

T. - D
246

1

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS DE GRADO

PARA OPTAR EL TITULO DE: DOCTOR EN DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS.

PRESENTADA POR EL SEÑOR: LUIS ALFONSO GUTIERREZ MONTI

CARTAGENA, JUNIO 23 DE 1979

S C I B

00018482

2

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR	: LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
SECRETARIO	: HERNANDO THORNE CAMPO
DECANO	: JAIME GOMEZ O'BYRNE
SECRETARIO	: PEDRO MACIA HERNANDEZ
PRESIDENTE DE TESIS	: ANIBAL PEREZ CH.
PRIMER EXAMINADOR	: RAUL H. BARRIOS
SEGUNDO EXAMINADOR	: ELSA SAAVEDRA DE GUETE
TERCER EXAMINADOR	: CARLOTA VERBEL A.
PRESIDENTES HONORARIOS	: RODRIGO GUTIERREZ y EULIA MONTIEL DE GUTIERREZ.

CARTAGENA, JUNIO 28 DE 1979

REGLAMENTO

La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en esta tesis, tales opiniones deben ser consideradas como de su autor. (Art. 63).

DEDICATORIA

A mis padres, hermanos, demás familiares y amigos que han sido un constante estímulo en mi vida.

A las familias:

Segura Gutiérrez, Mendoza Vallecón,
Sando Martelo, Gregory Pretelt,
Marrugo Martínez, y Rojas Molineras
a quienes debo tanto.

Al Colegio Diocesano JUAN XXIII de Montería, que me preparó para la educación superior.

A la Universidad de Cartagena, sus Directivos y a los Catedráticos de la Facultad de Derecho, que unidos hicieron posible el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas que hoy recibo con gran satisfacción.

INTRODUCCION

Por todas es sabido que las costumbres imperantes en un determinado momento de la historia, han servido de fuente inequívoca de instituciones legales, o han servido para modificar las ya existentes, en un sentido más amplio o restringido, de acuerdo con los mandatos que las relaciones sociales suministran para el normal desenvolvimiento.

Todo esto nos lleva a una limitación de las libertades individuales, señalando pautas de conducta e indicando las sanciones correspondientes a su violación.

A través de todos los ordenamientos jurídicos, la ubicación del hombre en la sociedad y el derecho han constituido un hecho importante indicándole siempre sus deberes y obligaciones, señalando sus derechos y a la vez restricciones.

Ha sido la procreación el resultado más íntimo de la libertad, usado como un hecho natural y propio de la condición humana sin mirar normas legales ni sociales que marquen determinada regla para la ejecución de la unión sexual, su admisibilidad y rechazo, y los subsecuentes efectos en una u otra esfera.

Pero no son las restricciones las que van a dar solución acertada al caso. Antes han provocado un crecido número de relaciones sexuales extramatrimoniales, siempre que se han puesto trabas al respecto; debido entre otras cosas a la rebeldía natural del hombre a someterse a los convencionalismos y las leyes que se oponen a su natural desenvolvimiento.

El origen de la humanidad ha sido siempre el mismo; unión de un hombre y de una mujer. Por otra parte la igualdad natural es indiscutible y desde este punto de vista tenemos una misma situación social.

Más sin embargo no todos tenemos la misma ubicación en la esfera del derecho y la sociedad. Dando como resultado diferentes situaciones según se cumplan o no los mandatos sociales, para los que los cumplen hay toda clase de garantías y gozan de toda la protección legal, los que no solo obtienen un mínimo de protección legal, y casi el total rechazo de la sociedad.

Así tenemos que las leyes por defender la conservación de la sociedad han creado discriminaciones irracionales, pero cosa extraña que un número bastante grande de la sociedad disfrutan de esa prohibición amparados por unos estatutos que no

les exigen toda la responsabilidad que conlleva el traer hijos naturales al mundo.

Pueda decirse con toda seguridad que los hijos naturales, pobres víctimas inocentes, que no escogieron su origen siempre han sido relegados por su condición a un segundo plano desde un punto de vista jurídico y social.

Ni siquiera la Iglesia Católica, que en otros casos ha servido de mediadora entre el Estado y los asociados se ha consolidado de ellas y antes por el contrario contribuyó a esa abismal diferencia que ha existido entre las dos categorías de hijos reconocidos actualmente en casi todos los países del mundo.

La Iglesia siempre reservó todo privilegio de tipo educativo y moral para los nacidos dentro del matrimonio celebrado por los ritos católicos, trayendo como consecuencia privación de los beneficios que ella ofrecía como formadora de juventudes.

Afortunadamente para todos hoy día pueden convivir las dos categorías de hijos sin que existan diferencias profundas entre ellos; porque el curso de la historia ha demostrado que

- 4 8

estas medidas represivas no fueron suficientes para frenar la inclinación natural del hombre a procrear. Las soluciones que urge la situación deben ser de fondo, estableciendo leyes más racionales, acorde con la realidad, más lógicas y humanitarias. - No egoistas y coercitivas de la libertad.

CAPITULO 1

LA FAMILIA

DES ENVOLVIMIENTO HISTORICO.

Los estudios realizados por estudiosos de la institución de la Familia ha encontrado entre algunas tribus primitivas las raíces más remotas de esta importante institución.

Morgan, que pasó la mayor parte de su vida entre los Iroqueses y fué adoptado por la Tribu de los Senecas. Encontró vigente entre ellos un sistema de parentesco en contradicción con sus verdaderos vínculos de familia. Reinaba entre ellos una especie de matrimonio fácilmente disoluble por ambas partes, llamado por él "familia sin-dinámica". La descendencia de una pareja conyugal de esta especie era reconocida por todo el mundo; ninguna duda quedaba acerca de quien debía llevar el apelativo de padre, madre, hijo, hija, hermano, hermana. Pero el empleo de tales expresiones estaba en completa contradicción con lo antes dicho.

El Iroques no solo llamaba hijos e hijas a los suyos propios, sino también a los de sus hermanos que a su vez, también le llamaban a él padre.

Por el contrario llama sobrinos a los hijos de sus hermanas, los cuales le llaman tío. Inversamente la iroquesa a la vez

que a los propios, llama hijos e hijas a los de sus hermanos quienes le dan el nombre de madre. Pero llama sobrinos y sobrinas a los hijos de sus hermanas, que la llaman tía. Del mismo modo los hijos de hermanos se llaman entre sí hermanos y hermanas y lo mismo hacen los hijos de hermanas. Los hijos de una mujer y los del hermano de ésta se llaman primos y primas. Y no son simples nombres sino expresiones de la idea que se tienen de lo próximo a lo lejano, de lo igual a lo desigual en el parentesco con sanguíneo; ideas que sirven de base a un sistema de parentesco completamente elaborado y capaz de expresar mucho centenares de diferentes relaciones de parentesco de un solo individuo. Este sistema no solo se halla en vigor entre los indios de América, sino que existe también casi sin cambio alguno entre los aborígenes de la India, las tribus Dravídicas del Doce y las tribus gauras de Indostán.

A qué se debe este fenómeno? Si tomamos en consideración el papel decisivo que la consanguinidad desempeña en el régimen social entre todos los pueblos salvajes y bárbaros, la importancia de un sistema tan difundido merece una explicación desde el punto de vista histórico.

Los apelativos de padre, hijo, hermano, hermana no son simples títulos honoríficos sino que por el contrario engendran -

deberes recíprocos, perfectamente definidos y cuyo conjunto forma parte esencial del régimen social de esos pueblos.

La explicación del hecho se encontró en las islas Sanduich (Hawai) había aún en la primera mitad de este siglo una forma de familia en la que existían los mismos padres y madres; hermanos y hermanas; hijos e hijas; tíos y tías; sobrinas y sobrinos que requiere el sistema de parentesco de los indios americanos y de los aborígenas de la India. Pero sucede que extrañamente el sistema de parentesco vigente en Hawai tampoco correspondía a la familia allí existente.

Concretando, en este País, todos los hijos de hermanos y hermanas sin excepción son hermanos y hermanas entre sí y se reputan hijos comunes, no solo de su madre y de los hermanos de esta o de su padre o de los hermanos de este, sino también de todos los hermanos y hermanas de sus padres y madres sin distinción. Por lo tanto, si el sistema americano de parentesco presupone una forma más primitiva de la familia; que ya no existe en América, pero que encontramos aún en Hawai, el sistema-Hawaiano por su parte nos lleva a una forma aún más rudimentaria de la familia, que si bien no existe debió existir.

Los sistemas de parentesco y las formas de familia vis -

tes hasta aquí están en franca oposición con las conocidas como únicas valaderas y se diferencian en el hecho de que cada hijo tenía varios padres y madres.

La concepción natural no conoce mas que la monogamia, al lado de la poligamia del hombre y quizá la poliandria de la mujer. En cambio el estudio de la historia primitiva nos revela un estado de cosas en que los hombres practican la poligamia y sus mujeres la poliandria y en que, por consiguiente, los hijos de unos y otros se consideran comunes. A su vez este estado de cosas fué evolucionando hasta llegar a la monogamia. Estas modificaciones son de tal especie, que el círculo comprendido en la unión conyugal común y que era muy amplio en su origen se ha estrechado cada vez hasta que por último no comprende sino la pareja aislada que predomina hoy.

Reconstruyendo retrospectivamente la historia de la familia, casi todos los estudiosos coinciden en afirmar que existió un estado primitivo en el que imperaba el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

Dechowán fué el primero en hablar de tal fenómeno, y llegó a tal conclusión despues de buscar y hallar sus huellas en las

tradiciones históricas y religiosas. Hoy se sabe que estas lucllas no conducen a ningún estado social de pre-discuidad de los sexos, sino una forma muy posterior: El matrimonio por grupos. Estado social primitivo que aún aceptando que haya existido realmente pertenece a una época ya remota.

La Familia Fundida. Si el primer progreso en la organización de la familia consistió en excluir a los padres y a los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo estuvo en excluir a los hermanos. Por la mayor igualdad de edades de los participantes, este progreso fue infinitamente más importante, pero también más difícil que el primero. Se realizó poco a poco, comenzando probablemente por excluir a los hermanos uterinos, al principio como casos aislados, posteriormente como regla general, y acabando por prohibir el matrimonio entre hermanos colaterales. Este progreso constituye según Morgan "una magnífica ilustración de como actúa el principio de la selección natural".

De la familia consanguínea, salió la forma de familia a la que Morgan da el nombre de Familia Fundida.

Esta forma de familia nos indica con exactitud, tal como lo expresa el sistema americano, que parece sencillamente absurdo en toda forma de familia que descansa de esta a la otra for

ma en la monogamia, se explica de una manera racional y está justificado naturalmente hasta en sus íntimos detalles en la Familia Punalúa; la cual debió existir por lo menos en la misma medida en que prevaleció este sistema de consanguinidad.

Posteriormente a las etapas analizadas surgió la familia Síndiasmica en la cual un hombre vive con una mujer pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional, siguen siendo un derecho para los hombres, aunque por causas económicas la poligamia se observe raramente; al mismo tiempo, se exige la más estricta fidelidad a las mujeres mientras dure la vida común, y su adulterio se castiga cruelmente. Sin embargo, el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte, y después, como antes, los hijos solo pertenecen a la madre.

La selección natural continúa obrando en esta exclusión cada vez más extendida de los parientes consanguíneos del lazo conyugal.

La evolución de la familia en los tiempos prehistóricos consiste en una constante reducción del círculo en cuyo seno prevalece la comunidad conyugal entre los dos sexos. La exclusión progresiva, primero de los parientes cercanos, después de los lejanos, y, finalmente de las personas meramente vinculadas por alianza, hace imposible la práctica de los matrimonios por grupos; por último queda la pareja unida por vínculos frágiles - esa molécula con cuya disociación concluye el matrimonio en general. Esto explica que poco tiene que ver el origen de la monogamia con el amor sexual individual.

Con el matrimonio sindiasmico comienza el rapto y la compra de mujeres, prácticas muy difundidas por la falta de mujeres en este momento. Además entre los indios de América y en otras partes (en el mismo estadio), el convenir en un matrimonio no incumba a los interesados a los cuales ni siquiera se les consulta sino a sus madres; quedando así comprometidos dos seres que no se conocen ni se comunican sino el día del matrimonio. El matrimonio es disoluble a voluntad de cada uno de los conyugues; sin embargo entre algunas tribus existió oposición a la ruptura y en

caso de disputa entre los conyuges mediaban los parientes y si esta intervencion no surtia efecto se daba la separacion, los hijos correspondian a su madre y los conyuges eran libres de casarse en cualquier momento.

Se ha demostrado en contradiccion con la filosofia del Siglo XVIII que en el origen de la sociedad, la mujer no fué esclava del hombre. Entre todos los pueblos salvajes y en todas las tribus que se encuentren en estado inferior, medio y hasta superior de la barbarie la mujer no solo es libre sino que goza de la mayor consideracion.

