene como finalidad el que las comunidades asumieran con mayor responsabilidad la paternidad y la maternidad y se hagan más eficientes las políticas de migración interna. Ello llevaría a inducir la continuidad del proceso de igualdad entre los hombres, mediante conscientización a través de medios masivos de comunicación y de educación no formal, incentivando la participación masculina en la crianza y cuidado de los hijos y en el desempeño de las labores hogareñas.

Todo ello sería imposible, sin que se cree la jurisdicción de familia, para que sea operativa la justicia familiar.

Para tal efecto se deben crear jueces de familia, solos de familia en los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales y un Tribunal Supremo y dentro de la legislación que a esta jurisdicción corresponda se debe expedir el Código del Menor compilando en forma integral y estructurada coherentemente, las normas actuales dispersas sobre derecho de familia que se encuentran en todos los Códigos; el Civil, el Penal, el Laboral, etc.

Acorde con una nueva concepción sería preciso revisar qué papel debe cumplir el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), como debe proyectarse hacia la solución de los problemas actuales como entidad de apoyo a la unidad del sistema social.

BIBLIOGRAFIA

AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia. Editorial Temis, Bogotá 1980.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Penal. Tomo I, Teoría General del Proceso. Editorial ABC. 6a. Edición, 1978.

..... Compendio de Derecho Procesal, Tomo II. Pruebas Judiciales 4a. Edición, Editorial ABC, 1975. Bogotá.

FELIX CASTRO, José, La Paternidad Responsable, 8a. Edición, Editorial Publicitaria, 1979. Bogotá.

HINESTROSA Fernando, Estudios de Familia. 1976

LEON JARAMILLO, Gustavo. Derecho de Familia, 2a. Edición, Editorial Hombre Nuevo, 1979.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Derecho Civil, Decima cuarta edición actualizada, Editorial Temis 1980, Bogotá.

VELASQUEZ LONDOÑO, Rubén. Régimen Herencial, Señal Editorial, Medellín, 1982.

51501

