

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTOR:

DR. MANUEL R. NAVARRO PATRON

SECRETARIO GENERAL:

DR. ALVARO BARRIOS ANGULO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

DECANO:

DR. PEDRO SACHICO OSORIO

SECRETARIO:

DR.

PRESIDENTE DE TESIS:

DR. GUILLERMO JANCHEZ PERNETT

PRESIDENTES HONORARIOS:

DR. AUGUSTO TINOCO PEREZ

DR. SALEN MARIA VILLAMIL

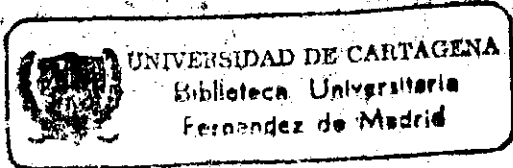
EXAMINADORES:

DR. RAUL H. BARRIOS

DR. MIGUEL SCHAMUNDI

DR. *Clodomiro Herrera M.*

**DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**



T R S I S D E G R A D O

PRESENTADA POR:

ALBERTO DIAZ TAMARA

PARA OBTENER EL TITULO DE

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS

POLITICAS

SCIB
00019210

TITULADA

" EL HIJO NATURAL EN EL DERECHO COLOMBIANO "

CARTAGENA, MESO DE 1.972

23311

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

R E G L A M E N T O :

ARTICULO 83:

" La Facultad No Aprueba ni Desc
prueba los conceptos emitidos en esta Tesis,
ellos son de Propiedad exclusiva del Autor ".

DEDICATRIA

A mis padres:

TOMAS DIAZ TOVAR Y
CARMEN TANARA DE DIAZ.

A mis hijos:

EDUARDO DIAZ Y
CARLOS DIAZ (Q.E.P.D.).

A mis hermanos:

ANUNCIA, MARTHA, TOMAS, CARLOS, JULIO,
CARMEN, ROBERTO, CECILIA, JAINE, REMBERTO,
Y GABRIEL DIAZ TANARA.

A todos mis tios:

Y a todas aquellas personas que en una
u otra forma me estimularon con su voz de aliento para
que culminara los estudios del Derecho.

H I J O

Con el propósito de obtener el grado de doctor en " DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS ", he optado por escribir esta tesis denominada " EL HIJO - NATURAL EN EL DERECHO COLOMBIANO ". No es mi intención que ella sea considerada un monumento jurídico.-

Los conceptos emitidos en esta tesis, son producto de lecturas del autor hechas en diferentes obras y aportes de lo que el cree que debe ser la equidad en este campo.-

Es que el hijo natural, a través de su trayectoria evolutiva histórico-jurídica, ha sufrido afrentas de la sociedad completamente injustificables.-

Por tanto, este trabajo se encamina a tratar de buscar la igualdad jurídica entre todos los hijos y, a combatir todos esos prejuicios execrables que todavía permanecen vigente en nuestra legislación, porque en el derecho ha de buscarse la equidad, pues si no, no sería derecho.-

E L A U T O R

INDICE

CAPITULO I

DE LA FAMILIA: LA FAMILIA, "CELULA SOCIAL POR EXCELENCIA"
LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO.
LA FAMILIA EN EL ANTIGUO DERECHO.
LA FAMILIA EN EL DERECHO REVOLUCIONARIO.
LA RELIGION COMO PRINCIPIO CONSTITUTIVO DE LA FAMILIA
ANTIGUA (GRECIA Y ROMA).

CAPITULO II

FAMILIA E HIJO NATURAL.- PRINCIPIOS GENERALES.
IMPORTANCIA DE LA FAMILIA.
DEFINICIONES DE FAMILIA.
CARACTERES DE LA FAMILIA.

CAPITULO III

EL HIJO NATURAL EN LA LEGISLACION COMPARADA.
HIJOS EXTRAMATRIMONIALES QUE PUEDEN SER RECONOCIDOS.
PUEDEN SER RECONOCIDOS LOS HIJOS DESPUES DE SU MUERTE?
PUEDEN SER RECONOCIDOS LOS HIJOS CONCEBIDOS PERO NO
NACIDOS?
QUIEN PUEDE RECONOCER.
FORMA EXIGIDA PARA EL RECONOCIMIENTO.
EFECTOS QUE PRODUCE EL RECONOCIMIENTO.
LA IGUALDAD JURIDICA FUNDAMENTADA.

CONTINUACION

7

CAPITULO IV

EVOLUCION DEL DERECHO COLOMBIANO EN ESTA MATERIA.

CAPITULO V

DERECHO VIGENTE EN NUESTRA LEGISLACION; LEY 45 DE 1.936
Y LEY 75 DE 1.968. HIJOS QUE PUEDEN TENER LA CALIDAD
DE NATURALES.

CAPITULO VI

FORMAS DEL RECONOCIMIENTO.

CAPITULO VII

TITULARES DE LA ACCION DE INVESTIGACION DE PATERNIDAD
PRESUNCION DE LA PATERNIDAD NATURAL.
IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES.

CAPITULO VIII

EFFECTOS DE LA FILIACION NATURAL:
DE LA PATRIA POTESTAD.
OBLIGACION DE CUIDADO.
EL DERECHO A HEREDAR.

DE LA FAMILIA

LA FAMILIA, "CELULA SOCIAL POR EXCELENCIA".-

Esta colectividad es, de todas las agrupaciones de personas, la más antigua y la más importante.-

La más antigua, porque es una colectividad natural y la única agrupación natural.-

La más importante, porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad.- Se ha repetido con tanta frecuencia que la familia es "LA CELULA SOCIAL POR EXCELENCIA", que no se sabe ya a quién atribuir la paternidad de esa fórmula; desde luego es plenamente exacta.- No solamente constituye la familia, para los cónyuges y para los hijos, una escuela de abnegación y de mutua ayuda, la única capaz de refrenar el egoísmo, sino que la familia es la que asegura la protección del individuo; ¿qué será de la madre y del hijo abandonados por el padre? La familia es la que permite que las relaciones entre el hombre y la mujer constituyan otra cosa que libertinaje, luchas sin cuartel y esclavitud de la mujer. Por último, la familia es la que puede defender al individuo contra el Estado; si la familia no existe, el Estado la sustituye; él es el que recoge a los niños, los cria y los educa; ya se sabe cómo se conducidos los pueblos que pretenden entregar así el niño al Estado. JOSSERAND ha dicho: "En cualquier aspecto que se la considere, la familia aparece como una institución necesaria y sagrada; apenas si se concibe una comunidad social en la que ninguna colectividad fuera a interponerse entre el individuo y el Estado; sociedad tal no sería viable; representaría un montón de individuos; es la familia la que, por una primera síntesis, no artificial, sino natural y bienhechora, contribuye

ya a preparar la síntesis más vasta que realice el concepto de nación; es un elemento de cohesión, una condición de equilibrio social".-

LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO

Es sabido que la familia romana fué, en su origen de tipo patriarcal.- Estaba constituida por todos los descendientes agrupados en torno de su antepasado común; la mujer, casada cum manu, forma parte de aquella loco filiae.- Sobre ese grupo tan extenso, el patriarca tiene una autoridad considerable, que llega hasta el derecho de vida y muerte; sólo él es el propietario de todos los bienes.-

El poderío del Imperio romano nació de esa organización.- Pero esa misma potencia, por la afluencia de riquezas y la disolución de las costumbres, condujo a un hundimiento de la familia a partir del Siglo VI de Roma.- La autoridad del paterfamilias disminuye; el grupo se disocia; se torna precario por la multiplicación de los divorcios; la mujer casi siempre casada sine manu, no entra ya en la familia de su marido.- Roma vive un periodo de verdadera anarquía familiar.- La consecuencia de ello es la disminución de la natalidad tanto más grave por cuanto las necesidades militares han aumentado con la extensión del imperio.- Para contener ese descenso y encontrar así los cuadros que reclamaban sus legiones, el emperador AUGUSTO realiza una serie de reformas de igual naturaleza, como disposiciones por las mismas causas, que aquellas a las que se resolvió el legislador francés en la víspera de la guerra de 1.793; medidas a favor de las familias numerosas; asimismo, lucha contra el adulterio.- No surtieron efecto.- El Imperio romano conoció muy pronto la decadencia.-

Con CONSTANTINO (en los comienzos del siglo IV de nuestra era) penetra lentamente en la legislación romana -- una nueva concepción de la familia, sin lograr jamás, -- por otra parte, que desaparezcan completamente las precedentes reglas.-- En la concepción cristiana de la familia conyugal.--

En ella, la familia forma un grupo, no ya extendido como en la familia patriarcal, sino restringido: no comprende sino al marido, a la mujer y a los hijos, -- CRISTO había dicho a los fariseos: "El hombre dejará a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer" (SAN MATHEO, XIX, 5; SAN MARCOS, X, 7). POR eso mismo, este grupo tiene una cohesión que había perdido la familia cuando siendo vasta del derecho romano.-- Pero esa cohesión no tiene por fundamento la autoridad del marido, descansa sobre el sacramento del matrimonio.--

El carácter sacramental, por hacer del matrimonio un vínculo sagrado, establecido por Dios, asegura la -- permanencia de la familia: "Lo que Dios ha unido -- había concluido CRISTO (SAN MATHEO, XIX, 6; SAN MARCOS, X, 9; igualmente SAN LUCAS, XVI, 18)--, no lo separe el hombre!". El matrimonio es indisoluble y, como correlativo, -- la obligación de fidelidad pesa no solamente sobre la -- mujer sino sobre el marido.--