La Familia en el Derecho Romano. En un principio la familia romana fué patriarcal, estaba formada por todos los descendientes agrupados en torno a su antepasado comun, la mujer casada forma parte de aquella *locofilia*. Sobre ese grupo existente, el patriarca tiene autoridad tal que llega a ser dueño hasta de sus vidas.

De esta organizacion nació el poderío del Imperio Romano. Esta potencia acompañada de su riqueza disolvió las costumbres y produjo el hundimiento de la familia. A partir del Siglo VI de Roma, la autoridad del pater familia disminuye; el grupo se disuelve, se debilita con los numerosos divorcios; la mujer

casada no entra ya en la familia del marido. Constituyó este período una anarquía en la familia romana y como consecuencia una alarmante disminución en la natalidad, crítica puesto que la milicia necesitaba de mas gente para sostener las guerras de conquista. El Emperador Augusto luchó contra esta crisis e hizo una serie de reformas, luchó contra el adulterio.

Pero nada hizo volver a la familia romana a su course normal y cayó en la decadencia.

Fue Constantino en el siglo IV de nuestra era quien introdujo en la legislación romana una nueva concepción de la familia, orientada hacia un criterio cristiano de la familia conyugal.

En esta nueva era la familia es un grupo menos extenso que la patriarcal; comprende al marido, la mujer y los hijos. Esta unión descansa sobre el sacramento del matrimonio.

El matrimonio como sacramento, por constituir un vínculo creado por Dios asegura la permanencia de la familia, basado en el principio cristiano de que "lo que unió Dios no lo separa el hombre" planteando así la indisolubilidad del vínculo y la fidelidad que se deben ambos conyuges.

Como consecuencia de lo anterior la autoridad en el hogar es ejercida por el hombre sobre su mujer e hijos, pero en base al amor y al respeto dentro de un relativismo que contrasta con lo absoluto de la antigua época.

La Familia en el antiguo derecho. En el derecho germánico se hace presente el clan y el matrimonio se realiza por medio de una compra: la mujer es comprada a su padre, quedando bajo la completa dependencia del marido. Reservándose éste el derecho de repudiarla.

Fue a principios del siglo IX con Carlos Magno, cuando penetró el concepto cristiano de la familia.

El matrimonio se rige por el derecho canónico y son los tribunales eclesiósticos los competentes en esta materia. Pero no se logra arraigar totalmente el concepto de la familia, ya que sigue siendo una colectividad superior a la familia conyugal. No se transforma el poder del marido sobre la mujer y los hijos incluso sobre su persona y bienes, es considerada una "incapec"; no puede actuar jurídicamente sin autorización de su marido, existe la patria potestad y para lograr la emancipación era necesario contraer nupcias o cumplir determinada edad.

Los hijos naturales no tienen ningún derecho en relación con la familia; especialmente suceder a sus padres.

La Religión como principio de la familia antigua (Grecia - Roma).

Si nos remontamos a la antigua Grecia y Roma encontramos que la sociedad giraba alrededor de la familia; y ésta alrededor del culto religioso, para iniciar el día con oraciones y concluirlo de la misma forma, esto se repetía en las comidas.

Para prolongar la existencia unidos usaban tumbas donde debían ser sepultados todos los familiares; esto hacía cada día más insoluble el vínculo entre ellos.

El principio de la familia antigua no radica en la generación exclusivamente. Lo demuestran hechos tales como que la hermana no es en la familia lo que el hermano, que el hijo emancipado o la hija casada dejan de formar parte de ella, demostrando en fin, diversas disposiciones importantes de las leyes griegas y romanas.

Tampoco se basaba la familia en el afecto natural, pues no tenían en cuenta ese sentimiento, en leyes escritas aunque pudiesen estar en sus corazones.

Tampoco se fundamentó en el nacimiento ni en el afecto,

mas bien se encontraba en un poder paternal o maternal. Poder que llego a formar entre ellos una institucion primordial.

Lo que une a los miembros de la familia antigua, es algo mas poderoso que el nacimiento, los sentimientos, que la fuerza fisica, "es la religion", de los antepasados y del hogar mismo; de ahí que la familia forma una asociacion en esta vida y en la otra.

Así pues la familia era para ellos una asociacion religiosa superior a la natural. La mujer se hacia parte de ella hasta que la ceremonia del casamiento la iniciara en el culto, el hijo que renunciaba al culto o que se emancipa tampoco la integra. El adoptado en cambio era un verdadero hijo ya que aunque no tenia vinculos sanguineos si formaba parte del culto, el legatario que se negara a adaptar el culto de la familia no participaba en la sucesion. Así tenemos que el parentesco y el derecho a heredar no dependen del nacimiento sino de la participacion en el culto, la religion no ha creado la familia pero ha influido con sus normas de moral. No fué formada unicamente por sentimientos naturales.

Nuevos conceptos de la Familia.

A finales del siglo XVIII, la familia, que era el resultado de unir los principios cristianos, las reglas romanas y las costumbres germánicas, es objeto de críticas.

Los protestantes que eran minoría no podían contra el matrimonio ante los ministros eclesiásticos, empezaron a hacerlo ante los oficiales laicos de la justicia civil.

En este mismo siglo Rousseau, preconizando la excelencia del estado de naturaleza, no solamente no concibió la familia como subyugada a los padres y a los hijos (en esto coincidía con los cristianos), sino que transforma el matrimonio en una verdadera unión libre, que se forma y disuelve por la voluntad de los contrayentes.

Voltaire, mira en el divorcio una necesidad natural que dando la familia privada del fundamento que se le había dado, se solicita para el hijo natural una igualdad con el legítimo puesto que él es inocente de su condición.

La religión cristiana pierde poder, hay infidelidades, adulterios por todas partes; hombres y mujeres cansados de las prohibiciones cristianas hacen un reto, y como consecuencia la familia entra en decadencia.

Por todas partes surgen partidarios de Rousseau y los demás filósofos que sostienen que el matrimonio es un contrato y que el único requisito para formarlo es el acuerdo de los futuros contrayentes; quitándole así su carácter sacramental.

Secularización del matrimonio. Si el matrimonio es un contrato basado en la voluntad de las partes cuando ellos lo consideran necesario lo disolverán también de la misma manera, se admite por éstos el divorcio por mutuo consentimiento. La libertad dice debe ser tan amplia y no podría obligar a un conyuge a soportar a otro con el cual no se entiende y es incompatible, se admite pues el divorcio por incompatibilidad de caracteres, estas teorías trajeron como consecuencia muchos divorcios que los legisladores no pudieron controlar a pesar de los obstáculos creados.

Estos principios revolucionarios condujeron a sus seguidores a admitir el divorcio en base a la libertad proclamada. Así como el principio de igualdad los llevó a reconocer la existencia de una supuesta familia natural al lado de la legítima, al afirmar los derechos de los hijos naturales.

En base a todo lo anterior Robespierre presentó un proyecto de Ley en el que solicitaba al Estado encargarse de la -

educación de los hijos, y Danton declaraba "es tiempo de restablecer ese gran principio, que parece desconocerse, el de que los hijos pertenecen a la República antes que a sus padres".

CAPITULO II

LA FAMILIA CELULA SOCIAL POR EXCELENCIA

Se ha dicho que la familia es la más antigua y extendida de las agrupaciones humanas, debido a que es una colectividad natural y la única agrupación natural.

Sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad. De ahí que se haya dicho que "es la célula social por excelencia" y que no se sabe a quien atribuirle la paternidad de esa asignación. Lo cierto es que constituye una constante ayuda entre los conyuges y los hijos, principalmente de protección y mutuo respecto. La familia impide que las relaciones entre hombre y mujer sean libertinaje, y que la mujer sea esclavizada y usada como objeto de sexo. La familia es una defensora del individuo frente al estado.

Jessurun ha dicho "en cualquier aspecto que se lo considere la familia aparece como una institución necesaria y sagrada.

Definición e importancia de la Familia.

En un sentido restringido familia es el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica; en un sentido más amplio, se dice que es el conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidos por lazos de parentescos o lo que es lo mismo "un conjunto de ascendientes, descendientes

cientos y colaterales de un linaje.

En un sentido más amplio la familia está formada por todas las personas actualmente vivas y que descienden de un mismo tronco, como son los abuelos, hijos, nietos, etc.

También se ha dicho que es una agrupación de personas formada por el padre, la madre y los hijos que viven en comunidad doméstica.

Morgan al referirse a la familia ha dicho: "es el elemento activo; nunca permanece estacionado, sino que pasa de una forma inferior a una superior a medida que la sociedad evoluciona - de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario son pasivos; solo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical, sino cuando se ha modificado radicalmente la familia".

En cuanto a su importancia podemos decir que ningún País del mundo ha descuidado la familia, y los que han tratado de menoscabarla por considerar que los fuertes lazos que la unen tienen origen religioso; han tenido que rectificar y crear normas civiles que estructuran mejor el matrimonio para obtener una familia

lla mejor integrada. Los dirigentes estatales han convenido que es indispensable ya que la familia guarda X bases educativas, con el fin de resguardar los principios morales, estructurar el ordenamiento disciplinario, refrenar los sentimientos de egoísmo y defender sus derechos ante el estado.

El concepto de familia ha evolucionado en todos los países del mundo y Colombia por supuesto no ha sido ajeno a estos cambios que podemos resumir así:

a) Antes la indisolubilidad del matrimonio constituía un postulado intocable hasta que se expidió la Ley 1a. de 1976 que estableció el divorcio para el matrimonio civil.

b) Todas las personas bautizadas en la Iglesia Católica estaban obligadas a contraer matrimonio católico; el civil estaba reservado a los infieles (Art. 17 Concordato de 1887). La ley 20 de 1974 que aprobó el nuevo concordato de 1973 autoriza el matrimonio civil para todos los colombianos sin importar la religión a la que pertenecen.

c) La mujer casada debía obediencia al marido, quien ejercía la potestad sobre su mujer e hijos. El decreto 2820 - acató con lo anterior e igualó a los conyuges en derechos y obligaciones.

d) Es reciente también la reglamentación jurídica sobre adopción a través de la Ley 5a./75.

En todos estos cambios han sufrido los movimientos de liberación de la mujer, las leyes que reglamentan la interrupción voluntaria del embarazo, el progreso de las ciencias biológicas, la inseminación artificial, la planificación familiar etc.

Resumiendo deba quedar clara la evolución e importancia que tiene modernamente la familia, que se ha convertido en un verdadero organismo social que se interpone como Entidad autónoma entre el individuo y el Estado. Es el organismo social más importante, pues el mundo civilizado se apoya en la familia.

Características de la familia moderna.

1.- La Monogamia. Que se fundamenta en el matrimonio de un solo hombre con una sola mujer. Esta característica tan importante en esta época es el producto de la evolución que ha sufrido esta institución desde la iniciación de la humanidad en que predominó el matrimonio por grupos de parientes consanguíneos.

Pasando luego por la familia Punalúa, en la que el varón de un clan, que se casa con una mujer de otro clan, queda-

ha casado con las hermanas, primas hermanas, etc. de la mujer y viceversa.

Posteriormente apareció la compra de mujeres y el rapto, perteneciendo la mujer a su comprador o raptor, pudiendo de esta manera un hombre tener en forma exclusiva varias mujeres, así nació la poligamia que fué un privilegio de los ricos y poderosos en general. Son los pobres los que al tener que contentarse con una mujer por no tener manera de comerciar con el sexo, los que dan origen a la monogamia. Esta presenta como ventajas una mayor cohesión entre los miembros de la familia, a través de ella es fácil establecer la paternidad de los seres humanos, además define los derechos y obligaciones existentes entre los conyuges y entre ellos y sus hijos.

2.- Toda persona es libre para formar una familia: Ya mediante el matrimonio, por el concubinato y últimamente por simple comportamiento o equiparación.

Esta libertad no es absoluta puesto que tiene límites tales como el parentesco, la edad, la salud física y mental etc.

3.- Implica la formación de una comunidad doméstica; y es así como la mujer tiene el derecho a ser recibida por el ma-

rído en la casa, a la vez que está obligada a guardar respeto y servirle de compañera. Surge también entre los conyuges una comunidad de orden económico. Decreto 2820/74.

4.- Naturaleza especial de los derechos familiares. El hombre y la mujer tienen la libertad de formar una familia, mediante el matrimonio, el concubinato o simple unión libre; pero una vez integrada esa familia, no dispone de mayor libertad para regular los efectos y las relaciones de orden familiar.

De ahí que cualquier contrato o convención en virtud del cual, los conyuges se aparten de los derechos y deberes que imponen la formación de la familia se tendrá como no escrito. Teniendo en cuenta la naturaleza y contenido de las relaciones familiares se pregunta si no es conveniente excluir el derecho de familia del derecho civil. Por todos es sabido que en el campo del derecho privado la voluntad de las partes juega un papel importante en su regulación, llegando por ella algunas veces a derogar la ley escrita, y acabamos de ver que en el derecho de familia no obstante pertenecer a esta rama ella está en un segundo plano en relación con las normas que la regula.