Es también el carácter sacramental de la unión el que va a modificar la concepción misma de la autoridad en la familia.-- Sin duda esta autoridad del marido sobre su mujer y sus hijos se mantiene (SAN PABLO, A Los efesios, V, 22 a 24; VI, 1 a 3; SAN PEDRO, Epist. I, III 1 y 2). Pero no es ya un poder absoluto; por venir de Dios, así como toda autoridad por otra parte, debe ser ejercida como por Dios mismo; es decir, dentro del amor y del respeto mutuo (SAN PABLO, A Los efesios, V, --

25 a 33, VI, 4; SAN PEDRO, Epist. I, III, 7). Nueva noción, que, fundada sobre el respeto de la dignidad de la persona humana, transforma las relaciones entre los miembros de familia haciendo la autoridad del cabeza de familia una carga que implica pesadas obligaciones morales y jurídicas.-

LA FAMILIA EN EL ANTIGUO DERECHO

En el derecho germánico vuelve a encontrarse, con el clan, la familia de tipo patriarcal.- El matrimonio se realiza por medio de una compra: la mujer es comprada a su padre, queda así bajo la completa dependencia de su marido.- De ese poder deriva el marido el derecho de repudiar a su mujer.-

Durante mucho tiempo, la Iglesia no logró hacer que penetrara su concepción de la familia.- No triunfó hasta comienzos del siglo IX, con CARLO MAGNO.- En lo sucesivo la materia del matrimonio se rige por el derecho canónico, y son los tribunales eclesiásticos los que tiene -- competencia en la materia.- Eso no significa que la Iglesia se haya impuesto en todos los puntos:

Por una parte, la familia sigue siendo una colectividad que rebasa ampliamente a la familia conyugal, incluso en los países de derecho consuetudinario, donde, -- sin embargo el mundium del padre sobre los hijos cesa -- desde el instante en que éstos cuentan con la fuerza para asegurarse por sí mismos, su subsistencia.- Por el hecho de que cada cual vive y muere allí donde ha nacido, -- y porque la familia constituye una unidad económica, los parientes, aún lejanos permanecen agrupados.-

Por otra parte, la Iglesia no transforma profundamente ni el (mundium) sobre la mujer ni sobre los hijos. La mujer se encuentra bajo la dependencia de su marido --

en cuanto a su persona y en cuanto a sus bienes; el derecho la trata como a una "incapaz": no puede cumplir ningún acto jurídico sin la autorización de su marido.- En cuanto a la patria potestad, continúa siendo considerable. Sobre todo en los países de derecho escrito, donde el hijo o la hija quedan sometidos a ella cualquiera que sea su edad; en los países consuetudinarios, desaparece aquella cuando el hijo alcanza los 25 años o cuando se casa; el matrimonio emancipa. Dueña de la formación del vínculo conyugal, la Iglesia luchó, duramente todo el antiguo régimen contra el poder real para suprimir la necesidad del consentimiento de los padres para el matrimonio de sus hijos.-

Los hijos naturales no tienen ningún derecho en relación con la familia; de modo especial, se les niega todo derecho de sucesión.-

Desde fines del siglo XVII, la familia, tal como resulta de la combinación de los principios cristianos, de las reglas romanas y de las costumbres germánicas, es objeto de violentos ataques.-

La revocación del Edicto de Nantes debía conducir a hacer que perdiera el matrimonio su carácter sacramental-el laicismo; porque los protestantes, privados de la posibilidad de celebrar sus matrimonios por los ministros de su culto, acabaron por obtener el derecho de casarse ante los oficiales laicos de la justicia civil (edicto de noviembre 1.767).-

Los filósofos del siglo XVIII propagaron nuevas ideas en la alta sociedad y en la burguesía. JUAN JACOBO ROUSSEAU preconizando la excelencia del estado de naturaleza, no solamente no concibe la familia como rebasando a los padres y a los hijos (en lo cual coincidía con la concepción cristiana), sino que transforma el matrimonio en una verdadera unión libre, que se forma y se disuelve a la voluntad de .

los cónyuges. VOLTARE, también por su parte, ve en el divorcio una necesidad natural. Se priva así a la familia de su fundamento; el matrimonio. Se es condáscido entonces a pedir para el hijo natural una situación igual a la del hijo legítimo. Tales concepciones intoxican a los ambientes cultivados, donde el cristianismo no se encuentra ya más que en la superficie. El deber de fidelidad no es respetado ya; se tolera el adulterio; la familia se agita en plena decadencia.-

Salvo en el pueblo, escandalizado por las costumbres de los grandes contra los cuales será fácil, en adelante, predicar el odio y la revolución.

LA FAMILIA EN EL DERECHO REVOLUCIONARIO

Doctrinarios, apóstoles de la libertad y de la igualdad, los Revolucionarios pretendieron construir una familia según Juan Jacobo, Rousseau y los filósofos.-

El matrimonio les parece un simple contrato. Por tanto, el único requisito para formarlo es el libre acuerdo de los futuros esposos. Desaparece su carácter religioso.

El matrimonio es secularizado.

Así como, cuando se ha concluido un contrato, se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. El derecho revolucionario admite, pues, el divorcio por mutuo consentimiento. El respeto de la libertad debe ir más lejos: no debía obligar a un cónyuge a conservar un estado del que su consorte se niegue a liberarle; se permite, por tanto, el divorcio por simple "incompatibilidad de carácter". Se produjo entonces tal torrente de divorcios, que el legislador intentó ponerle algunos obstáculos; pero sin resultado.-

Si el principio de libertad condujo a los Revolucionarios a admitir el divorcio, el principio de igualdad - los llevó a reconocer la existencia de una supuesta familia natural junto a la familia legítima, al afirmar los derechos de los hijos naturales. Debería haberlos incitado a suprimir la autoridad marital y la autoridad paterna! - En cuanto a la autoridad paterna, imaginaron un tribunal de familia, juez de los conflictos entre el hijo y los padres.-

Por otra parte, ROBESPIERRE había presentado un proyecto que confiaba al Estado la educación de los hijos, y DANTON declaró: "Es tiempo de restablecer ese gran principio que parece desconocerse, el de que los hijos pertenecen a la República antes de pertenecer a sus padres".-

LA RELIGION COMO PRINCIPIO CONSTITUTIVO

DE LA FAMILIA ANTIGUA (GRECIA Y ROMA)

Si con el pensamiento nos transportamos hasta la sociedad Griega y la sociedad Romana, nos encontraremos en cada casa un altar, y en torno del altar a la familia -- congregada. Cada mañana se reúne para dirigir al hogar -- las primeras oraciones, cada noche para invocarlo una -- postrera vez. En el decurso del día también se reúne con él para la comida, que se distribuye piadosamente -- luego de orar y hacer la elibación.- En todos sus actos -- religiosos canta en común los himnos que sus padres le -- han legado.-

Fuera de la casa, pero muy cerca, en el vecino campo, hay una tumba. Es la segunda mansión de esta familia. - Allí reposan en común varias generaciones de antepasados.

La muerte no los ha separado. Permanecen unidos en esta segunda existencia y siguen formando una familia indisoluble.

Entre la parte viviente y la parte muerta de la familia, sólo hay la distancia de algunos pasos que separan la casa de la tumba. Ciertos días determinados para cada cual por su religión doméstica. Los vivos se reúnen cerca de los antepasados. Les llevan la comida fúnebre, les vierten la leche y el vino, depositan las tortas y las frutas o quemar en su obsequio la carne de una víctima. A cambio de estas ofrendas solicitan su protección; les llaman sus dioses y les piden que den fertilidad al campo, prosperidad a la casa, virtud a los corazones.-

El principio de la familia antigua no radica en la generación exclusivamente. Lo demuestra que la hermana no es en la familia lo que el hermano, que el hijo emancipado o la hija casada cesan completamente de formar parte de ella; demostrando, en fin, diversas disposiciones importantes de las leyes griegas y romanas.-

El principio de la familia tampoco consiste en el afecto natural pues el derecho griego y el derecho romano no tienen para nada en cuenta ese sentimiento. Puede existir en el fondo de los corazones, pero nada es en el derecho. El padre puede amar a la hija, pero no legarla sus bienes. Las leyes de sucesión, esto es, las que entre las leyes testifican más fielmente las ideas que los hombres se forjan de la familia, está en contradicción flagrante con el orden de nacimiento o con el afecto natural.-

Habiendo muy justamente observado los historiadores del derecho romano que ni el nacimiento ni el afecto eran el fundamento de la familia romana, han creído que ese fundamento debía encontrarse en el poder paternal o marital.- De este poder hacen una especie de institución primordial.

Pero no explican cómo se ha formado, a menos que se sea por la superioridad de fuerza del marido sobre la mujer, del padre sobre los hijos. Pues bien, es equivocarse gravemente al colocar así la fuerza en el origen del derecho.

La autoridad paternal o marital, lejos de haber sido una causa primera, ha sido un efecto, pues se ha derivado de la religión y por esta se ha establecido; no es, pues, el principio constitutivo de la familia.

Lo que une a los miembros de la familia antigua es algo más poderosa que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física; es la religión del hogar y de los antepasados. Por ella la familia forma un cuerpo de asociación en esta vida y en la otra.

La familia es una asociación religiosa todavía más que una asociación natural. También la mujer no figurará verdaderamente en ella hasta que la ceremonia sagrada del casamiento la haya iniciado en el culto. Que el hijo tampoco figurará si ha renunciado al culto o se ha emancipado; que el adoptado será en cambio un verdadero hijo, por que sino tiene el nexo de la sangre poseerá algo mejor: la comunidad del culto; que el legatario que se niegue a adoptar el culto de esta familia no disfrutará de la sucesión; que, en fin, el parentesco y el derecho de herencia se regularán, no por el nacimiento, sino conforme a los derechos de participación en el culto, tales como la religión lo ha establecido. Sin duda que la religión no ha creado la familia, pero seguramente que ella se ha dado sus reglas, y de ahí que la familia antigua haya recibido una constitución tan diferente de la que hubiese tenido si únicamente los sentimientos naturales la hubiesen fundado.