El núcleo de familia se caracteriza en casi todos los países del mundo por su contenido social y de orden público; -

con el fin de proteger la unidad familiar que como dijimos antes constituye un pilar importante en la sociedad moderna.

Teniendo en cuenta lo anotado anteriormente en cuanto a la naturaleza especial del derecho de familia me muestro partidario y veo con urgencia la necesidad de crear un Código de familia que recoja todo lo que concierne a la materia, teniendo en cuenta la evolución de las ciencias jurídicas y la realidad de nuestro País en cuanto a este problema preocupante por cierto, puesto que se trata de reglamentar los cimientos de toda sociedad.

CAPITULO III

EL HIJO NATURAL

Antecedentes y su posición en la legislación comparada.

El parentesco o el vínculo de consanguinidad tiene sus antecedentes en la filiación, sea legítima o natural, es decir - proviene de la maternidad o paternidad que se deriva del latín - "Filius filii", que significa hijo.

Los tratadistas Planiol y Ripet la estudian bajo dos aspectos primero en el sentido natural y después en el jurídico. Atendiendo al primero dicen que consiste en la descendencia directa y desde el segundo que es la relación inmediata del padre o madre con el hijo.

Para Jossierand que lo estudia bajo el carácter genealógico consiste en el lazo que une a dos personas que descienden la una de la otra o de un tronco común.

El diccionario de la lengua dice que es la procedencia de los hijos respecto a los padres. Todos los anteriores conceptos me llevan a concluir que la filiación es la relación existente entre una persona o tronco común respecto a otras que descienden de ella basándose en un hecho natural.

Existen factores que nos llevan necesariamente a la filia

ción como son: el parto de una mujer determinada, en una época igualmente determinada y la identidad del hijo en la maternidad natural; pero para determinar la maternidad legítima necesitamos otros elementos como son el parto de la presunta madre en fecha determinada y la existencia del vínculo matrimonial. Y para establecer la paternidad el hecho de la generación efectuado por el hombre. La filiación se divide en legítima, natural o extramatrimonial y adoptiva.

El antiguo derecho español, una de las fuentes del nuestro en algunos aspectos es superior al código de Napoleón de 1804 y al de Chile del cual, se tomó el nuestro, contenía conceptos avanzados de acuerdo con la época en relación con el reconocimiento del hijo natural, reconocimiento que podía ser expreso o tácito; este requisito se exigía para obtener la calidad de tal, - iba más allá del pensar de 1805 con las leyes de Toro y de 1805 año de la nueva recopilación. La segunda ley de Toro disponía también que podía ser reconocido como hijo natural al que naciera o fuera concebido cuando los padres pudieran casarse libremente entre sí de donde se deduce que el hijo concebido por padres impedidos para contraer el vínculo del matrimonio podían ser reconocidos como naturales si al momento de su nacimiento había desaparecido el impedimento.

Podía ser el hijo reconocido por la partida de bautismo por carta, por escrito firmado por el padre y tres testigos, por testamento, por escrito hecho y firmado ante notario, por el es- cribano público y tres testigos, por acto autorizado por un ma- gistrado, por la justicia o el concejo del pueblo, por la declara- ción del padre ante el escribano público, en la cual declaraba - espontáneamente la paternidad; pudiendo el hijo reconocido exigir alimentos no solo a sus padres sino a sus demás ascendientes, en igualdad de condiciones podía en los ascendientes del hijo natural - reconocido exigir a éste equivalentes prestaciones, como también de sus descendientes naturales y legítimos.

El hijo reconocido era heredero forzoso, en el testa- miento respecto de la madre; en cuanto al padre quedaba excluí- do por el hijo legítimo o legitimado por el matrimonio posterior de los respectivos padres, pero éste podía asignarle a título de alimento hasta la quinta parte de sus bienes; estando en el deber los padres de asignarle en cualquier momento lo necesario para sus alimentos y en caso de no haber hijos legítimos, el hijo natu- ral podía ser heredero universal.

Según la ley 16 de Mayo de 1635 en la sucesión mäter- na, el carácter de descendencia legítima, era obligatorio excluir a sus ascendientes inmediatos o mediatos e incluir como herederos

a sus descendientes naturales, el ser excluido del testamento, o desheredado sin causa legal daba facultad al hijo para instaurar las acciones que hicieren efectivo su derecho hereditario; en relación a la sucesión paterna no habiendo descendencia legítima - ni hijo natural le correspondía la sexta parte de los bienes divisibles con su madre; no habiendo descendientes ni ascendientes legítimos, ni colaterales dentro del 4o. grado inclusiva, heredaba el hijo natural la totalidad excluyendo a la conyuge superstite.

Por la ley 9a. de Toro se estipuló que faltando descendientes legítimos en la sucesión intestada de la madre, el hijo natural excluía a los ascendientes de ésta pues aquí era heredero forzoso de su madre, así abintestato como extestamento.

Las leyes españolas sobre filiación fueron acogidas por la Constitución nacional de 1821 al establecer en su art. 126 - "se declaren en todo su vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a ésta constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el gobierno" quedando vigentes hasta el año de 1887 en que la ley 153 Art. 15 las declaró abolidas en su integridad.

La ley del 13 de mayo de 1895 sobre procedimiento dijo en su art. 10, al orden en que debían observarse las leyes en -

el territorio de la República y fué así como el art. 10 en su numeral 1o. dice: tienen prevalencia las leyes y decretos expedidos o que en adelante expidiere el legislativo.

El Código Civil chileno en su Art. 271 decía: que podía establecerse la naturalidad en virtud del reconocimiento libre y voluntario, expreso y auténtico del padre o madre de ambos; este art. a su vez había sido tomado del Código Civil francés, aunque con algunas modificaciones pues el reconocimiento auténtico y expreso se exigía en este solo respecto al padre.

En el año de 1875 la asamblea legislativa de Antioquia se apartó del contenido del art. 271 del Código Civil chileno, al disponer que la calidad de hijo natural se presume respecto de la madre aunque ésta no lo haya reconocido por testamento o escritura pública.

En los antiguos estados soberanos se había adoptado el art. 271 del Código chileno pero luego la ley 57 de 1887 Art. 7o. inciso 2o. estableció el principio contenido en la ley antioqueña; pero más tarde mediante la ley 133 de 1887, art. 55 el legislador adoptó nuevamente el sistema chileno, para ser luego reformado por la ley 95 de 1890 Art. 7o. volviendo a lo dicho en la norma antioqueña y en la 57 de 1887, conservándose este principio

hasta el año de 1836 através de la ley 45; en que además del reconocimiento expreso y auténtico del padre y de la presunción de hijo natural respecto a la madre, se puede adquirir la condición de natural por la declaración judicial en un sistema más amplio, que abolió las diferentes clases de hijos ilegítimos para darle a todos los nacidos extramatrimonialmente la denominación de naturales.

La filiación natural en la legislación comparada

Al igual que la legislación colombiana las otras legislaciones del mundo han evolucionado dejando atrás prejuicios sociales existiendo una firme tendencia a conseguir la igualdad entre los hijos legítimos y naturales adoptivos simples y plenos.

La legislación mexicana que es considerada la mas avanzada de latinoamérica, como se desprende del espíritu de su constitución y del Código Civil vigente que es del año de 1932, y establece lo siguiente: "los descendientes legítimos o naturales se denominan simplemente hijos o parientes; y heredan sin distinción alguna. En cuanto a concurrencia en la sucesión dispone: cuando concurren los hijos con los ascendientes, éstos llevan solo el derecho a alimento que no exceda en su cuantía a la porción de un hijo, en cuanto a concurrencia con el conyuge, éste recoge la cuarta correspondiente a un hijo; si carece de bienes o los que tienen no son suficientes para su congrua subsistencia al tiempo de morir al causante; y en la concurrencia de los hijos solamente se reparte entre ellos por partes iguales.

La legislación alemana en el art. 121 de la carta magna dice: "La legislación debe asegurar a los niños naturales para su desarrollo físico, intelectual y social las mismas condiciones

que a los hijos legítimos."

El art. 1705 del Código Civil alemán en lo que hace relación a los derechos de los hijos respecto a la madre dice: - "el hijo natural en sus relaciones con la madre y lo ascendientes de ésta tendrá la posición jurídica del hijo legítimo!"

En cuanto al padre la legislación alemana no es tan avanzada puesto que solo contempla que el hijo natural tiene derecho de exigir alimentos hasta la edad de 16 años.

La legislación francesa habiendo sufrido modificaciones pasó a tener otra consideración de los hijos ilegítimos dicea Collin y Capitant en su obra de derecho civil la condición legal del hijo natural en el derecho francés antiguo era la de un culpable o víctima, llegando al punto de que era el rey quien heredaba los bienes que dejara al morir, en virtud del derecho de bastardía, y además privándolo de su derecho herencial, al no poder suceder a sus padres.

Después de la revolución francesa el hijo natural adquirió la igualdad frente al nacido en el matrimonio, pero fue abolida mas tarde. En el Código Civil de 1804 se cambió la denominación de bastardo por la de natural para los hijos habidos fuera del -

matrimonio, y aunque este no continuaba en la persona del difunto, como sucesoras y regulares tenían participación inferior a la del legítimo.

En el año de 1896 se reconoció al hijo natural la calidad de heredero, admitiendo que continuaba la persona del extinto, dándole la calidad de sucesor natural, refiriendo los principios antes mencionados, pudiendo concurrir con el hijo legítimo en la mitad de la cuota que le correspondía a éste, la cual es un tercio de la que había sido reconocida por el código de 1904 concurriendo con ascendientes o hermanos del decuyus; recibía las $\frac{2}{3}$ partes de la herencia y a falta de ésta recibía la universalidad del patrimonio, teniendo su descendencia legítima el derecho de representación.

En el año de 1912 se expidió la ley 16 que reconoció la investigación de la paternidad en cinco casos, modificando así el art. 340 del código de 1904, que la había prohibido, pero creólos que siguieron con la restricción puesto que los casos estaban señalados taxativamente así lo. en caso de rapto o violación, cuando el hecho coincide con la concepción, basándose en la presunción de derecho que consagra el art. 312 del código francés en armonía con el art. 92 de nuestro código.

2o. En caso de seducción siempre que se empleen para ello las maniobras engañosas o indebidas como promesa formal de matrimonio o sponsales o el abuso de autoridad, se exige por lo menos un principio de prueba escrita. 3o. En caso de confesión escrita acerca de la paternidad, se requiere para esto que no fuera equívoco, se requiere la misma paternidad y que emane de la misma persona contra la que se abusa. 4o. En caso de concubinato notorio, que las relaciones sexuales sean continuas, notorias, frecuentes y regulares. 5o. En el caso que el presunto padre haya contribuido en calidad de tal al sostenimiento y educación del niño.

En Bélgica en el año de 1908 se dictó una Ley que protege a los hijos naturales en casi todos los aspectos.

La legislación italiana también ha avanzado pero impide al hijo natural la posesión de la herencia. Tiene el hijo natural derecho a la mitad de uno legítimo, parte que puede ser pagada con bienes justipreciados o en dinero.

Cuando el hijo natural concurre con personas diferentes a los legítimos tomas las 2/3 partes de la herencia como cuando concurre con los ascendientes legítimos; e igualmente al concurrir con el conyuge sobreviviente o falta de éstos hereda la universal.

lidad de bienes.

La legislación española de 1870, sufrió un retroceso - comparada con los sistemas escogidos por las leyes de Toro.

Pero la nueva constitución española ha establecido la equidad a través del siguiente principio "los padres están obligados en relación con sus hijos a alimentarlos, a educarlos, - prestarle asistencia. El estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Los padres tienen con los hijos habido fuera del matrimonio los mismos deberes que los que tiene con los que haya en él. No podrá calificarse legitimidad ni ilegitimidad de los nacimientos, ni mencionarse el estado civil de los padres en las actas de inscripción ni de filiación.

Nueva tendencia del Derecho comparado sobre derechos de los hijos naturales.

En casi todos los países europeos y parte de los latinoamericanos hay una ferviente intención de igualar a los hijos legítimos y extramatrimoniales en cuanto a derecho y obligaciones con la familia.

Así tenemos que la ley alemana del 19 de Agosto de 1969, sobre la condición jurídica del hijo extramatrimonial se impuso no solamente como un ideal de justicia sino también en razón del carácter imperativo y del valor positivo de los derechos fundamentales dictados por la Constitución de Bonn. Las reformas que se hicieron en Inglaterra en el año de 1969 (Family law reform, Act. 1969 M. Peret). En los países bajos el Código Civil Neerlandés de 1969, que entró en vigencia de 1970, en Italia a través de la ley 19 de mayo de 1957; todas las legislaciones de los países socialistas; en Francia la ley 723 del 3 de enero de 1973, otorgó igualdad de derechos herenciales a los hijos extramatrimoniales ilegítimos, reformando así el art. 757 del Código Civil francés.