La antigua lengua griega tenía una palabra muy significativa para designar a una familia, palabra que signifi

caba literalmente "lo que está cerca del hogar". Una familia era un grupo de personas al que la religión permitía invocar al mismo hogar y ofrecer la comida fúnebre a los dioses antepasados.-

CAPITULO II

- FAMILIA E HIJO NATURAL -

Principios generales. Distintamente, el Derecho Civil se define como el Derecho Privado común y general; en forma descriptiva como el conjunto de principios y preceptos jurídicos sobre la personalidad y las relaciones patrimoniales y de familia.-

El contenido del Derecho Civil está formado por las reglas sobre las instituciones fundamentales del derecho privado: la personalidad, la familia y el patrimonio.-

La regla sobre la personalidad mira a la persona en sí misma y no en sus relaciones con los demás, sea relaciones patrimoniales o familiares.-

Las normas sobre la familia rigen la organización de ésta y dentro de ellas definen el estatus de cada uno de sus miembros.-

Las reglas sobre el patrimonio versan:

- a) Los derechos reales y los derechos sobre bienes inmateriales;
- b) Los derechos de obligación, en virtud de los cuales una persona puede obtener de otra una prestación, consistente en la dación de una cosa en la ejecución de un hecho o en una abstención (obligaciones de dar, de hacer y de no hacer respectivamente);
- c) Los derechos de Sucesión por causa de muerte, que regulan la transmisión de los bienes o patrimonio de una persona por consiguiente de la muerte de ésta.-

Desde el punto de vista de la reglamentación familiar particularmente, y en estos últimos tiempos se han notado innovaciones socializadoras, las cuales personifican el pensamiento del legislador moderno.- Renovando las instituciones fundamentales de la familia el derecho se pone a tono con la sociedad. El derecho tiene su fuente en los -

hechos sociales, que constituyen su fuente primaria y por lo tanto, si la sociedad evoluciona, es imprescindible que el derecho marche al pié de los hechos sociales como la sombra sigue el cuerpo, y entonces, si se puede hablar de justicia, de seguridad, y no se produzcan resquemores sociales.-

IMPORTANCIA DE LA FAMILIA

El derecho de familia es muy importante dentro del campo del derecho civil, ya que se refiere a instituciones de tanta transcendencia como el matrimonio, la filiación legítima e ilegítima, la adopción, la sociedad conyugal, las tutelas, las curatelas, etc.-

El derecho de familia comprende un conjunto sistemático de normas jurídicas, cuyo contenido lo componen las diversas relaciones que los seres humanos establecen entre sí a fin de satisfacer sus necesidades de orden heterosexual, dentro de un plano de ética y de sociabilidad. Estas relaciones de familia no solamente son objeto de derecho civil, sino también lo son de la sociología y del derecho político. Son objeto del derecho civil si se estudian separadamente la posición jurídica de las personas entre las cuales se establecen las relaciones de orden familiar, la libertad que otorgan los ordenamientos jurídicos para su establecimiento y su finalidad misma, o sea el desenvolvimiento de la personalidad individual; y son objeto de la sociología y del derecho político, porque una vez establecida la relación jurídica familiar, se forma un organismo en sentido objetivo, cuya duración

y fines no dependen exclusivamente de la voluntad de los componentes ni de su propia vida.

Es así como surge la familia como "célula social" que realiza la más noble función de cuantas corresponden a los grupos humanos: la conservación y perpetuación de la especie humana en la historia.

Por lo tanto, si la familia depende de la voluntad personal de las personas (matrimonio, concubinato, mera unión libre), no sucede lo mismo con sus fines y duración, los cuales se rigen por el ordenamiento jurídico vigente; en una sociedad su porvenir será feliz o fracasará de acuerdo a la reglamentación jurídica que se le imprima a la vida familiar, ya que ésta es el bastión o fortaleza de la sociedad.

DEFINICIONES DE FAMILIA

Según el diccionario de la real academia, en sentido amplio familia es "el conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por los lazos de parentesco", o lo que es lo mismo "un conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje". Para los doctrinantes ARTURO ALESSANDRI y KANUTL BOHARRIVA, la familia es "En un sentido amplio, y que es el único que en principio tiene valor jurídico, la familia es el conjunto de personas unidas por un lazo de parentesco o matrimonio; reposa sobre la comunidad de sangre, sobre matrimonio y hasta la adopción".

Para ARTURO VALENCIA ZEA, se entiende por familia

en sentido restringido "El grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica".

De las definiciones anteriores se observan que el vínculo común de la familia, lo constituyen el parentesco. El derecho se vale de la definición restringida de la familia, teniendo en cuenta las notas esenciales que la caracterizan, es decir la comunidad y la autoridad, que para el doctor VALENZUELA BENA comprende igualmente el vínculo de la sangre. Para éste la familia "es la comunidad de personas que viven bajo un mismo techo, vinculadas por los lazos de sangre y sometidas a la autoridad del jefe de familia. Argumenta que esta definición es la que más se ajusta al derecho por las siguientes razones: "En primer lugar, porque circunscribe la familia al número de personas que viven bajo un mismo techo, unidas por un vínculo de sangre y por lo tanto comprende solo a padres e hijos, y excepcionalmente a los nietos que no hayan formado otro hogar; en segundo término, porque abarca no solo a la familia natural, pues ésta también se halla unida por vínculos de sangre; y finalmente, porque, con arreglo al derecho vigente, en la actualidad pesan sobre los padres naturales respecto a sus hijos naturales, las mismas obligaciones que pesan sobre los padres unidos por matrimonio en relación con sus hijos legítimos. Basta advertir que al lado de la familia fundada en vínculos de sangre, existe la familia adoptiva, cuya fuente es la adopción".

CARACTERES DE LA FAMILIA

La familia moderna tiene ciertas peculiaridades -

que se han afianzado a través de una larga evolución.-
Pueden enunciarse:

a) La familia monógama que se fundamenta en el matrimonio de un solo hombre con una sola mujer. El hombre primitivo jamás conoció la monogamia. En un principio existió la familia consanguínea, que será el matrimonio por grupos de parientes, es decir, que un grupo de hombres se casaba con un grupo de mujeres. Los hermanos en grupo se casaban con las hermanas en grupo. Posteriormente apareció la familia punalida. El varón de un clan que se casa con la mujer de otro clan queda casado con las hermanas, primas hermanas, etc, de su mujer y viceversa. Subsiste el matrimonio en grupo pero en forma atenuada.-

Luego aparece el rapto y la compra de mujeres; en este estado la mujer raptada o comprada solo pertenece al raptor o comprador; un hombre podía poseer en forma exclusiva varias mujeres, con lo que nos encontramos frente a la poligamia.

Pero la poligamia solo fue un privilegio de los ricos y de los grandes; mientras que los pobres debían conformarse con su mujer. Es aquí donde nace la monogamia.

La monogamia es ventajosa para la sociedad y la familia porque es más favorable para la conservación de la especie en razón de poder establecerse con exactitud la paternidad de los seres humanos, y además precisa y determina los derechos y obligaciones existentes entre los cónyuges.

b) Toda persona tiene libertad para formar una fami--

lia. En consecuencia puede formarse con la persona que a bien tenga, ya que mediante el matrimonio, ya por el concubinato o simple unión libre.

Expero, esa libertad hoy en día está bastante restringida porque los candidatos a contraer matrimonio deben reunir determinados requisitos.-

Es así como por razones de parentesco, no existe esa libertad para formar una familia, puesto que constituyen condiciones negativas de orden eugenesico. Legislaciones modernas prohíben tales uniones sexuales, por ser contrarias a la ley de cruzamiento y de selección.-

Esta restricción también puede ejercerse mediante certificados prenupciales, que por el avance de las ciencias psicológicas pueden contener importantes datos sobre la constitución mental y física de los contrayentes.-

- c) La familia implica la constitución de una comunidad doméstica. La mujer está obligada a vivir con el marido bajo el mismo techo u hogar, y tiene el derecho de ser recibida por el marido en su casa, resultando de esta manera la comunidad corporal y espiritual de marido y mujer.

La comunidad doméstica da lugar a una comunidad de orden económico, que se denomina sociedad conyugal, aunque puede darse el caso de que no exista esta sociedad algunas veces (separación de bienes). Consecuencia de la comunidad doméstica, es la autoridad que corresponde al marido. Esta autoridad se manifiesta en dos formas: la primera se denomina potestad marital, la cual ejerce sobre la mujer y es la que la obliga a ésta a seguir el domicilio del marido, a obedecer sus órdenes y a abstenerse de

ejecutar actos que vayan en detrimento de la comunidad doméstica; en segundo término ejerce la patria-potestad, que es la autoridad que se ejerce sobre los hijos, y en virtud de la cual el padre puede -- dar órdenes a sus hijos, sancionarlo moderadamente y representarlo judicial y extrajudicialmente.

- d) **Naturalidad especial de los derechos familiares.**— El hombre y la mujer, ya sea mediante el matrimonio, — ya sea mediante el concubinato o simple unión libre, tiene libertad para formar una familia (se dijo anteriormente que esta libertad está bastante restringida); pero una vez formada esa familia, no disponen de mayor libertad para regular los efectos y las relaciones de orden familiar. La existencia y contenido de los derechos y deberes (potestad marital, obligación de cohabitar, obligación de socorro y ayuda mutua etc.) no dependen del querer de quienes forman la familia, toda vez que se encuentran regulados por la ley y se consideran de orden público.