En Latinoamérica tenemos. En Ecuador, la constitución vigente es la del año de 1945, pues la de 1967 fue derogada por

la dictadura de Velasco Ibarra en 1970, en su art. 142 consagra la igualdad entre hijos legítimos y naturales así: "los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos, en cuanto a crianza, educación y herencia". Esta cláusula también está consagrada en la Constitución de 1967 que dice: "los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, tienen los mismos derechos en cuanto a apellido, crianza, educación y herencia.

En el proyecto de reforma al Código Civil Mexicano, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos e ilegítimos; se procuró que unos y otros gozarán de los mismos derechos y se ampliarán los casos de investigación de paternidad, procurando así que dicha investigación no constituyera una fuente de escándalo y de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de investigar quien es su madre, y estableció en favor de los hijos de concubinato, la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina.

El código Civil y de Familia de Cuba al admitir el matrimonio por consentimiento también da igualdad de derechos entre las dos categorías de hijos a que nos hemos venido refiriendo.

En Colombia através del Proyecto de Ley No. 49 de 1978 se solicitó al Congreso igualar en derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

CAPITULO IV

DE LA FAMILIA NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL

Unión sin vínculo matrimonial.

Además de la familia legítima, cuya fuente única es el matrimonio, existe la natural que surge de la unión sin vínculo matrimonial, entre un hombre y una mujer que se portan entre los demás como esposos.

En estas uniones libres hay los mismos fines y obligaciones: procreación de hijos, sustentación de éstos, fidelidad de la mujer al hombre, obligación de proveer los gastos por parte de éste, etc. Esta unión se llama concubinato, y sus sujetos concubinos, los hijos habidos reciben el nombre de extramatrimoniales o ilegítimos.

El concubinato supone una unión estable, aunque ella no indica que los concubinos deban vivir en ese estado toda la vida, pero se exige la formación de un hogar, es decir la comunidad de habitación con el fin de dar cierta publicidad y notoriedad al concubinato y distinguirlo de la simple unión libre, que surge cuando el hombre y la mujer realizan comercio sexual sin comunidad de habitación, o en forma transitoria, no hay aquí concubinato, esto reviste importancia en cuanto a los hijos que nazcan de estas relaciones.

La existencia de estas uniones extralegales constituyen un hecho social que se ha observado en todos los países y en todas las épocas. De ahí que el legislador que quiera interpretar fielmente los datos que le suministra la realidad social debe reglamentar los efectos que produce, especialmente respecto a los hijos procreados.

52

Los romanos consideraron el concubinato como un matrimonio de orden inferior que merecía el respeto de todos. La mujer no tenía la calidad de uxor ni compartía jurídicamente el rango y la posición social de la mujer casada.

Esta concepción del derecho romano cambió con el advenimiento del cristianismo, ya que para él es un hecho inmoral y censurable. El derecho canónico los consideró como la unión de hombre y mujeres solteras vale decir personas que libremente pueden casarse.

Esta tesis sostenida en forma absoluta por el cristianismo ha sufrido cambios y ha admitido que el concubinato no puede carecer de todo efecto jurídico, ya que equivaldría a sostener y respaldar la irresponsabilidad de los concubinos en detrimento de los hijos.

Actualmente se tiene el concepto de que concubinato es toda unión de un hombre y una mujer que implica comunión de vida, no importa el estado personal de quienes establecen esa comunión; y son concubinos el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar unidos por vínculo matrimonial. Según la anterior noción el concubinato tiene como elemento la unión de hecho entre un hombre y una mujer con fines sexuales

... aunque no puedan casarse entre sí.

De lo anterior se deduce que no tienen cabida las uniones que no tengan como finalidad la relación sexual o que esta no pueda realizarse. No pasaría lo mismo dentro del matrimonio, donde lo antes dicho sería motivo de anulación.

Como segundo elemento tenemos que el concubinato no requiere que los concubinos puedan casarse entre sí como lo supone el derecho canónico.

Y como tercero se requiere la unión duradera y la comunidad de habitación, es decir que los concubinos establezcan una residencia independiente de la de sus familiares pero también puede darse si en la casa de uno admiten al otro, No se exige que la unión sea notoria y pública, ni que el concubinato viva permanentemente con la concubina.

Diferencias entre familia legítima y natural.

A) En comparación con la familia legítima la ilegítima o de hecho tiene una situación similar, pero solo en cuanto a la descendencia; mientras que la ilegítima existe independientemente de que halla hijos o no, porque el vínculo entre los esposos es-

tá señalado y protegido por la ley.

B) Los concubinos permanecen en la situación legal de extraños sin poder alegar protección legal entre sí. Desde el punto de vista objetivo no hay norma que permita afirmar la existencia de un derecho o relación jurídica entre los concubinos.

Por el matrimonio surgen entre los cónyuges deberes - que están reglamentados por la ley, y su incumplimiento tiene - previstas sanciones. Entre los concubinos no existen estos deberes reglamentados; así tenemos que uno de ellos pueda abandonar al otro sin consecuencia de ninguna clase, pues así como se unen pueden separarse. Tampoco existe entre ellos obligación - legal de fidelidad; sin embargo moralmente deben guardársela.

C) No existe entre los concubinos un estatuto legal que regule la relación. Si hay descendencia surgen obligaciones para los concubinos como padres y para aquellos como hijos pero entre los concubinos no surge ningún tipo de relación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado claramente que los concubinos son absolutamente independientes ante el derecho; entre ellos no existe relación jurídica. Esa independencia implica por oposición a la dependencia -

que surge del matrimonio, que los concubinos no sufren restricción jurídica alguna en sus vidas y se consideren completamente extraños ante el derecho.

D) Respecto de las relaciones patrimoniales la Corte ha afirmado que entre ellos no existe algo que se parezca a la sociedad conyugal. El solo concubinato no da lugar a relaciones jurídicas; así como no hay obligaciones o deberes personales protegidos por la ley, tampoco, al producirse la ruptura de la situación, hay algo para liquidar entre ellos.

Deberes entre concubinos. Estos no están reglamentados por la ley, su fuente principal es la costumbre y la tradición. En consecuencia son obligaciones puramente naturales y una vez cumplidas no se le concede acción a los concubinos para reclamar su devolución, y si no cumplen no existe acción para exigir judicialmente su ejecución.

En general estas obligaciones son semejantes a las que existen entre conyuges, en primer término deben ayudarse y socorrerse mutuamente durante la existencia del concubinato, y además la mujer debe fidelidad al concubino, puesta que el concubinato supone un estado de hecho en virtud del cual un solo hombre vive con una sola mujer; esto tiene importancia para determinar

quien es el padre de los hijos.

SOCIEDADES DE HECHOS ENTRE CONCUBINOS.

En muchos casos y especialmente cuando el concubinato ha durado un tiempo considerable es posible que mediante el trabajo o la industria de los concubinos se forme un patrimonio, el cual, por tener su fuente en el concubinato y por haberse formado durante su existencia lógicamente se debe a la vida en común de los concubinos y el trabajo e industria de cada uno de ellos. Y esto porque entre concubinos suele formarse una sociedad de hecho muy semejante en el fondo a la sociedad que se constituye entre cónyuges. Así lo ha reconocido la jurisprudencia colombiana al decir que el estado de concubinato puede dar origen a una sociedad de hecho, sociedad que algún día será preciso liquidar y cuyo activo deberá repartirse entre los concubinos.

Naturaleza y elementos de las sociedades de hechos entre concubinos. Ha dicho la corte las sociedades de hecho son de dos clases: en primer lugar, las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que por falta de uno, de varios o de todos los requisitos que la ley exige para las sociedades de derecho no logran tener categoría de tales; en segundo lugar -

las que tienen su origen en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que afectan en común a esas personas y de las cuales se deduce un consentimiento implícito.

La segunda clase de sociedades de hechos según la Corte requieren: a) que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común y se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados tendientes a la consecución de beneficios. b) Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir que no se halla encontrado uno de ellos, con respecto al otro, en estado de dependencia proveniente de un contrato de trabajo o de otro contrato, por razón del cual uno de los colaboradores recibe salario o sueldo y está excluido de una participación activa en la dirección, control y supervigilancia del patrimonio.

Para la formación de una sociedad de hecho entre concubinos no es necesario el aporte de un capital en dinero.

Liquidación de la Sociedad de hecho entre concubinos.

Reconocida la existencia de una sociedad de hecho en cualquier momento puede procederse a su liquidación, por solicitud de cualquiera de los concubinos. Lo más corriente es que suceda a la

muerte de uno de ellos.

Para efectuar la liquidación, es necesario que se determine qué bienes forman parte del patrimonio. Generalmente estos son los adquiridos con posterioridad a su constitución, a título oneroso, esto es lo que el fruto del trabajo o industria de los concubinos ha producido. No forman parte de esta sociedad los bienes que alguno de los concubinos tenía antes de asociarse con el otro, ni tampoco los adquiridos a título gratuito (herencias, donaciones, etc.) Hasta aquí hay un cierto paralelismo entre las dos sociedades, pero este no es total. Ejemplo: si un concubino tiene negocios y bienes en Cartagena y el Carmén de Bolívar, y su relación de concubinato la estableció en el Carmén de Bolívar y la concubina se asoció a sus negocios allí, pero no a los de Cartagena. En este caso, la sociedad de hecho existe solo con respecto a los bienes de negocio del Carmén de Bolívar, ciudad donde la concubina tiene su domicilio, esta diferencia no puede establecerse cuando existe sociedad conyugal. Determinados los bienes de la sociedad de hecho se procede a dividirlos en dos partes iguales una para cada concubino.

Atendiendo al momento histórico y a los adelantos de la ciencia jurídica en otros países creo que es posible la coexistencia de sociedad conyugal y concubitaria en los siguientes casos:

que el concubinario no tenga sociedad conyugal con otra mujer; y que si la tenga.

En el caso de que el concubinario no tenga sociedad conyugal con otra mujer se pueden dar dos situaciones: 1.- Que el hombre nunca haya estado casado con otra mujer. 2.- Que habiendo estado casado, la sociedad conyugal se encuentra disuelta por muerte de la esposa, divorcio vincular o separación de bienes o de cuerpos.

En ambos casos no existe problema para reconocer la existencia de una sociedad patrimonial concubinaria, dándole derechos a la concubina sobre el 50% de las ganancias obtenidas dentro del concubinato; es decir no entrarían a formar parte de la sociedad los bienes adquiridos por el concubinario antes de crear al concubinato; ni los que dentro de este recibe por herencia, legado o donación.

También sería necesario considerar como parte del haber de la sociedad patrimonial concubinaria, para que haya verdadera igualdad jurídica entre el hombre y la mujer los bienes que ésta a título oneroso adquiriera dentro del concubinato.

En el caso de que exista sociedad conyugal del concubi

60

narle en la liquidación de la sociedad conyugal con su esposa.

Es necesario contemplar varias situaciones al respecto: a) Que se disuelva primero la sociedad conyugal y después la concubinataria; sin este caso la fórmula propuesta opera sin dificultad, porque en el proceso para liquidar la primera no se consideraría la existencia de la segunda, ni la concubina podría concurrir a él como parte; posteriormente al disolverse el concubinato, bastaría que cualquiera de los concubinos solicitara la disolución y liquidación de la concubinataria. b) Que sobrevenga primero la muerte del concubinario, caso en el cual se haría en el proceso de sucesión de este, tanto la liquidación de la sociedad conyugal, como la concubinataria, primero aquella y luego esta. c) Que al disolverse el concubinato en vida de los concubinos subsista una o dos sociedades conyugales con terceras personas, caso en que sería necesario consagrar que una vez decretada la existencia y disolución de la sociedad concubinataria, por demanda de cualquiera de los concubinos, en la misma sentencia se decreta la disolución de las sociedades conyugales, para lo cual sería necesario citar al proceso, en la demanda, al conyuge del demandado y al del demandante si lo tuviere.

CAPITULO V

DE LA FILIACION NATURAL O EXTRAMATEMONIAL

62

Consideraciones generales: Según Marcal Planiol filia-
ción "es la línea de descendencia que existe entre dos perso-
nas donde una es el padre o la madre del otro".

De donde podemos asegurar que filiación natural es el
vínculo que une al hijo aqual, producto de relaciones extramatrimo-
niales.