CAPITULO III

EL HIJO NATURAL EN LA LEGISLACION COMPARADA

No todos los hijos extramatrimoniales han sido considerados, ni son estimados todavia dentro de las legislaciones positivas en un plano de igualdad.

Basta recordar la clasificaci6n Romana de los hijos extramatrimoniales, en naturales, adulterinos, incestuosos, sacrilegos, n6nceros, esp6rios, etc, y el distinto trato legal de que fueron objeto, para comprender las profundas diferencias que han existido hist6ricamente entre estas diferentes clases de hijos. Aunque borradas casi totalmente esas diferencias y constituidos en realidad los hijos extramatrimoniales, para el Derecho moderno, en dos grandes grupos: los llamados naturales y los dem6s ilegítimos, donde se confunden todos los restantes que la clasificaci6n romana comprendia.

HIJOS EXTRAMATRIMONIALES QUE PUEDEN SER RECONOCIDOS

La mayor parte de las legislaciones diferencian, a los hijos extramatrimoniales, dividiendolos en dos grandes grupos: los llamados hijos naturales y los dem6s -- que no tienen esa condici6n.

Para poder estudiar sobre base firme la doctrina, recordemos cu6les son los hijos comprendidos en la categoria de naturales, y por exclusion, los que constituyen la otra categoria de hijos simplemente ilegítimos.

Se consideran hijos naturales los nacidos de padres que al tiempo de la concepci6n, estaban en aptitud legal para contraer matrimonio entre si, aunque fuese me-

dante dispensa, todos los nacidos de personas que al tiempo de la concepción del hijo, no podían contraer matrimonio entre sí, ni aún mediando dispensa, se estimen simplemente ilegítimos y fuera de la categoría de naturales.-

Partiendo de esta clara diferencia, el criterio dominante entre las legislaciones, especialmente las que obedecen a los principios clásicos, es el de que sólo pueden ser reconocidos los hijos que tienen la condición legal de naturales, no siendo aptos para el reconocimiento los simplemente ilegítimos.-

Así se expresaba el Código de Napoleón y la mayor parte de sus derivados. Así se expresaba, también, el antiguo Código italiano, y así se expresan aún, ya en sus palabras, ya en su espíritu, el español, el suizo, el argentino, el chileno, el boliviano, y otros que no es todavía ocasión de enumerar detalladamente.-

Sin embargo, algunas de esas legislaciones, como la francesa y la italiana, han modificado ese criterio; y otras, como la alemana y la austriaca, no establecen diferencias, porque ningún hijo extramatrimonial tiene para ellas otro derecho que el de alimentos; otras, en fin, como la mexicana, han tenido la certera decisión de borrar casi totalmente esas diferencias, que no deben gravitar sobre los hijos, absolutamente inocentes de las faltas cometidas por sus padres y que no merecen, por tanto, sufrir las consecuencias de las mismas.-

Examinemos con el orden y separación que requieren, los criterios de las principales legislaciones que sostienen los diferentes sistemas a que acabamos de aludir.

El criterio clásico y rígido, es decir la intransigencia en toda su pureza, se halla representado por el Código civil vigente en España. Este Código consigna, - en su artículo 126, que el hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre. Dedúcese de aquí, que sólo los que tengan la condición de hijos naturales podrán ser reconocidos. Son hijos naturales, según el artículo 119 del mismo Código, los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían contraer matrimonio con dispensa o sin ella. Al tenor de estos preceptos, ni el hijo adulterino, ni el incestuoso pueden gozar del derecho de ser reconocidos por sus padres; es decir de ser sujetos pasivos del reconocimiento.-

Claro que si, por ejemplo, es uno solo de los padres el que reconoce y no existía respecto del mismo impedimento legal o incapacidad para celebrar matrimonio al tiempo de la concepción del hijo, el reconocimiento surtirá efecto, en tanto en cuanto no se conozca auténticamente quién es el otro progenitor, porque si éste llega a ser conocido y resulta que no podía celebrar matrimonio con quien reconoció, aunque fuese mediante dispensa el reconocimiento queda a efecto a un patente motivo de nulidad, ya que el hijo no tiene la condición de natural en relación con ambos progenitores, que es lo que la ley requiere para la validez del acto. Esta misma doctrina sigue en definitiva el Código de Bolivia, en el artículo 167, el del Brasil en el 358, y el de Panamá en los artículos 214 y 215.-

En cuanto a la legislación francesa, es oportuno recordar que con arreglo al artículo 335 no podían ser reconocidos los hijos adulterinos ni los incestuosos, si bien ese criterio ha sufrido reforma por virtud de las leyes de 7 de noviembre de 1.907, y de 30 de diciembre de 1.915, pero solamente cuando el reconocimiento se haga para legitimar a esos hijos mediante el matrimonio -

el matrimonio de los padres y a condición de que, tratándose de hijos adúlteros, se encuentren en uno de éstos dos casos: a) que hallan sido desconocidos con éxito, y por medio de sentencia firme, por el marido de la madre; b) que hallan sido concebidos durante un período de separación judicial de los cónyuges y después de los 300 -- días siguientes a dicha separación.

Fuera de esa finalidad, y de los dos casos señalados, ni el hijo adúltero ni el incestuoso pueden ser reconocidos, por prohibirlo el artículo 335.-

En lo que respecta a la legislación italiana, ésta en su artículo 249 y 250 se refieren concretamente al reconocimiento, sin subordinarlo a la condición de que sea requisito previo para la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, y autorizan ese reconocimiento con sustantividad propia, respecto de los hijos incestuosos aunque sean nacidos de parientes en línea recta, o en la colateral dentro de segundo grado, siempre que el padre que reconoce, o los dos en su caso, ignorasen al tiempo de la concepción del hijo el vínculo que los unía, artículo 249. En cuanto a los hijos adúlteros, se autoriza el reconocimiento tanto por el padre o madre que al tiempo de la concepción no estaban unidos en matrimonio, cuanto por el progenitor casado en ese tiempo, cuando ya el matrimonio que entonces lo ligaba fué disuelto o anulado, y siempre que del mismo no hubiese descendencia legítima ni legitimada.-

Constituyen estos criterios verdaderos sistemas de carácter mixto entre el clásico, que impide el reconocimiento de los hijos que no sean naturales y especialmente de los incestuosos y adúlteros, y el moderno, seguido por las más avanzadas legislaciones, que permite sean reconocidos todos los hijos extramatrimoniales, sin distinción de ningún género.

Entre los Códigos que siguen este sistema de carácter mixto podemos citar, además de los mencionados del del Uruguay, que, en su artículo 227, y después de definir los hijos naturales como nacidos de padres que en el momento de la concepción no estaban unidos en matrimonio, declara, con no muy buena redacción, - que los hijos naturales, nacidos durante el matrimonio de los padres no podrán ser reconocidos por ningún uno de éstos, hasta que no se disuelva ese matrimonio, o no ser que el reconocimiento se haga en testamento cerrado o después de sentencia judicial que dé lugar al desconocimiento de la paternidad del marido de la madre. Debe hacerse notar, sin embargo, que este Código confiere igualdad de derechos a los hijos naturales y a los nacidos de matrimonio (art. 230).

Ejemplo de legislaciones liberales que admiten sin distinción el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, sin distinción de ninguna clase, encontramos en la constitución de la República cubana de 1.940 - que, en su artículo 55, establece lo siguiente: "Los hijos naturales -llama así a todos los extramatrimoniales- tienen los mismos derechos y deberes que los legítimos, y se consideran hijos naturales, los habidos fuera del matrimonio, por persona casada siempre que éste los reconozca como tales, o recaiga sentencia de aclarando la filiación". Esta misma constitución, siguiendo las huellas de la española de 1931., declara más adelante que "no se consignará declaración alguna sobre la condición de los hijos y sobre el estado de los padres en las actas de nacimiento, en los libros parroquiales, ni en ninguna certificación referente a la filiación".-

En el mismo criterio de plena igualdad se inspira los modernos códigos civiles de Perú y de México, - según los cuales pueden ser reconocidos todos los hijos extramatrimoniales sin diferencias de ninguna clase.

Consideración especial merecen, en cuanto al punto que es objeto de nuestro examen, los códigos alemán y austriaco, en atención al particular criterio en que se inspiran.

Tomando como ejemplo el Código civil alemán, examinaremos sucintamente su posición y preceptos en relación con la materia.-

El aludido código alemán distingue en absoluto, cuando de hijos naturales o extramatrimoniales se trata, entre la madre y los parientes de la madre, y el padre y sus parientes, en relación con el hijo.

En consecuencia, declara en el artículo 1.705,- que el hijo natural, en sus relaciones con la madre y los parientes de la madre, tiene la posición jurídica de un legítimo, y, en el artículo 1706, que el hijo toma el nombre de familia de la madre, y hasta que el marido de ésta pueda dar al hijo su propio nombre, mediante la declaración de la autoridad competente y el consentimiento en forma auténtica de la madre y del hijo.

Sin embargo, la madre no tiene la patria potestad sobre el hijo natural. Le corresponde el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, pero no le compete la representación del mismo que se atribuye al tutor, el cual, en tanto que el cuidado de la persona está atribuido a la madre, tiene un carácter de consejo y mera representación.

Por el contrario, y según la legislación alemana, el padre no tiene, respecto del hijo extramatrimonial, ningún derecho. Le incumbe tan sólo, cuando -

la paternidad se reconoce o declara, la obligación de proporcionar alimentos al hijo, hasta la edad de 16 años cumplidos, y con arreglo a la condición de la madre.