Nuestro código Civil no define la filiación natural, pe-
ro establece de acuerdo al Art. 113 que, el matrimonio es la fi-
gura legal por excelencia, y los hijos concebidos bajo la exis-
tencia de él, pero cuyos padres lo contrajer posteriormente ten-
drán el carácter de legítimo. Por el contrario aquellos conce-
bidos por padres que no pueden contraer matrimonio entre sí, o
bien pudiéndolo contraer, nunca lo llevan a cabo, tendrán el ca-
rácter de hijos naturales. Estos serán entonces producto de las
relaciones extramatrimoniales y por ello su situación jurídica a
través de la historia, en la mayoría de las legislaciones del mun-
do ha sido diferente a la de los hijos legítimos, diferencia que
se acentúa más en cuanto a los derechos herenciales, así tenemos
que el hijo natural concurre a heredar en forma desventajosa
respecto al legítimo. Diferencia que afortunadamente ha desapare-
cido en casi todos los países civilizados, y espero que en nues-
tro País, donde no encuentro razones que justifiquen tal diferen-
cia desaparezca también.

63

Sin duda alguna los problemas jurídicos que por la diferencia señalada han planteado los hijos naturales son muy difíciles de resolver, y por ello los legisladores modernos han encontrado tropiezos en su legislación.

Ha querido el orden jurídico en armonía con los postulados de la moral que el hombre satisfaga sus relaciones de índole sexual en forma ordenada, es decir dentro del matrimonio.

Pero esta pauta no la han seguido todos los hombres, puesto que hubiese desaparecido el concubinato, y todos los hijos serían legítimos; como los hechos se imponen a los ideales el lado de los hijos legítimos han existido siempre los naturales. De ahí que el hijo nacido de concubinato y de simple unión libre se encuentre ubicado en un estado de hecho enfrentado con el nacido dentro del matrimonio que pertenece a un estado de derecho. Luego cabría ser la siguiente pregunta: podría la legislación negar efectos jurídicos a un estado de hecho, para proteger los estados de derecho, o debería tener en cuenta uno y otros?

En líneas generales se han distinguido tres tendencias al respecto. Según la primera el estado sólo debe reconocer efectos jurídicos a los estados de derecho y a los estados de hecho, formados al margen de la ley, se les debe negar todo efecto.

La segunda sostiene que el hijo natural debe ser igual al legítimo ante el legislador, equivale esto a decir que el estado de hecho, debe tener la misma significación jurídica que estado de derecho.

La tercera doctrina es mixta sostiene que el hijo natural debe gozar de la protección de la ley pero nunca debe llegar a igualarse con el legítimo.

La primera tendencia estuvo vigente en el País hasta el año de 1936, pues antes de la expedición de la ley 45 con el fin de proteger al matrimonio y al hijo, legítimo, no se le concedió efecto jurídico al hijo natural. De ahí que éste no pudiera heredar a sus padres en concurrencia con los legítimos, ni investigar la paternidad natural, ni pedir judicialmente alimentos y si lo hacía era en casos excepcionales.

La ley 45/36 reglamentó lo referente a la filiación natural, con un criterio diferente. Así fué como el legislador del 36 juzgó conveniente y lógico no negar efectos jurídicos a la condición de hijo natural, basado en lo siguientes: 1.- porque con la tesis contraria, no se le da protección al matrimonio, como lo demostraban las estadísticas de antaño que arrojaban un resultado de 69% de hijos legítimos enfrente al 31% de naturales;

2.- Porque tampoco se consiguió la protección de la nacionalidad, pues se aumenta el peligro de que muchas personas fracasen como ciudadanos aptos y honorables; 3.- porque no hay razón para sancionar por faltas cometidas por sus padres a los hijos naturales, atendiendo al principio de que los delitos y faltas son estrictamente personales, vigentes en esa categoría en nuestro Estado.

No obstante las ventajas ofrecidas al hijo natural a través de la ley citada, ella se quedó corta en la solución del problema puesto que no igualó a los hijos naturales y legítimos en cuanto a la herencia y solo les dio el derecho de reclamar la mitad de los legítimos en la sucesión del padre común.

Los sostenedores de la tesis de la igualdad de los hijos naturales y legítimos, a los cuales no uso, no hacemos distinción entre las fuentes de donde provienen unos y otros hijos. De tal manera que matrimonio y concubinato en lugar de oponerse se complementan, pues actuarían en un plano de igualdad en cuanto a sus efectos jurídicos.

En América Latina se ha visto mucho progreso al respecto, así tenemos que Cuba y Guatemala han elevado a matrimonio las uniones libres, que reúnen ciertas condiciones de sim-

66

gularidad y estabilidad, las que podrán obtener dicho reconocimiento ante juez competente. Es el llamado matrimonio por comportamiento o equiparación que ha empezado en estos países a borrar las diferencias que existían entre matrimonio y concubinato.

También se han pronunciado por la igualdad, tratadistas como Melendro, quien propuso elevar a precepto constitucional lo siguiente: a) todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos; b) ni en las actas de inscripción, ni en documento alguno podrán consignarse declaraciones relativas a la naturaleza del nacimiento o al estado civil de los padres.

En el mismo sentido Jiménez de Asua ha dicho: "libertad de amor y de derecho a morir." De las anteriores consideraciones en que se sostiene la igualdad entre el concubinato y el matrimonio podemos deducir que es grande el entusiasmo entre los juristas de América por lograr una justa reivindicación entre las dos categorías de hijos, que acabaría con viejas diferencias y resentimientos entre la familia natural y la legítima.

Hijos que pueden ser reconocidos

Hijos dados a luz por mujer soltera o viuda..

Nuestra legislación ha evolucionado al respecto así según el Código Civil, que sostenía en su art. 31E "los hijos nacidos fuera de matrimonio, podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad de hijos naturales respecto del padre o madre que los haya reconocido". Pero el Art. 52 de la misma obra decía que hijo natural es el habido fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción; al lado de estos colocaba a los de delado posible ayuntamiento. De este modo existía contradicción entre los artículos 31E y 52 del Código Civil.

Para eliminar tal contradicción se dictó el art. 7o. de la ley 57 del 67, que hacía prevalecer el art. 52 del Código, y a cuya vigencia se refiere la segunda etapa del proceso evolutivo. Además del art. 14 de la ley 153/67 también hacía referencia a la misma noción de hijos naturales.

De acuerdo con los conceptos imperantes en esta segunda época, eran hijos naturales los habidos fuera del matrimonio, de personas que podían casarse entre sí libremente y no eran naturales los habidos fuera del matrimonio de personas que no podían casarse entre sí libremente en el momento de la concepción. Estos eran los llamados por la ley los hijos de delado y posible ayuntamiento y dentro de éstos se distinguían

los adultarinos y los incestuosos.

De tal manera que solo los hijos habidos fuera de matrimonio por personas á quienes libremente les era posible casarse entre sí, podían ser reconocidos por sus padres y adquirir la calidad de hijos naturales, mientras que los de dafado y puñill e ayuntamiento no podían ser reconocidos. En consecuencia no podían adquirir por sucesión bienes de su pretendido padre o madre.

El anterior sistema fué derogado por la ley 45/36 que en su art. 10. dice: "el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo á lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento".

Es claro que la ley 45/36 solo admitió dos categorías de hijo legítimos y extramatrimoniales.

Desde el punto de vista práctico hoy dos clases de hijos naturales: a) los reconocidos como tales por su padre y madre; b) los no reconocidos por su padre.

69

Lo anterior, porque no obstante decir el art. 10. de la ley 45/35 que hijo natural es el "reconocido y declarado como tal". Y saber nosotros que desde el punto de vista biológico, todo niño tiene padre, pero algunas veces no se sabe quien es.

Todo hijo natural necesita ser reconocido por el padre; en relación con la madre el acto de nacimiento implica su reconocimiento.

De acuerdo con la parte final del art. 10. de la ley 45/35 la calidad de hijo natural se tendrá "respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento". De tal manera que los hijos provistos de acta de nacimiento no necesitan reconocimiento voluntario de su madre.

En esto concuerda el sistema colombiano con el francés a partir de la ley 72-3 del 3 de enero/72. En efecto: El art. 337 del código civil dice que "el acta de nacimiento en la que se indique el nombre de la madre vale como reconocimiento de la maternidad cuando se encuentra confirmado por la posesión de estado".

70

En ningún caso el acta de nacimiento sirve para probar quien es el padre, aunque su nombre haya sido recogido en ella. Aquí hay una diferencia entre la prueba de la paternidad legítima y la natural. El hijo legítimo prueba su paternidad con el acta de nacimiento y la de matrimonio de su madre; la paternidad resulta de la aplicación de la presunción del art. 214 C.C. Se presume que los hijos dados a luz por mujer casada tienen por padre al marido. En cambio el natural prueba su paternidad por reconocimiento expreso del padre y mediante sentencia judicial.

De la presunción de paternidad del hijo de mujer casada se desprendiendo el hecho que la ley 45/36 diga el hijo de mujer casada no puede ser reconocido como natural y prohíbe además pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada salvo los casos señalados por el art. 3o. de la ley 75/68.

Primera excepción. Cuando el hijo fué concebido durante el divorcio o la separación legal de los conyugales a menos de probarse que el marido por actos positivos lo reconoció como suyo, que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los conyugales.

Segunda excepción. Cuando el marido desconoce al hijo, la mujer acepta el desconocimiento y el juez lo aprueba con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz o de su representante legal si es incapaz y además del defensor de menores si fuere menor.

Tercera excepción. Cuando ha sido destruida la presunción de paternidad legítima por sentencia judicial.

Apreciación crítica del sistema expuesto.

Lo expuesto hasta aquí para determinar quiénes son hijos naturales obedece a una exigencia de la realidad social en nuestro país. Apoyada en que todo hijo es producto de la obra de un hombre y de una mujer, y que todo hijo de la misma madre que es sujeto de derechos y goza de los atributos a la personalidad, tiene como consecuencia el elementalísimo derecho de tener un padre y una madre frente al orden jurídico en que le tocó nacer.

En este sentido la ley 45/35 ha realizado una labor purificadora del antiguo sistema; y acabó en parte con una serie de conceptos fallos, o, de fundamento ficticio, que daba como resultado la total irresponsabilidad de los padres ante los hijos que procreaba, el aumento de los aptos moral y orgánicamente pa

ra vivir en sociedad y la crisis del matrimonio. Los padres -
preferían el sistema del concubinato porque este los despojaba
de toda responsabilidad en cuanto a obligaciones con los hijos,
y satisfacía una necesidad biológica como la sexual.

Según el art. 2o. de la ley 75/63 "el reconocimiento
de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento.

Mediante alguna de las formas establecidas por la ley
con excepción al acta de nacimiento. Claro que este reconoci-
miento es condicional y no tiene validez si el concebido no na-
ce con vida, y caduca si no se realiza el nacimiento.

Formas que debe revestir el reconocimiento.

1) Acta de nacimiento: el padre puede al sentarse el
acta de nacimiento reconocer al inscrito como su hijo, firmando
lo. 2) Escritura pública: es posible que se otorgue escritura
pública con el fin de reconocer a uno o varios hijos. 3) Testa-
mento: es la más usual de las formas de reconocimiento de hijos
naturales y al respecto debe recordarse lo dicho anteriormente
esto es, que la nulidad, la revocabilidad o la caducidad del tes-
tamento no inciden en el reconocimiento. 4) Por manifestación
espontánea, directa y expresa ante un juez. El juez deberá le-

ventar un acta y constancia escrita del reconocimiento (puede hacerse ante cualquier juez) basta que tenga jurisdicción y mando conforme a la noción de juez. 5) El art. 2o. de la ley 45/36, en la redacción de la ley 75/68 contempló como nuevo modo de reconocimiento la citación que se hace al padre ante el juez para que declare si cree hacerlo. Dico así "el hijo, sus parientes hasta el 4o. grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre, sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere pudiendo hacerlo, y se hubiere repetido una vez la citación, expresándose el objeto se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación. La declaración judicial será revisable en los términos del art. 18 de la present e Ley".

La revisión podrán intentarla los herederos del padre y el conyuge dentro del mismo plazo cuando el padre fallece antes de vencerse el citado plazo de dos años (Ley 75/68, art. 18):

En consecuencia la declaración judicial de paternidad natural, deducida de una confesión tácita, únicamente queda en firme al cabo de dos años.

Efectos del reconocimiento para el reconocedor y el reconocido. Hecho el reconocimiento por alguna de las formas en las expuestas se producen todos los efectos que indica la ley para el hijo reconocido. Pero respecto al padre que reconoce, solo se producen si el reconocimiento es notificado, y es aceptado por el hijo, y si este es menor al media decreto judicial que lo aprueba.

El art. 4o. de la ley 75/68 dice al respecto: "el reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el título II del libro 1o. del C.C., para la legitimación" vale decir, según los artículos 240, 241, 242, 243 y 244.

El reconocimiento de los hijos naturales resulta: 1o. si se reconocen hijos naturales mayores de 18 años pueden aceptar o repudiar el reconocimiento libremente, y pueden aceptarlo en el mismo instrumento que contiene el reconocimiento. 2o. si se reconocen incapaces, debe hacerse la notificación a su representante legal, o en su defecto a un curador especial, además debe mediar decreto judicial con conocimiento de causa. 3o. Según el art. 243 del C.C. "La persona que acepte o repudie, deberá deklararlo por instrumento público dentro de los 90 días subsiguientes a la notificación; transcurrido este plazo se entenderá que -

75

acepta a menos de probarse que estuvo imposibilitado de hacer la declaración en tiempo hábil".