Los alimentos que ha de dar al hijo comprenden todas las necesidades de la vida, así como los gastos de educación y de preparación para una profesión u oficio.-

La obligación de alimentos, por parte del padre, se extiende más allá de los 16 años cumplidos del hijo cuando éste, por deficiencias mentales o físicas o por otro motivo, no esté, a esa edad, en condiciones de proveer a su propia subsistencia (art. 1708).

El padre está obligado a prestar los alimentos del hijo, con preferencia a la madre y a los parientes de ésta (art. 1709).

El Código alemán desarrolla el resto de la materia en los artículos 1710 a 1716, que no consideramos precisos exponer aquí detalladamente, porque lo interesante es el sistema fundamental adoptado y no su minucioso desenvolvimiento.

Dado el criterio de esta legislación es lógico que no establezca distinción alguna entre los hijos extramatrimoniales, ya que todos éstos, sin distinción ni clasificación de ninguna especie, se encuentran comprendidos en los mismos preceptos.-

El artículo 1717, que se refiere a la investigación de la paternidad, limita los efectos de dicha investigación y de la declaración judicial consiguiente, a la obligación de alimentos que el padre debe suministrar al hijo, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1708 a 1716, a que acabamos de aludir, sin perjuicio de los derechos correspondientes a la madre.-

PUEBEN SER RECONOCIDOS LOS HIJOS DESPUES DE SU MUERTE?

Parece clara la solución afirmativa en la mayoría de las legislaciones, con tal de que el hijo muerto - haya dejado descendencia. El hijo premuerto puede ser legitimado si deja descendencia. Ahora bien, como un requisito previo de la legitimación es el reconocimiento, resulta indudable que el hijo premuerto puede ser reconocido, a condición de que haya dejado descendientes, que han de ser, en definitiva, los beneficiados - por el reconocimiento.-

PUEBEN SER RECONOCIDOS LOS CONCEBIDOS PERO NO NACIDOS?

En este caso también debemos pronunciarnos por - la afirmativa antes los principios de la legislación - comparada.-

El Código civil francés nada expresa respecto de esta cuestión. Sin embargo, parece desprenderse del - contenido del artículo 334 que el reconocimiento no - puede ser hecho, si no lo más pronto, en el acto de - nacimiento tal consideración no ha resistido el prin- - cipio romano, que enseña *IN PANS CONCEPTUS PRO NATO - HABETUR, QUOTIES DE COMMODIS FVUS ACITUR*, o sea, que - el hijo concebido se tiene por nacido para todo lo - que le sea favorable.

Como es de interés del hijo el que su reconoci- - miento pueda tener lugar antes de su nacimiento y des- - de el momento de su concepción, la jurisprudencia fran- - cesa ha venido admitiendo la posibilidad de ese reco- - nocimiento, a condición de que el concebido nazca y - sea viable, es decir, que legalmente puede tenersele - por nacido.

Esta solución es igualmente aplicable a las demás legislaciones, que no discrepan al acoger el principio romano, favorable al hijo concebido. De todos modos, es loable el procedimiento adoptado por algunos códigos americanos, como el del Brasil, en su artículo 357, y el mexicano en su artículo 364, que permiten con toda claridad el reconocimiento de un hijo antes de su nacimiento. Naturalmente que el hijo, aunque no haya nacido, ha de estar concebido, pues, en otro caso, carecería de toda realidad el supuesto.

QUIEN PUEDE RECONOCER.

Esta facultad, como es natural, se atribuye en primer término al padre y a la madre, pero no faltan legislaciones que denuncian de modo más o menos indirecto el reconocimiento por la madre y sólo regulan el del padre. Así, el código civil suizo establece, en su artículo 302, un principio que ha hecho prosélitos y, según el cual, la filiación ilegítima resulta respecto de la madre del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, debe de ser establecida por reconocimiento o por sentencia.

Este criterio, que si no excluye totalmente el reconocimiento por parte de la madre disminuye su trascendencia, en cuanto establece la filiación con o sin la voluntad de la madre, por el hecho fácilmente comprobable del nacimiento, ha seguido, según acabamos de indicar por varias legislaciones y, entre ellas, por la alemana, que, dentro de su especial sistema en la materia, lo recoge en el artículo 1705 del código civil, al conceder, sin necesidad de reconocimiento y por el sólo hecho del nacimiento, al hijo natural, la posición

jurídico del legítimo, en relación con la madre y con los parientes de ésta.-

También siguen la misma orientación el Código de Panamá, en su artículo 215, el del Perú, en los artículos 349 y 350, y el de Venezuela, que, en su artículo 314, estima suficiente para el establecimiento de la filiación materna la partida de nacimiento del hijo, con tal de que en la misma se mencione el nombre de la madre, aunque ésta no haya concurrido al acto.-

El Código civil de México sigue exactamente la norma del Código civil suizo, y, en su artículo 360, reproduce literalmente el artículo 302 de aquel cuerpo legal, si bien consiente, y hasta regula de modo expreso, actos de reconocimiento por parte de la madre, según se desprende de los artículos 365, 366 y 370, entre otros.

Debe pues, sentar la objeción de que, con arreglo al criterio que preside la mayoría de las legislaciones, si bien el reconocimiento o la sentencia conindispensables para establecer la filiación paterna extramatrimonial, y respecto de la madre basta, con arreglo a algunas de ellas, la justificación del hecho del nacimiento y aun el acto de inscripción del mismo en que se mencione el nombre de aquélla, tanto el padre como la madre puede reconocer al hijo extramatrimonial susceptible de ser reconocido, atemperándose a las prescripciones fijadas por la ley, para la validez del reconocimiento.-

Existen también legislaciones que no limitan la facultad de reconocimiento de los padres y la conceden también a los abuelos, especialmente en el caso de que-

el padre o la madre que hubiera de reconocer, hubiese fallecido. Ejemplo de estas legislaciones es la suiza, que, en el artículo 303 del Código civil, permite el reconocimiento por parte del abuelo paterno, en caso de incapacidad o fallecimiento del padre.

Importante cuestión enlazada con la de las personas que pueden reconocer, es la concerniente a la edad que ha de tener el padre o madre que reconozca. Como el reconocimiento, puede hacerse en distintas formas y con signaras en diversos instrumentos, la edad puede variar, según la naturaleza del acto en que aquél se verifique, y la capacidad que se exija para el mismo.

No es norma corriente en las legislaciones marcar una edad determinada para efectuar el reconocimiento, ni hacer depender la posibilidad de éste de la mayoría de edad de quien reconoce. Excepción de este criterio representa el Código civil de Uruguay, que, en su artículo 326, niega al menor que no esté casado, emancipado o habilitado de edad, la posibilidad de reconocer a un hijo natural.

El Código civil francés nada dice expresamente respecto de la edad exigida para reconocer de modo válido el hijo natural, pero como permite el reconocimiento que tenga lugar en el acto de la celebración del matrimonio de los padres o antes (art. 331), resulta implícito que puede reconocer el hijo todo aquél que tenga capacidad para contraer matrimonio. De otro lado, la jurisprudencia francesa ha resuelto con reiteración que el menor, emancipado o no, puede, sin asistencia de representante legal, reconocer a un hijo, siempre que, por la edad de uno y otro, no sea imposible o inverosímil el hecho de la paternidad.

La misma doctrina se desprende de la aplicación de los preceptos del Código Civil suizo.

Por su parte, el Código alemán, que no aborda directamente tampoco la cuestión de la edad y de la capacidad para el reconocimiento, si se ocupa de ella, al tratar de la legitimación por decreto de la Autoridad Pública, y resuelve que, si el que solicita la legitimación de un hijo natural tiene restringida su capacidad, necesita el asentimiento de un representante legal y la aprobación del Tribunal de Tutela (art. 1729).-

La disposición es perfectamente aplicable al reconocimiento en documento público a que se refiere - el artículo 1818.

Interesante es, a este respecto, el punto de vista del Código portugués. Según el artículo 125 de este cuerpo legal, puede reconocer al hijo todo el que sea hábil para contraer matrimonio durante los 120 primeros días de los 300 que preceden el nacimiento de aquél, y que legalmente se reputa plazo máximo de la concepción.

Es una doctrina que se basa en la capacidad del padre para matrimonio, en relación con la época de concepción del hijo. Según este Código, puede, ser pues, reconocer todo el que tenga edad para contraer matrimonio y no adolezca de ninguna incapacidad para celebrarlo, durante los 120 primeros días de los 300 que preceden al nacimiento del hijo a quien se trata de reconocer.

El Código argentino no establece tampoco directamente nada respecto a la edad para poder efectuar válidamente el reconocimiento, pero, como igual que el Código francés, permite que puede legitimarse por matrimonio a hijos reconocidos antes o en el acto - del mismo de

la celebración de aquél, resulta que puede reconocer al que tenga edad para contraer matrimonio, siempre que, - atendida su edad, y la del hijo, sea verosímil la paternidad.

El Código civil del Brasil, en el artículo 353, admite el reconocimiento en acto de matrimonio o por testamento, de donde se sigue que basta la edad exigida para poder celebrar aquél u otorgar éste, a fin de poder también reconocer al hijo natural. Si el reconocimiento se hace en escritura pública, se seguirán las reglas generales de la capacidad.

Idéntica doctrina se deriva de lo dispuesto en el artículo 357 del Código civil de Perú.

El vigente en México, establece un límite de edad - para reconocer que es la misma exigida para poder contraer matrimonio. En efecto, en su artículo 361 consigna claramente "que pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio", y añade, - con expresión poco feliz y tratando de resolver el problema de la verosimilitud de la paternidad. "más la edad del hijo que va a ser reconocido". Ha querido decir, sin duda, el Código que el padre no podrá reconocer al hijo nacido antes de que aquél haya llegado a la edad fijada para contraer válidamente matrimonio.