En general en nuestro país la doctrina y la práctica judicial tienen entendido que el reconocimiento realizado en el acta de nacimiento, produce de plano todos sus efectos, tanto en relación con el reconocido como con el reconocedor. Por otra parte debe tenerse en cuenta que la legitimación de un hijo requiere la notificación y aceptación del legitimado únicamente en los casos en que aquella no se produce ipso jure, o sea cuando los padres no habían reconocido como su hijo natural al que habían tenido antes de su matrimonio (art. 239 C.C.) Por lo tanto, hijos naturales reconocidos en el acta del nacimiento quedan legitimados ipso jure por el solo hecho del matrimonio de sus padres, sin necesidad de notificación, aceptación y decreto judicial. Luego creo lógico que se entienda por analogía la misma regla a los hijos naturales reconocidos directamente por el padre en el Acta de nacimiento, pues el padre que reconoce al hijo a los pocos días de nacido lo hace para cumplir obligaciones con él.

Es repugnante el reconocimiento de un mayor de edad, si este en razón de su trabajo o industria, ha formado un capital y el reconocimiento persigue claramente beneficios para el reconocido, (pensión alimenticia, derechos hereditarios futuros).

76

Impugnación del reconocimiento de hijos naturales. El art. 5o. de la ley 75/68 y el 9o. de la ley 45/36, contemplan las causales de impugnación.

El art. 5o. establece que "el reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los arts. 248 y 335 del C.C."

1o. En relación con el padre que reconoce, deberá probarse que no ha podido ser padre (art. 248 C.C. ord. 1o.) Por lo tanto, ha de acreditarse la absoluta imposibilidad de tener acceso a la mujer durante el tiempo que se presume la concepción.

Pueden hacer la impugnación del reconocimiento de la paternidad natural, los que prueban tener un interés actual en ello y los ascendientes legítimos del padre que reconocen: éstos en 60 días, contados desde que tuvieron noticias del reconocimiento; aquellos en los 300 días subsiguientes, a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho (art. 248 y ley 75/68 art. 5o.).

2o. Respecto de la madre pueden impugnarse la maternidad prohibiendo el falso parto, o suplantación del pretendi

do hijo verdadero (C.C. arts. 248 ordinal 2o. y 335, ley 75/68 art. 5o.)

Tienen derecho a impugnar la maternidad: a) al marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta; b) los verdaderos padres y madres del hijo para conferirle a él o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya; c) la verdadera madre para exigir alimentos al hijo (C.C. art. 335).

El art. 9o. de la ley 45/36 contempla un caso interesante de impugnación del reconocimiento que de un hijo natural hace su padre. Dice el texto, "La mujer que ha cuidado de la crianza de un niño, que públicamente ha proveído a su subsistencia y lo ha presentado como hijo suyo, puede impugnar el reconocimiento que un hombre ha hecho de ese niño, dentro de los 60 días siguientes al en que tuvo conocimiento de este hecho. En tal caso no se puede separar del lado de la mujer sin su consentimiento o sin que preceda orden judicial de entrega". El art. citado se refiere ante todo a la verdadera madre. Es ella quien tiene el derecho a rechazar o repudiar el reconocimiento que un hombre haga de su hijo sin necesidad de aprobar la prueba de que el reconocedor no es el padre.

88

Investigación judicial de la filiación natural, especialmente de la paternidad.

Cuando falta la determinación de la maternidad natural por el Acta de nacimiento o por reconocimiento voluntario del padre, por alguno de los medios acabados de exponer, podrá recurrirse a la justicia para que mediante sentencia establezca quien es el padre o la madre.

Reglas

Casi todos los hijos prueban su maternidad por el acta de nacimiento. Si esta falta, puede hacerse la inscripción con fundamento en instrumentos públicos o copia de partidas de origen eclesástico, (art. 105 del Decreto 1260/70). Si falta y no existieren instrumentos públicos o partidas eclesiásticas para su reconstrucción, será necesario una acción de investigación de la maternidad, la que se hará con base en: a) declaraciones de testigos presenciales del nacimiento; b) en la Notaría poseída del estado de hijos (inciso 3o. del decreto 2159/70, art. 105 del decreto 1260/70).

También habrá lugar a una acción judicial de investigación de maternidad cuando el hijo haya sido inscrito en el acta de nacimiento como nacido de mujer diferente de la que realmente

lo dió a luz; o cuando no fué inscrito y fué criado y educado por otra mujer, que lo presente como hijo. 2o. En lo referente a la paternidad natural, ésta solo se establece por el reconocimiento voluntario del padre sino es reconocido, el hijo tiene derecho a investigar su paternidad (esto con la expedición de la ley 45/36. 3o. Hay lugar a declarar la paternidad natural en los siguientes casos: a) cuando ha habido rapto o violencia sobre la mujer que después fué madre. b) cuando ha habido seducción; c) cuando existe carta u otro escrito que equivalga a confesión de paternidad; d) cuando han existido relaciones sexuales notorias entre la madre y el presunto padre en la época en que se presume la concepción; e) por el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y el parto; f) por la posesión notoria del estado de hijo (ley 45/36, art. 4o. ley - 75/66). Todos los anteriores casos deben ser probados por los medios que la ley señala como idóneos para presumir la paternidad.

Ejercicio de la acción de investigación de paternidad. En relación con esta tema es necesario considerar quien la puede ejercer; b) contra quien pueda ejercerse; c) mediante qué procedimiento.

Los titulares de la acción de investigación son: los hijos plenamente capaces, los menores a través de su representante legal. El art. 12 de la ley 45/36 otorga acción "a la persona o en-

tióad que haya cuidado de la crianza o educación del menor o el ministerio público". Y además los defensores de menores según el art. 13 de la ley 75/68.

Todos los hijos naturales tienen derecho a investigar judicialmente la paternidad natural, tanto los nacidos antes de la ley 45/36 como los que nacieron dentro de su vigencia.

Fallecido el hijo la acción pueden ejercerla sus descendientes legítimos y sus ascendientes (art. 7o. ley 45/36).

La acción se ejerce contra el padre natural si vive - C.C. art. 403 párrafo 2o. Si el padre está muerto podrá dirigirse contra sus herederos (ley 45/36, art. 7o. ley 75/68).

Acercas del procedimiento de la investigación de la paternidad natural, esta se hace ante los jueces de menores o ante los civiles mediante un juicio ordinario.

Los menores de 16 años que la ejercen en vida de su padre deben hacerlo ante los jueces de menores (Ley 83/46, art. 11 de la ley 75/68).

Los artículos 14, 15 y 16 de la ley 75/68 indican el procedimiento que debe aplicarse para declarar o denegar la paternidad natural; al igual que cuando se trata de investigar la maternidad natural.

Deberán ejercerse ante los jueces civiles y mediante juicio ordinario en los siguientes casos: a) si el hijo es mayor de 16 años; b) si es menor de 16 pero la ejerce frente a herederos de su padre por haber muerto; c) en todo caso en que el juez de menores denegó la paternidad, el hijo debe ejercer la acción de investigación de paternidad natural ante los jueces civiles, dentro de los cinco años siguientes (ley 83/43 art. 86, arts. 11 y 18 de la ley 75/68).

En relación con el último punto, debe tenerse en cuenta que la sentencia del Juez de Menores surte todos sus efectos mientras no sea afirmada en el juicio de revisión ante la justicia ordinaria (art. 17 y 18 ley 75/68). Por consiguiente si la sentencia del Juez de Menores decreta la paternidad natural: 1o. el padre podrá ser condenado a pagar alimentos al hijo, dicha providencia recibirá ejecución inmediata. 2o. Si quiere el padre el hijo podrá hacerse declarar heredero y participará en la participación, aunque se encuentra pendiente el juicio de revisión ante Juez Civil competente.

Efectos de la filiación natural. Los arts. 15 y siguientes de la ley 45/36 señalan los efectos principales de la filiación natural, que se concretan en un conjunto de derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos naturales que de igual manera que en la filiación legítima se relacionan con la representación - que sobre el hijo natural tienen los padres naturales, por la incapacidad en que se ha colocado al hijo y por otro lado con una serie de obligaciones de estricto orden personal. En síntesis se trata de la patria potestad y de la obligación de cuidado.

Potestad parental sobre los hijos naturales. El art. 62 del C.C. (redacción del decreto 2520/74) y el 15 de la ley 45/36, (redacción del art. 21 de la ley 75/68) extendieron potestad parental (patria potestad) a los hijos naturales, dejando de ser esta institución privilegio de la familia legítima.

La potestad parental según el art. 62 del C.C. (redacción del decreto 2520/74) otorgó la potestad a los padres quienes la ejercen conjuntamente. Agrega el art. que cuando se trata de hijos extramatrimoniales "podrá el juez con conocimiento de causa, y a petición de parte conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres o poner bajo guarda al hijo si lo considera conveniente."

Obligación de cuidado y derecho de heredar.

Según el art. 21 de la ley 75/68 las reglas de los arts (259 a 263 del C.C.) se aplican a los hijos naturales.

Conforme al texto legal, los padres naturales tienen el cuidado personal de sus hijos; deben criarlos, educarlos y establecerlos en las mismas condiciones que dicha obligación recae sobre los padres legítimos. Los abuelos legítimos o naturales no están exonerados de esta obligación.

También tienen los padres naturales sobre sus hijos los mismos derechos de los padres legítimos sobre sus hijos. Los hijos naturales deben obediencia y respeto a sus padres y deben socorrerlos en todas las circunstancias de la vida; el incumplimiento acarrea el delito de abandono de familia.

El efecto más importante de la filiación consiste en que los hijos sean llamados a heredar a sus padres. No obstante las leyes de 1887 negaban al hijo natural ese derecho cuando concurrían con el hijo legítimo.

La ley 43 del 36 permite que hereden los naturales en concurrencia con los legítimos, pero su cuota será la mitad del

legítimo. A falta de legítimos el natural hereda en concurrencia con los padres del causante y su cuota será igual a la de uno de aquellos art. 19 ley 45/35. Si faltan los hijos legítimos y los padres, son llamados a repartirse la herencia de su padre o madre naturales art. 20 ley 45/35.

CAPITULO VI

DEL DERECHO DE SUCESION

86

Concepto de Herencia. Se llama herencia el conjunto de derechos patrimoniales que deja una persona al morir y que son objeto de transmisión o sucesión. La herencia es pues, un capital o, lo que es lo mismo un patrimonio.

También se emplea ese vocablo para indicar la clase de asignación que corresponde a los herederos; y así las asignaciones a título universal se denominan herencias (art. 1.011 C.C.); en cambio, las asignaciones a título singular se llaman legados.

En general forman parte de la herencia, todos los derechos patrimoniales que el causante tenía al momento de morir, y también los derechos en formación, los derivados de la posesión y los derechos potestativos. Sin embargo, existen algunos derechos, acciones o estados que dada su propia naturaleza, o por otras consideraciones, no se transmite a los herederos.

En primer lugar tenemos los derechos reales vitalicios, cuya existencia depende de la vida del causante, al morir éste se extinguen definitivamente. Esto sucede con el usufructuario, el uso o habitación, la renta vitalicia, las pensiones de alimento y demás derechos personalísimos.

Tampoco se transmiten los servicios personales. Ej. el

pintor que se obliga a hacer un cuadro, el abogado que se compromete a defender un pleito; si mueren antes de cumplir su obligación esta no pasa a los herederos.

Naturaleza del Derecho Hereditario: Es un negocio jurídico "mortis causa". Los bienes y derechos que constituya la masa global hereditaria deben ser patrimoniales, transmisibles y negociables.

Elementos de la Sucesión: 1o. el causante o decujus - que es la persona natural o legal que muere real o presuntivamente. 2o. El asignatario, que es la persona natural o jurídica que recibe todo o parte del patrimonio; si recibe la totalidad de los bienes o una alícuota aritmética se llama heredero. Si recibe un bien concreto, o varias cosas de un mismo género se denomina legatario, estos últimos se pueden crear por testamento; pero la ley solo puede crear herederos.

Fundamentos del Derecho Hereditario: Toda institución jurídica debe fundarse en hechos sociales, en costumbres y en ciertos principios filosóficos que le dan base lógica. Es así como el derecho hereditario descansa sobre los siguientes pilares. La propiedad privada, la familia, la autonomía de la voluntad y consideraciones de orden político-social.

87

10. La Propiedad Privada: El derecho hereditario o conjunto de normas jurídicas que autorizan y regulan la transmisión de los bienes por causa de muerte, tienen por fin principal la protección de la propiedad privada; sin la existencia de ella como derecho subjetivo absoluto y perpetuo, no se concibe la sucesión por causa de muerte. Puesto que ésta supone derechos destinados no solo a existir durante la vida de su titular, sino a continuar viviendo como derechos particulares, ó sea en cabeza de sujetos de derecho privado (personas físicas o jurídicas).