FORMA EXIGIDA PARA EL RECONOCIMIENTO

Las legislaciones, casi sin excepción, admiten que el reconocimiento puede ser hecho por los padres en forma conjunta o separada, y también existe unanimidad en admitir el reconocimiento efectuado por medio de documento o acto auténtico.

Como tales se estiman, generalmente, el acta de nacimiento del hijo o del matrimonio de los padres, la escritura pública, el testamento y la declaración ante un juez.

Veamos cómo se producen a este respecto las principales legislaciones.-

El Código civil francés, en su artículo 334, ordena que el reconocimiento debe hacerse en el acta de nacimiento del hijo o en otra acta auténtica, y la jurisprudencia declara que como actas auténticas deben considerarse la escritura pública y el testamento, aunque no el ológrafo, porque carece en su origen de los caracteres esenciales de la autenticidad, que sólo adquiere mediante la posterior adverbación.

El Código suizo señala como formas de reconocimiento, en su artículo 303, el acta auténtica y la disposición por causa de muerte. Ya sabemos que puede hacerse en el acta mismo del matrimonio de los padres, cuando se trata de legitimar a los reconocidos.

El Código civil de Portugal ordena que el reconocimiento se haga en acta de nacimiento, en testamento o en acta público.

El Código civil alemán, por su parte, exige, en el artículo 1718, simplemente el documento público.-

Entre los códigos americanos, el brasileño y el peruano ordenan, en sus artículos 357 y 354, respectivamente, que el reconocimiento se haga en acta de nacimiento en escritura pública o en testamento.

El argentino contiene la particularidad de que no admite en todos los casos el carácter irrevocable del reconocimiento, distingue entre reconocimiento irrevoc-

able y reconocimiento que puede ser revocado. No irrevocable el hecho por medio de escritura pública o por declaración o manifestación ante los jueces. Por el contrario, y a la inversa de lo que disponen las demás legislaciones, que, a pesar de la naturaleza revocable del testamento otorgan al reconocimiento hecho en él, la condición de la irrevocabilidad, el Código argentino declara que el reconocimiento de un hijo hecho en testamento está siempre sujeto a revocación (art. 332-366 y 333-367).

Contrastando con las demás legislaciones que, como hasta ahora hemos visto, exigen que el reconocimiento sea siempre un acto expreso, el Código civil en Uruguay admite que tenga lugar tanto expresa como tácitamente.-

El primero puede hacerse ante el oficial del Registro del Estado Civil, bien sea en el acta del nacimiento del reconocido o después, por escritura pública o por testamento. El tácito resulta de la constatación ante juez competente, de la posesión notoria de estado civil (art. 233).-

La misma posición adopta con respecto a este punto el Código civil de Venezuela, en su artículo 214.

El vigente en México señala, a nuestro juicio, con gran claridad y acierto, cinco formas de reconocimiento a saber: primera, la partida o acta de nacimiento del hijo ante el oficial del Registro Civil; segunda, un acta especial ante el mismo oficial; tercera, la escritura pública; cuarta, el testamento; y quinta, la confesión judicial expresa y directa.

No recoge este cuerpo legal la posesión de estado, como los códigos uruguayos y venezolanos, porque más --

que un verdadero reconocimiento constituye una prueba de filiación.

EFFECTOS QUE PRODUCE EL RECONOCIMIENTO

Existe verdadera unanimidad en las legislaciones en estimar que el reconocimiento sólo surte efectos respecto del padre o madre que reconoce, y que, cuando el reconocimiento es unilateral, el hecho por uno de los padres no liga al otro progenitor.

Sentado este principio general, debemos decir que los efectos que el reconocimiento produce, pueden examinarse en relación con el hijo reconocido o con el padre que reconoce respecto del hijo reconocido, - estos efectos suelen producir el derecho a ostentar el apellido o nombre de familia del padre o madre que reconoce, así como el que queda sujeto al hijo menor de edad, a la patria potestad, guarda y custodia del padre o de la madre que efectúa el reconocimiento, y si éste fuese conjunto, generalmente a la potestad del padre. También se cuenta entre estos efectos el de adquirir el derecho de alimentos respecto del padre o madre, reconocientes, y en el de ostentar determinados derechos sucesorios en la herencia del que reconoce, o de los que reconocen, si el reconocimiento fuese efectuado por el padre y por la madre.-

La designación de la persona que debe ejercer la patria potestad, en los casos en que el hijo sea menor y el reconocimiento se haga por ambos progenitores separadamente, es cuestión que resuelve la legislación de cada país con peculiar criterio, no siempre concordante con el de los demás.-

Existe un grupo numeroso, que aún habiendo modificado su criterio anterior, mucho más rígido para sus hijos.

extramatrimoniales, cónserva todavía grandes diferencias entre éstos y los matrimoniales o legítimos, dando a los últimos notoria preferencia y otorgándoles más amplios derechos, sobre todo en materia de sucesión; y otro grupo más reducido, pero más adelantado y a nuestro juicio mucho más justo, que se esfuerza en equiparar unos y otros hijos, con el fin de ser iguales ante la ley a los que son iguales por naturaleza, ante quien los engendró.

En el primer grupo figura el Código Civil francés, que separa el hijo extramatrimonial de la familia del padre o madre que lo reconoció o de quién fue declarado judicialmente tal hijo, y sólo concede a éste determinados derechos y deberes respecto del padre o madre recíprocamente a los últimos en relación con el hijo, sin extenderlos a la familia, y limitando los derechos del reconocido, en relación con los hijos matrimoniales si los hubiera, en la forma que precisa el artículo 338 concordando con las 757 a 760.-

Idéntico criterio sigue el Código español en su artículo 134. También se pronuncia en idéntico sentido el Código Civil portugués de acuerdo en tal punto con el Código Civil italiano.-

Es sabido que el Código Civil alemán, si bien concede al hijo extramatrimonial que llame natural todos los derechos del hijo legítimo respecto de la madre (art. 1705), en cambio, respecto del padre, sólo le otorga un derecho de alimentos hasta la edad de 16 años cumplidos, salvo el caso de incapacidad física o mental que le impida atender a las necesidades de su vida.-

Entre las legislaciones americanas, siguen el criterio de desigualdad que hemos indicado los códigos argentino que señalan marcada diferencias en cuanto a los derechos de unos y otros hijos, en los artículos 327 a 330 del Código argentino, así como el peruano, que procede del mismo modo en su artículo 762. Podemos añadir también a los anteriormente enumerados los códigos de, Brasil y Uruguay.

En el segundo grupo debemos incluir al Código civil suizo, el soviético de la familia, el moderno de Venezuela, y al Mexicano.-

El Código civil suizo equipara en absoluto al hijo legítimo y al ilegítimo respecto de la madre y también respecto del padre, cuando ha mediado por parte de éste reconocimiento expreso o una declaración judicial de la paternidad. La única diferencia está en la cuota hereditaria, que, tratándose de la sucesión legítima del padre, se reduce, para los hijos ilegítimos o extramatrimoniales, a la mitad de la cuota señalada a los hijos legítimos, según el artículo 461, párrafo tercero del mismo Código.

El novísimo Código civil de Venezuela, el que -- también nos hemos referido, establece, en el artículo 226, la paridad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, aunque escapa, igual que el suizo, la antigua e inexacta nomenclatura de hijos legítimos e ilegítimos.-

Por su parte, el Código vigente en México, sigue idéntico criterio, si bien varía la denominación y no habla de hijos ilegítimos, lo cual concuerda más con su sistema que concede a unos y a otros los mismos derechos, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 369, en relación con el 1607 del mismo cuerpo legal.

Los efectos del reconocimiento, en relación con el padre o madre, o los padres que reconocen, consisten, casi sin excepción, en atribuir al reconocimiento o a uno de ellos, en el caso de ser el padre y la madre, - el ejercicio de la patria potestad, en conferirles un derecho recíproco de alimentos respecto del hijo, y en otorgarle vacaciones sucesorias más o menos amplias, - en la sucesión de éste.-

Debemos, sin embargo, recordar que en cuanto a la atribución de la patria potestad al padre o madre que reconoce, constituye una excepción muy destacada el Código civil alemán, que aun concediendo al hijo reconocido en relación con la madre y con los parientes de éste, idéntica condición que al legítimo, niega sin embargo a aquélla el derecho de patria potestad y la representación del hijo y ordena que éste sea provisto - en su lugar oportuno.-

Tampoco puede decirse que no existan ciertas excepciones respecto de los derechos de alimentos y sucesorios nacidos a favor del padre que reconozca, en relación con el hijo reconocido. Hay casos en los cuales algunas legislaciones niegan esos derechos a los padres para evitar que el interés, y no el cumplimiento del deber y el cariño, sean los móviles de su reconocimiento poco favorable al reconocido o a sus descendientes, sobre todo si no ha sido consentido por ellos o no ha mediado posesión de estado.-

Los efectos del reconocimiento, en cuanto al hijo reconocido, son, por regla general, y salvo las excepciones del derecho alemán a que nos hemos referido anteriormente, el poder usar el apellido del padre o madre que lo haya reconocido, el quedar, si es menor de-

edad, sujeto a la potestad del mismo, y en el caso de ser reconocido por el padre y la madre, de aquel que la ley determine, el tener respecto del que reconoce un recíproco derecho de alimentos y una vección social más o menos amplia, según el criterio de cada legislación, que llega en algunas, según hemos visto, a equiparar al hijo extramatrimonial con el matrimonial.-

El reconocimiento, por constituir un acto declarativo, es irrevocable y no puede sujetarse a modo, condición o término. Esta doctrina es casi general de las legislaciones, según puede comprobarse por las citas que a continuación hacemos.

El Código civil español no sienta claramente el principio de la irrevocabilidad, pero muestra su criterio, si se advierte que como permite el reconocimiento *den testamento* y éste es por naturaleza revocable, declara, en el artículo 741, "que el reconocimiento de un hijo ilegítimo se pierde su fuerza legal, aunque se reveque el estamento en que se hizo".

El Código de Brasil, guiado por el mismo pensamiento de la condición declarativa del reconocimiento, ordena, en el artículo 361, que no se podrá sujetar a condición ni a término el reconocimiento de un hijo.

El de Perú, más claro y concluyente, consigna, en el artículo 359, que el reconocimiento es irrevocable y no admite modalidad; y el de Venezuela, en el artículo 217, establece, con más precisión aun, que el reconocimiento es declarativo de la filiación y no puede revocarse. En análogos términos se expresa el Código civil de Uruguay, en su artículo 215.

Excepciones limitadas de este criterio legislativo son los códigos argentino y mexicano.

El primero, o sea el argentino, declara, siguiendo la norma general, irrevocable e incondicional, el reconocimiento hecho en acts de nacimiento o en documento público inter vivos, según resulta del artículo que lleva los números 332- 366, pero, cuando se trata del reconocimiento hecho en disposición testamentaria, el artículo siguiente lo declara siempre revocable inclinándose hacia la naturaleza siempre variable del acto en que se contiene, frente a la invariabilidad del contenido referente al reconocimiento, proclamada por las demás legislaciones.-

Por su parte, el Código civil mexicano, concigna también, en el artículo 367 pero posee antes, en el artículo 363, admite una excepción, desde luego más justificada que la del Código argentino, declarando que, no obstante los complementos de capacidad exigidos en el artículo anterior, cuando se trata del reconocimiento efectuado por un menor de edad, éste podrá revocarlo, si prueba que sufrió engaño al hacerlo, y estará asistido de acción o posibilidad de realizar la revocación hasta cuatro años después de haberle llegado a la mayor edad. De los términos del precepto se deduce que se trata de un caso de revocación especial lo cual no consiste en una mera declaración unilateral de voluntad, sino en una acción que queda sujeta a las contingencias de un juicio y de una prueba para justificar no el error, sino el engaño de quien reconoció y afectado por una prescripción de cuatro años, que empieza a contarse desde la mayoría de edad del menor que efectuó el reconocimiento. Es más bien una forma de impugnación por parte del mismo que reconoció, la -

cual se confunde fácilmente con la revocación.-

Al tratar de los efectos del reconocimiento, es digna de señalar la prohibición consignada en varias legislaciones y relativa a que el cónyuge que durante el matrimonio reconoce algún hijo habido con persona distinta del otro esposo, ya sea concebido antes o después del matrimonio, no puede llevar a la casa conyugal al hijo extraño, sin el consentimiento del otro cónyuge o al menos sin que éste haya consentido de modo expreso el reconocimiento.-

Esta prohibición la consignan en términos diferentes, pero con absoluta coincidencia en el concepto, - los códigos civiles de Brasil (artículo 359), Chile - (art. 375), Perú (art. 260), Venezuela (art. 220), y México, (art. 373).-

También varios códigos y leyes reguladoras de esta materia, y entre ellos el mexicano que acabamos de aludir consignan que no podrá reconocerse válidamente a un hijo concebido de mujer casada o que goce de la condición de legítima, mientras el marido de aquélla no lo desconozca, y por sentencia ejecutoria se declare que no es hijo suyo.

Por su parte, el Código francés, en su posición - siempre defensiva de la familia legítima, declara, en el artículo 337, que el reconocimiento de los hijos - ilegítimos no podrá en ningún caso perjudicar los - derechos de la descendencia legítima que tuviera el - que reconoce.-

El reconocimiento, según hemos dicho anteriormente, es declarativo y no constitutivo de la paternidad, la cual se origina en la concepción o al menos en el nacimiento del hijo y no en el reconocimiento. Por tal

razón, éste tiene siempre efecto retroactivo en beneficio del hijo y desde la fecha de nacimiento. Tal es la doctrina generalmente admitida, aunque los textos legales no siempre lo consignan de modo concreto y especial.

Sin embargo, el moderno Código civil de Venezuela, la consagra de modo terminante en su artículo 216, al afirmar rotundamente el carácter declarativo del reconocimiento. De ese carácter nace precisamente la condición de la irrevocabilidad del reconocimiento, que, según hemos tenido ocasión de ver, está casi universalmente admitida.

El Código civil de Uruguay, con previsión digna de aplauso, se ocupa, en su artículo 216 del interesante problema del reconocimiento de un mismo hijo por dos o más personas de igual sexo, o sea del doble reconocimiento, y para la solución de dicho problema, formula el siguiente precepto: "Si alguno fuese reconocido como hijo natural, por más de un hombre como su padre, o por más de una mujer como su madre, no habrá prueba de paternidad o de maternidad, mientras que uno de estos reconocimientos contradictorios no sea excluido por sentencia ejecutoria". Suspense, pues, todos los efectos del reconocimiento, remitiendo la cuestión a los tribunales de justicia, para que, con intervención de todas las partes interesadas y del Ministerio Público, decidan cuál de los reconocimientos contradictorios debe prevalecer. Esta parece una solución acertada y la menos expuesta al error en que fácilmente puede incurrir la casuística de la ley, en materias de esta índole.-

LA IGUALDAD JURIDICA FUNDAMENTADA

Existe en la naturaleza humana un conjunto de sen-

timientos, pensamientos y voliciones, con reactividad uniforme ante los hechos de la vida, no extraído o aprendido de los libros: es un sentimiento natural espontáneo, un modo de pensar uniforme, una voluntad congénita, una reacción idéntica ante los estímulos de la vida externa que afectan o ponen en juego la vida interna.-

Dictamen de la razón que prescribe lo que se debe hacer u omitir, según unos; sentimiento y principio de equidad grabado por la naturaleza en el corazón de todos los hombres, según otros; y por último, regla de conducta que Dios ha promulgado al linaje humano, por medio de la resta razón, en concepto de varios otros, eso es la Ley Natural.

El conjunto de los dictados naturales se denomina Derecho Natural.

Fernando Vales lo considera como conjunto de preceptos en estado de concepción ideal, cuyo conocimiento adquirimos por medio de nuestra razón.-

Montesquieu, en "L' esprit des Loix", acorde con Juan Jacobo Rousseau, lo concibe como las normas que habrían gobernado al hombre en el estado natural, antes del establecimiento de toda sociedad, derivadas consecuencial y únicamente de la constitución de nuestro ser.-

Sobre este derecho natural, origen o fuente inspiradora de las leyes humanas, de estirpe indudablemente superior y noble por excelencia, queremos fundar expresamente nuestra concepción y criterio de la igualdad jurídica en materia de filiación.

Existe, en efecto, en la razón desprevenida y

clara del ser humano, un conjunto de enunciaciones que no puede rechazar ni contravertir, debido a la evidencia o verdad instantánea que ofrece; tales enunciaciones, en la materia de nuestros estudios, pueden concebirse así: biológicamente considerado el hombre, constituye un organismo, posee una vida orgánica; esta vida organizada para subsistir como tal, necesita de un conjunto de medios, principalmente de índole natural y económicos, como el alimento, el vestido, el alojamiento, la higiene, etc; psicológicamente apreciado, posee la razón, la inteligencia, la consciencia, la voluntad, la capacidad de sensibilidad y de sentimientos; socialmente contemplado, pertenece al linaje o especie humana, a la colectividad que forman los seres dotados de razón; pero esto, que es elemental, envuelve consecuencia de índole a la vez onerosa y jurídica; contiene, necesariamente, como responsivos a tales necesidades, los derechos o alimentos, a vestuarios, a habitación, a cuidados y suministros de los padres - por medio de la patria potestad, derechos al ejercicio desarrollo y cultura de la inteligencia, de la voluntad, de los sentimientos; derecho a ser sostenido para elaborar una carrera profesional que le asegure medio de subsistencia, este desde luego cuando las posibilidades patrimoniales de los padres lo permiten.-

Estos derechos se admiten por la sana razón, se aceptan por el sentimiento universal humano, constituyen un patrimonio jurídico que subyace en la conciencia, que constituyen las vibraciones auténticas del ser íntimo y humano; son, en una palabra realidades de derecho natural genuino, auténtico dictado de sí.