20. La familia: Toda persona proviene de una familia y generalmente ha formado una. La experiencia y la historia demuestran que las personas más vinculadas con otras son precisamente los miembros de la familia que ha formado. Hijos y en su defecto los de la familia de donde viene (padres y hermanos) En este orden la ley señala quienes van a recibir los bienes del que muere.

Todos los códigos civiles actuales, incluyendo la legislación soviética, reconocen el derecho hereditario y llaman a heredar siempre a los hijos y en defecto de ellos a sus padres. Las tentativas que se han hecho para derogar la familia como fundamento del derecho hereditario han fracasado debido a que es imposible derogar mediante leyes jurídicas, ciertas leyes biológicas y realidades tales como es que cada individuo, es un eslabón de la humanidad.

30. Autonomía de la Voluntad: Ha un tiempo se consideró que el único fundamento de la transmisión de bienes por causa de muerte era la autonomía que ella tenía para disponer de sus bienes. Las transmisiones así consideradas tienen como causa el testamento, es decir el imperio de la voluntad del que dispone. A falta de testamento la ley debía limitarse a interpretar la voluntad del muerto.

La ley en nuestro País ordena que el padre que tiene hijos debe distribuir entre ellos por lo menos las 3/4 partes de los bienes que integran su fortuna y el testador no puede apartarse de esa mandato pues su voluntad manifestada en el testamento queda sin efecto.

En resumen el imperio de la voluntad se admite en relación con las personas que al momento de morir no sean miembros de ninguna familia, es decir que no tengan hijos ni padres.

40. Fundamentos de Orden Político-Social: La transmisión de bienes por causa de muerte ha sido aprovechada por los estados modernos para incrementar los ingresos del fisco, y también para evitar la excesiva concentración de patrimonio en una sola persona, haciendo un reparto más justo entre diversas personas.

Seguendo esta idea de justicia social se llamó al I.C.B.F. a recibir los bienes de aquellos causantes que no dejen pariente dentro del 6o. grado de consanguinidad (hijos, padres, hermanos, primos hermanos), y que no dispusieron de sus bienes por testamento. (art. 66 ley 75/65) teniendo en cuenta que la familia moderna está formada por los hijos y los padres, y excepcionalmente por los hermanos, debería suprimirse la vocación hereditaria para los que están en tercer y cuarto grado de consanguinidad, y hasta limitar la vocación de los hermanos y ponerlos a heredar con el I.C.B.F.

Bases para la Distribución de los Bienes: El C.C. sigue las siguientes: 1o. Totalidad del patrimonio herencial; 2o. los sujetos de la herencia tienen siempre la calidad de herederos y en ningún caso la de legatarios; 3o. los asignatarios se hacen entre los miembros que forman la comunidad familiar con el causante, en su defecto se llama hoy día, al I.C.B.F.; 4o. la distribución de los bienes y selección de los asignatarios tiene por fundamento los órdenes hereditarios.

Los bienes herenciales son los que pertenecían al causante al momento de su muerte. Sin hacer distinción en cuanto a la naturaleza y origen de ello. Nuestro código introdujo innovaciones con relación a los usos tradicionalmente.

Art. 1038 "la ley no atiende al origen de los bienes para arreglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas".

Art. 1039 "En la sucesión intestada, no se atiende el sexo ni a la progentura"; 2o. los asignatarios en las sucesiones intestadas son siempre herederos y en ningún caso legatarios. - Cuando la ley dice que la herencia se reparte entre los hijos legítimos, está expresando que el patrimonio herencial se divide en tantas cuotas como herederos haya. Ej: si hay 4 hijos, cada uno recibe la cuarta parte de la herencia; esta cuota es una asignación a título universal; 3o. La familia es el principal fundamento de la sucesión por causa de muerte. Así la ley escoge a los herederos entre los parientes más cercanos del causante. La herencia del difunto corresponderá a los hijos (legítimos, naturales y adoptivos), o a los padres o a los hermanos o a los parientes consanguíneos en tercer y cuarto grado. También se da vocación hereditaria al conyuge sobreviviente. En lo anterior se ha establecido teniendo en cuenta que en la familia moderna la vinculación afectiva solo se da entre ascendientes y descendientes y en cuanto a colaterales va hasta los hermanos, tíos y primos hermanos. 4o. Según la ley 153 de 1887 Art. 85 tenía vocación hereditaria el último municipio que tuvo el causante como domicilio; a partir del 1o. de marzo de 1969, este orden le fué otorgado al -

I.C.B.F. (art. 66 ley 75/66).

Representación Hereditaria.

Noticia y Origen. El segundo párrafo del Art. 1041 del C.C. define la representación. "La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si éste o aquella no quisiese o no pudiese suceder".

La doctrina moderna ha criticado la anterior definición por considerarla, como una ficción cuyos orígenes se encuentran en el derecho romano.

El derecho moderno acepta que los nietos huérfanos heredan en concurrencia con los hijos: Estos, por derecho propio; aquellos por estirpe. Al aceptar tal regla la sanciona sin necesidad de ficciones, especialmente sin suponer que el hijo que realmente ha muerto no ha muerto y que los nietos tienen "al grado de parentesco" de su padre o de su madre.

De lo anterior podemos deducir que el legislador no necesita fingir, y que todo lo que ocurre con la representación se reduce a decir que la ley llama a heredar a determinados parientes

tes, y en su defecto a su estirpe (legítima). La ley no llama a heredar simplemente a los hijos legítimos o a los naturales; sino que hace un llamamiento mas bien a su estirpe, esto es, a la de cada hijo legítimo o natural y dentro de cada estirpe hereda en forma preferencial la cabaza o principal representante o sea el hijo; en su defecto hereda su estirpe vale decir, sus respectivos hijos legítimos y así sucesivamente.

La idea de la representación, en forma especial la de los hijos legítimos y naturales por sus respectivos hijos legítimos es muy antigua. Fue aceptada por los antiguos egipcios y reglamentada por el derecho talmúdico pero fué del derecho romano de donde pasó a los sistemas actuales.

Quiénes pueden ser representados: El primer caso de representación se da con la herencia que la ley ordena que recojan los hijos legítimos, quienes pueden ser representados por sus descendientes legítimos en forma indefinida. Si uno de los hijos legítimos del causante murió antes, o se hizo indigno, o fué desheredado o repudió, su estirpe o sean sus respectivos hijos pueden recoger tal herencia. Pero si a su vez tanto el hijo legítimo como sus nietos faltan, pueden los bisnietos heredar por formar parte de la estirpe.

El segundo caso de representación se da con las herencias que corresponden a los hijos naturales del causante. Aquí se ha hecho una discriminación, que hoy día resulta ilógica y es que solo los hijos legítimos del causante, tienen la representación.

El tercer caso es el de los hijos adoptivos (art. 224, en la nueva redacción de la Ley 5a./75).

El cuarto caso se da con la herencia que la corresponde recibir a los hermanos legítimos del causante. La herencia se asigna a los hermanos legítimos y a su stirpe, la cual debe estar formada por sus respectivos hijos legítimos (sobrinos legítimos del causante). No hay representación del hermano legítimo muerto antes que el causante, por los hijos naturales vivos en el momento de la muerte del causante (tío).

El quinto caso de representación es para las herencias que han de corresponder a los hermanos naturales del causante, quienes pueden ser representados por sus hijos legítimos, y en ningún caso por hijos naturales.

Quiénes pueden ser representantes: La ley establece la representación para la descendencia legítima del difunto; para la descendencia legítima de sus hermanos legítimos; para la descen-

dencia legitima de los hijos o hermanos naturales (art. 1043), y para la descendencia legitima de los adoptivos (art. 234 C.C.)

Por lo tanto, la cabeza principal de la estirpe puede ser un hijo legitimo o natural, un hermano legitimo o natural o un adoptivo; pero los demás miembros de la estirpe necesariamente han de ser hijos legitimos de hijos legitimos, naturales o adoptivos, hermanos legitimos o naturales. Debe reunir dos condiciones el representante: ser nieto o sobrino del causante y ser hijo legitimo de su respectivo padre o madre.

Como puede verse nuestro sistema de representacion es reprochable, dada la discriminacion que contempla en un momento en que otras legislaciones del mundo ya han llegado a la equidad sobre el punto. Asi tenemos que el hijo natural concurre con los hijos legitimos a recibir la herencia. Si uno de los hijos legitimos, adoptivos o naturales muere (o se hace indigno, o se pedia), su estirpe se perpetua en los respectivos hijos legitimos. Por que no en los hijos naturales? Y si el hijo muerto dej6 hijos legitimos y naturales, tenemos que segun el actual sistema solo los legitimos heredan los naturales no, lo cual sin embargo no llama fundamento y crea profundas divisiones entre los hijos de un mismo padre o madre.

96

La regla de que se pueda heredar por derecho propio y por representación no tiene alcance general, y será injusta hasta el momento en que se da al hijo natural ese mismo derecho.

ORDENES HEREDITARIOS.

El Código Civil en armonía con la ley 45/36 y la ley 5a./75, distingue seis ordenes hereditarios así:

El primero. Está constituido por los descendientes legítimos y los hijos adoptivos en forma plena, con quienes concurren los hijos naturales y los adoptivos simples.

El segundo orden está formado por los padres legítimos, si el causante era hijo legítimo, o por sus padres naturales o por los adoptantes si era adoptivo, con quienes concurren los hijos naturales y los adoptivos en forma simple.

El tercer orden está formado por los hijos naturales y los adoptados en forma simple.

El cuarto orden lo integran los hermanos (legítimos o naturales) y el cónyuge sobreviviente.

El quinto orden por los parientes consanguíneos colaterales en tercero y cuarto grado.

El sexto por el I.C.B.F.

Tanto las legislaciones antiguas como las modernas en forma reiterada, han preferido para recibir herencia a los hijos legítimos.

En cuanto a los naturales se han presentado diferentes situaciones y peligros según sea la época en que fué concebido, según sea el día en que muere el causante, según sea la época en que mueren los padres de los legítimos y según sean las disposiciones vigentes. Así tenemos que según el Art. 1045 del C.C. la herencia se daba a los hijos legítimos y si existían naturales a éstos se les daba una 5a. parte; las cuatro restantes eran para los legítimos. Este sistema tenía inconvenientes. En caso de un solo legítimo y varios naturales la cuota de estos últimos resultaba irrisoria ej. una herencia de \$100,000.00 para repartir entre un hijo legítimo y diez naturales quedaba así: al legítimo correspondían \$80,000.00 y a cada uno de los naturales \$2,000.00. Si tomamos el caso contrario vemos que el resultado era igualmente absurdo.

Posteriormente mediante la ley 57/67 se quiso corregir tal anomalía dividiendo la herencia en dos partes una para los legítimos y la otra para repartir por partes iguales entre legítimos y naturales. Ej. en una herencia de \$22.000.00, e existiendo un hijo legítimo y diez naturales correspondían \$12.000.00 al legítimo y \$1.000.00 a cada uno de las naturales.

La ley 153/67 en su art. 86 decía: "Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponde al marido o mujer sobreviviente". Esta sistema que eliminó totalmente a los naturales su derecho a concurrir con los legítimos en la repartición de los bienes, duró en Colombia hasta el año de 1936.

Sistema de la ley 45/36. Según su art. 15, la herencia se reparte entre hijos legítimos y naturales, pero la cuota del natural ha de ser la mitad de la del legítimo. Esta ley se aplicaba exclusivamente a las sucesiones que se abrieron desde su vigencia, es decir, no tenía carácter retroactivo. Pero la ley 75/68 hizo extensivo el derecho a todas los hijos naturales cualquiera que fuera la fecha de su nacimiento, pero solo respecto a las sucesiones abiertas a partir de 1936, aunque los herederos hubieran nacido antes del citado año, si su padre natural fallece dentro de la vigencia de la ley 75/68.

En cuanto a los hijos adoptivos la ley 5a./75 corrigió el sistema implantado por la ley 140/60 estableciendo la adopción plena y la simple. (Arts. 267 y ss. del C.C.) El adoptivo pleno es asimilado totalmente al hijo legítimo; el adoptivo simple hereda como hijo natural (art. 264 C.C.), en razón a que el art. 10 de la ley 5a./75 estatuyó que las adopciones decretadas antes de la vigencia de ella son simples, "salvo que el adoptante solicite la adopción plena".

Tercer Orden Hereditario: Hijos naturales y adoptivos simples. (art. 20 ley 45/35). Dice el art. 20 que no habiendo hijos legítimos ni padres legítimos o naturales (art. 22 ley 45/35), la herencia se divide entre los hijos naturales por partes iguales, pero concurre el cónyuge sobreviviente para recibir la mitad de la herencia. Con los hijos naturales concurren los adoptivos simples en igualdad de condiciones (C.C. art. 264, red. ley 5a./75.)

Fue un error establecer este orden hereditario debido a que los hijos naturales y los adoptivos simples son asignatarios forzosos, tanto de la mitad legítima como de la 4a. de mejoras, es decir de $3/4$ partes de la herencia.

Luego de ninguna manera puede dársele al conyuge sobreviviente la mitad sino una cuarta parte de ella, porque de lo contrario nos apartaríamos del espíritu de la ley 45/36 que quiso ser benévola con los hijos naturales. Hay tratadistas que interpretan en sentido contrario la intención del legislador, con los cuales me permito disentir en atención a lo atrás expresado.

Por todo lo anterior se puede concluir que el tercer orden sobra. Puesto que debió llamarse a heredar a los hijos naturales y a los adoptivos simples en el segundo orden, de tal manera que si solo existieran hijos naturales o adoptivos simples ellos recogiesen toda la herencia y si solo padres éstos lo hicieran.

Y en todos los casos en que el conyuge sobreviviente concurriese con los hijos naturales o adoptivos simples le correspondía únicamente la 4a. parte, pues de lo contrario se violarían las asignaciones forzosas, y sería repugnante que el legislador impusiera semejantes asignaciones para el caso en que el causante hiciera testamento, si muriera intestado se violarían por la ley las mencionadas asignaciones.

CAPITULO VII

IGUALDAD DEL HOMBRE ANTE LA LEY

Fundamento de la igualdad jurídica.

Para las ciencias jurídicas, el hombre constituye un punto de referencia importante puesto que alrededor de él gira y se desenvuelve la sociedad.

La justicia, materia y sustancia de toda relación de derecho, ha sido siempre motivo de estudio de sociólogos, filósofos, antropólogos, juristas, etc; tratando de encontrar la fórmula de expresión que sea capaz de significar por lo menos un principio de igualdad que concuerde con la naturaleza del hombre.

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 estrictamente biológico forma un género y una sola especie "Homo Sapiens".

En épocas ya superadas, existieron hombres sujetos de derecho (época de la esclavitud); hoy día tanto la doctrina jurídica como la legislación positiva consideran al hombre persona sujeta de derecho.

Los filósofos han llegado a las siguientes conclusiones acerca del hombre. Bocio lo define "la sustancia individual de

naturaleza racional".

Para Santo Tomás de Aquino el hombre es un "compuesto perfecto de dos sustancias incompletas, la materia prima que es el cuerpo y la forma sustancial que es el alma". De donde puede concluirse que los hombres desde cualquier punto que se los mire son iguales, biológica, jurídica y filosóficamente.

De dónde entonces la desigualdad?. Habría que considerar al hombre como sujeto de derecho y al hombre en sociedad. El en sus relaciones con otros, es decir, como miembro natural de todo núcleo social genera una norma de conducta que debe ser observada y reglamentada por el derecho, con el fin de poder garantizarle su goce.

Así toda conducta acorde o discordante con el sistema jurídico imperante corresponderá a una sanción o protección jurídica, por lo tanto hay que ser sujeto de la norma jurídica. Esta consideración, como sujeto de derecho corresponde a la concepción filosófica sobre su esencia racional.

Recuérdese que no a todos los seres humanos se les tuvo esa consideración, si nos remontamos a la época de la esclavitud encontramos, que el esclavo era un objeto, una cosa, sobre

la que se ejercía dominio, no tenía personalidad ni gozaba de consideración por parte de los demás.

Muchas personas se preocupaban entonces, por precisar el concepto de "personas", término que viene del griego que significa "máscara", careta que usaban los actores del teatro griego; con el paso del tiempo pasó a significar persona en el sentido jurídico que hoy tiene, porque equivale a un revestimiento, a la adquisición de algo que no se tenía. Así el individuo llegó a ser una persona en el sentido jurídico que hoy tiene, algo distinto a su naturaleza individual, el atributo de la personalidad dejaba de ser un privilegio. Dice Bonacase que "por el solo hecho de su existencia, el ser humano es una persona, un sujeto de derecho".

"La sociedad en sentido amplio es una unión moral y permanente de personas que persiguen un objetivo de interés común"; dice Hubner Gallo. Y agrega hay unidad moral puesto que debe existir un acuerdo de juicios y voluntades en orden a un mismo objetivo, y no una simple y justa posición de individuos. Es permanente porque debe prolongarse en el tiempo. El profesor Hubner dice además que la finalidad de toda sociedad es la de lograr el bien común para todos sus miembros.

Los hombres no se reúnen para saciar sus apetitos egoísta-

tas. Lo hacen en busca del bienestar general.

Así ubicado el hombre en sociedad, en la cual le toca estar por esencia, da origen a la norma jurídica necesaria para orientar, dirigir y reglamentar la vida en comunidad. Naciendo para cada uno de sus miembros, una serie de derechos y deberes de imperativo cumplimiento, para que no sean aislados como elementos dañinos y exista una pacífica convivencia social. Aparece para ello la restricción jurídica a la libertad individual.

La libertad desde hace mucho se ha visto restringida - por obra de los mismos hombres; por la esclavitud; otros por aspectos sociales, como el origen aristocrático y plebeyo, la capacidad económica y la raza. Las castas sociales, militares, religiosas, intelectuales, etc. rompieron la igualdad natural y señalaron el comienzo de una lucha permanente por volver al principio de justicia e igualdad para todos los seres humanos.

Ciertamente la capacidad de goce y de ejercicio de los derechos no se puede admitir siempre como iguales. Pero debemos tener en cuenta que la capacidad de goce es inherente a la naturaleza del hombre, porque sería imposible considerar la actitud de adquirir derechos como un atributo complementario separable de la naturaleza del ser racional. La de ejercicio sí puede estar como

tida a restricciones fundadas en la edad, el sexo y las incapacidades en general.

El hombre posee una serie de derechos que fluyen de su propia naturaleza y que contribuyen a su perfeccionamiento; - derecho a la vida, de libertad, de equidad, de propiedad, y yo agregaría de igualdad ante la ley. Sin los cuales la existencia de las personas no tendría razón de ser.

Los derechos antes señalados, que se vienen sosteniendo desde la revolución francesa, todos los hombres son iguales - ante la ley. Por lo tanto las normas que lo rigen no deben crear privilegios a favor de nadie. Las clases sociales existentes, no deben significar desigualdad ante la ley.

Alfredo Constatin dice: "todos los hombres son o deben ser iguales ante la ley". Esta tesis debe tomarse en toda su integridad conceptual puesto que el derecho no consiste en querer nivelar todas las cosas sino en igualar las libertades.

La igualdad de la ley debe ser ante todo la eliminación de todo privilegio, ya que ellos en la edad media y en la época de las monarquías constituyeron normas social y jurídica, sin resultado positivo para los hombres comunes de aquella época. An-

ta desigualdad humana, como hecho inminente en nuestra sociedad la ley debe otorgar igualdad de oportunidades a los diferentes grupos e individuos que conforma nuestra sociedad.

El ser racional, es el sujeto activo de todo derecho sobre el descansan las ordenaciones jurídicas, hasta el punto de que nada puede ser elevado a regla de derecho desconociendo la presencia del hombre. De tal manera que toda disposición legal que contravenga al ser como fundamento de ella debe ser inaplicable.

La esencia del hombre rechaza toda discriminación que se imponga por razón de sexo, raza, religión, condición social, etc. La igualdad en todos los estratos debe ser la meta buscada.

Si hay igualdad, como efecto encontramos paz social, política, religiosa y económica. Se puede lograr el fin de toda comunidad, vivir en armonía, sociado y bien común, como frutos permanentes de la concordia y entendimiento de los hombres.

Las anteriores consideraciones de carácter filosófico han servido de base para la evolución de las ciencias jurídicas, y han contribuido a que los legisladores de la mayoría de los países del mundo dicten leyes más humanitarias y acordes con la naturaleza humana.

Concretamente en la consideración de los hijos naturales y sus derechos en general ha habido tanto progreso que en la mayoría de los países europeos y latinoamericanos se ha logrado una equidad.

Colombia no se puede sustraer a los cambios registrados en otras latitudes, también ha evolucionado en la materia así:

Por la ley 45/36 se establecieron dos grupos de hijos: los legítimos y los naturales eliminando los adulterinos e incestuosos (de dafado y punible ayuntamiento). Se permitió además el reconocimiento en juicio de la paternidad. La representación del hijo natural se le dió a la madre, y excepcionalmente al padre. Y por último se mejoró el derecho herencial del hijo natural frente al legítimo.

Por la ley 75/68 se aumentaron las causas para el reconocimiento del hijo natural, y se da mas amplitud para la investigación de la paternidad.

Quedó consagrada la acción de petición de herencia para los efectos económicos-patrimoniales que derivan de ella en caso de defunción del presunto padre, solo la puede ejercer el hijo dentro de los dos años siguientes a la defunción. Para

que ese fallo tenga efecto patrimonial, y deje intranscriptible la acción de simple estado tal como lo señala el C.C.

La favorabilidad que le dan las leyes 45/35, 75/62, el Decreto 2320/74 y la ley 5a./75 a los hijos naturales y adoptivos contrastan con las disposiciones del C.C. de 1973, la ley 57/87 y 153/87, algunas de las cuales daban un mínimo de derecho a los hijos naturales y otros se los negaban totalmente.

Pero hoy día se hace necesario que nuestro legislador sea más profundo en los cambios que deben hacerse sobre tal discutido tema, teniendo en cuenta que vivimos en un país donde un alto porcentaje de la población tiene su origen en relaciones extramatrimoniales, y que está prohibido según la declaración de las Naciones Unidas sobre derechos humanos discriminar a las personas por su "origen", además como vivimos en un país democrático una de nuestras grandes conquistas debe consistir en conseguir una real igualdad social que excluya diferencias como las existentes en cuanto a derechos herenciales y de representación entre hijos naturales y legítimos.

Los partidarios del progreso estamos de acuerdo en que se dicte una ley que acabe con los privilegios, de la igualdad y derogue toda norma que le sea contraria así:

Deberá adicionarse al art. 250 del C.C. con el siguiente inciso los hijos, sea legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones.

El Art. 1040 del C.C. se modifique así: son llamados a la sucesión intestada; los descendientes, los hijos adoptivos, los ascendientes, los padres adoptantes, los hermanos, los hijos de éstos, el conyuge superstite, el I.C.B.F. el art. 1.043 debe quedar así hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos.

El art. 1045 debe quedar así: los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la percepción conyugal.

El art. 1046 debe quedar así: si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado mas próximo, sus padres adoptantes y su conyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabeza.

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

111

sangre recibirán igual cuota.

El art. 1047 deberá quedar así: si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, padres adoptantes, le sucederán sus hermanos y su conyuge. La herencia se divide la mitad para éste y la otra mitad para aquellos por partes iguales.

A falta de conyuge se llevarán toda la herencia los hermanos, y a falta de éstos aquel.

El art. 1050 debe quedar así: la sucesión del hijo extramatrimonial se rige por las mismas reglas que la del conyuge legítimo.

El art. 1051 debe quedar así: a falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, hermanos y conyuges, suceda al difunto los hijos de sus hermanos.

A falta de éstos, el I.C.B.F.

El art. 1240 deberá quedar así: son legitimarios 1) los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial. 2) Los ascendientes; 3) los padres adoptantes; 4) los padres de sangre del hijo adoptivo en forma simple.

112

Particularmente conviene que haciéndole las modificaciones a los artículos mencionados en la forma dicha y derogando las normas que le sean contrarias se acabaría con el problema que nos ha ocupado a lo largo de la tesis y que además sería lo único que falta por hacer, porque si se observa desde los comienzos de la tesis hasta esta parte final ha habido una evolución partiendo desde la familia, el matrimonio, las uniones extramatrimoniales, los derechos y obligaciones derivadas de ellas, y un progreso en cuanto a los derechos de los hijos naturales de acuerdo con las diferentes legislaciones.

Tesis presentada para obtener el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por:

LUIS ALFONSO GUTIERREZ MONTIEL

Cartagena, junio 26 de 1979.-

113

BIBLIOGRAFIA

- Derecho Romano : E. Pettit
- Derecho Romano : J. M. Uria
- Instituciones de Derecho Real de España : J. M. Alvarez
- Derecho de Sucesiones : Arturo Valencia Zea
- Derecho de Familia : Arturo Valencia Zea
- La Familia, la propiedad privada y el Estado, constitucionales : Federico Engels
- Instituciones Políticas y Derecho Constitucional : Mauricio Duverger
- Derecho Civil Francés : Planiol Ripert
- Derecho Positivo Francés : Jossierand
- Derecho Internacional Privado :
- Sucesiones y Donaciones : Carrisosa Pardo
- Código Civil Colombiano : Ortega Torres
- Anales del Congreso : Nos. 27-86 y 102/78