Nos no debe creerse que estos derechos originales o fundamentales son patrimonio apenas disponible para el beneficio apenas particular de algunos de los asociados humanos; en manera alguna; esos derechos los

tiene todo hombre por el sólo hecho de serlo, y ninguna legislación puede racionalmente desconocerlos ni dejar de garantizarlos, sin contaminarse de arbitrariedad ó inhumanidad, cosa que hay que advertir, por otra parte, no ha dejado de acontecer en algunas legislaciones, inclusive la nuestra de 1887.-

Así las cosas, para ser lógicos con los postulados anteriormente enunciados, sentamos en armonía con ellos la siguiente conclusión: "los hijos por el hecho de serlo tienen naturalmente las mismas necesidades y por consecuencia estrictamente racional e ineludible, deben estar asistidos e investidos cuantitativa y cuantitativamente de los mismos derechos para satisfacerlos?-

Si se acepta una conclusión distinta, ésta sería ilógica o acomodaticia, e injusta o inequitativa, segaría o simplemente adúltera; en efecto, sería admitir, o que hay hijos desprovistos de sistema digestivo, respiratorio, circulatorio, nervioso, o de aptitudes físicas, es decir, que poseen una vida humana organizada de distintas maneras a como ella lo están en el organismo de otros hijos, llamados legítimos, y, que por tanto, no tienen aquellos las mismas necesidad de nutrirse, higienizarse y desarrollarse que afecta a éstos o que, aunque humanos ambos y con las mismas necesidades, a los unos se le debe arribillar o negar sus derechos de satisfacerlas, mientras que a los otros se les conceden enteramente todos los derechos.-

Sólo así se explicaría el rompimiento violento de la igualdad natural de los hijos, con repercusiones subsiguiente en una posible desigualdad jurídica; - pero a la simple enunciación de tales conclusiones, se adierte la monstruosidad que envuelven, tanto - ellas como las previsiones adoptadas.-

Por tanto, el principio de igualdad natural entre los hijos, como generador de igualdad jurídica para satisfacer las necesidades que le son comunes, pertenecen al derecho natural, pero a un derecho natural puro, superior, extraordinariamente esencial, alejado del convencionalismo y de la tradición social; la ley positiva debe por tanto inspirarse en la imparcialidad del enunciado principio de orden natural; debe imitarlo o consagrarlo en sus normas positivas, a fin de que socialmente sea obligatoria y constituya un tributo de adhesión a un derecho superior, a una norma esculpida en la conciencia de la naturaleza humana íntima, que no debe ser mutilada ni pretermitida por intereses, prejuicios o egoísmos de raza, religión o casta.-

Este concepto es en el plano de la razón, de la equidad y la justicia incontestable; en consecuencia de la ley positiva, preferencialmente en esta materia en comparación con otras, debe seguir el concepto o espíritu de la definición de ley dada por Santo Tomás, "Quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, et ad ea, qui curam communitatis habet, promulgata" (Summa Theológica); debe refrendarlo y acogerlo para perfeccionar el derecho positivo, así desde el punto de su base o fundamento, como de su porvenir y verdaderas finalidades.-

Durante largos periodos de tiempo y en leyes de diversos países se han tergiversados y olvidados esta obligación del órgano legislativo del poder público, dándosele un rumbo admisibilidad y curso a las ideas acomodaticias, refractarias y hasta inhumanas y a veces del prejuicio social, determinados por influencias diferenciadoras, de carácter político, religioso, de clase, etc; las cuales tienen por base una interpretación vergonzante del espíritu evangélico o erróneos conceptos políticos e sociológicos.-

CAPITULO IV

EVOLUCION DEL DERECHO COLOMBIANO EN ESTA MATERIA

Nos interesa establecer el régimen jurídico de la filiación ilegítima a partir del Código Civil Chileno-adoptado por la Unión Colombiana en 1873, pues constituye la legislación básica en la materia, y todo esto con el fin de no internarnos demasiado en la disertación histórica. El artículo 318 del Código adoptado por la Unión de 1873, posteriormente erigido en Código de la República Unitaria por la Ley 57 de 1887, comprendía bajo la denominación de hijos naturales a los nacidos fuera del matrimonio que hubieran sido reconocidos por sus padres o por uno de ellos; el reconocimiento del hijo era solemne, pues requería hacerse por instrumento público entre vivos o por acto testamentario; la paternidad podía investigarse por los siguientes medios: Por la citación del presunto padre ante el juez para que declarara bajo juramento si creía ser padre del presunto hijo, accián ésta de que gozaban el hijo mismo, y el tutor o curador como representantes del hijo, y en defecto de éstos, cualquiera persona que probara haber cuidado de la crianza del hijo; la declaración afirmativa del juramento daba al hijo la calidad de natural, con igualdad de condiciones respecto del hijo reconocido solemnemente; si el padre se abstenía de comparecer, pudiendo, y se había repetido una vez la citación; expresándose el objeto de ella, se miraba como reconocido la paternidad; tenía el hijo respecto de sus padres el derecho de ser cuidado personalmente en los mismos términos en que lo estaría el hijo legítimo; con la reserva de estar impedido legalmente el padre natural para llevar,

var al hijo al hogar sin el consentimiento del otro cónyuge; gastos de crianza y aprendizaje de una profesión u oficio, estaban incluidos como mínimum de obligaciones del padre para con su hijo natural; el reconocimiento de los padres o de uno de ellos podía impugnarse por quienes probaran tener interés actual en ello; durante la impugnación, para ser ésta favorecida, debía probarse plenamente alguna de las causas siguientes: que el reconocido no había podido tener por madre al reconocedor o que, el reconocido no había podido tener por madre a la reconocedora; respecto de la madre, podía también hacerse comparecer ante el juez para que manifestara si el presunto hijo era suyo, y en caso de declaración negativa, podía el interesado o sus representantes aducir pruebas de la maternidad por medio de testimonios fehacientes que establecieran el hecho del parto y la identidad del hijo.

En cuanto a las presunciones legales establecidas en favor del hijo, tenemos dos importantes, a saber: - los hijos de concubina de un hombre serán tenidos como hijos de éste, a menos que se compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción, estuvo imposibilitado para tener acceso a la mujer; legalmente se consideraba únicamente como concubina a la mujer que vivía públicamente con determinado hombre, como si ambos fuesen casados entre sí, pero con la condición de que fueran libres, es decir, solteros o viudos; la segunda presunción legal consistía en considerar como hijo del raptor, al hijo concebido durante el tiempo en que la robada estuviera en poder del raptor; es claro que por medios fehacientes debía probarse el hecho del raptor; además, en dicho caso debía el raptor suministrar alimentos congruos a la madre y al hijo; la acción respectiva expiraba en 10 años contados desde -

la fecha en que pudo intentarse; lo mismo que en la actualidad, el hecho de seducir a una menor haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado está, - es rapto, aunque no se emplee la fuerza.-

Respecto de la importante materia del derecho sucesorio de los hijos naturales, según el régimen de aquel código, el hijo natural no podía ser excluido por el hijo legítimo; eran llamados a la sucesión abintestato los descendientes, ascendientes y colaterales legítimos, los hijos, padres y hermanos naturales, el cónyuge superviviente y en último lugar el fisco (art. 1040).

El derecho de presentación existía, como existe hoy, es decir, en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de los hermanos naturales; para mayor claridad transcribimos las disposiciones pertinentes del derecho sucesorio del hijo natural en aquel código, reformado posteriormente en esa parte por la Ley 153 de 1887.-

Artículo 1.045. "Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado los hijos legítimos y naturales; la herencia se dividirá en cinco: cuatro para los hijos legítimos exclusivamente y una parte para todos los naturales. Estos últimos pueden optar libremente por la herencia o por los alimentos a que tengan derecho, según la ley.-

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la porción conyugal que corresponde al cónyuge sobreviviente.

Artículo 1.046. "Si el difunto no ha dejado posteridad legitima, le sucederán sus ascendientes legitimos del grado más próximo, su cónyuge y sus hijos naturales. La herencia se dividirá en cinco partes, tres para los ascendientes legitimos, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales.

No habiendo cónyuge ni hijos naturales, pertenecerá toda la herencia a los ascendientes legitimos.-

Habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.-

Artículo 1.047. "Si el difunto no hubiere dejado descendiente ni ascendiente legitimo, le sucederán sus hermanos legitimos, su cónyuge y sus hijos naturales; la herencia se dividirá en tres partes: una para los hermanos legitimos, otra para el cónyuge y otra para los hijos naturales.-

No habiendo cónyuge, o no habiendo hijos naturales, sucederán en la mitad de los bienes los hermanos legitimos, y en la otra mitad los hijos naturales o el cónyuge.-

No habiendo hijos naturales ni cónyuge sobreviviente, llevarán toda la herencia los hermanos.-

Entre los hermanos legitimos de que habla este artículo se comprenderán aun los que solamente lo sean por parte de padre o por parte de madre, pero la porción del hermano carnal.-

No habiendo hermanos carnales, los hermanos legitimos, paternos o maternos, llevarán toda la herencia o toda la porción hereditaria de los hermanos.-

Artículo 1.048. "Si el difunto no ha dejado descendientes, ascendientes ni hermanos legítimos, llevarán - la mitad de los bienes el cónyuge sobreviviente y la - otra mitad los hijos naturales.-"

A falta de éstos, llevará todos los bienes el cónyuge; y a falta de cónyuge, los hijos naturales".-

Artículo 1.049. "A falta de descendientes, ascen-- dientes y hermanos legítimos, de cónyuge sobreviviente- y de hijos naturales, sucederán al difunto los otros co- laterales legítimos, según las reglas siguientes:

- 1º El colateral o los colaterales del grado más próximo excluirán siempre a los otros.
- 2º Los derechos de sucesión de los colaterales no se ex- tienden más allá del décimo grado.
- 3º Los colaterales de simple conjunción, esto es, los - que sólo son parientes del difunto por parte de pa-- dre o por parte de madre, gozan de los mismos derechos- que los colaterales de doble conjunción, esto es, - los que sólo son parientes del difunto por parte de- padre y por parte de madre?-

Artículo 1.050. "Muerto un hijo natural, que no de- je descendientes legítimos, se deferirá su herencia, en el orden y según las reglas siguiente:

Primeraente a sus hijos naturales.

En segundo lugar a sus padres. Si solamente uno de ellos tuviere la calidad legal de padre o madre natural, a é- ste sólo se deferirá la herencia.-

En tercer lugar a aquéllos de los hermanos que fueron - hijos legítimos o naturales del mismo padre, de la mis- ma madre o de ambos, todos ellos sucederán simultánea- mente; pero el hermano carnal llevará doble porción que el paterno o materno.-

La calidad del hijo legítimo no dará derecho a mayor porción que la del que sólo es hijo natural del mismo padre o madre.-

Habiendo cónyuge sobreviviente concurrirá con los padres o hermanos naturales; en concurrencia de los primos o de uno de ellos le cabrá la cuarta parte de los bienes, y en concurrencia de uno o más de los segundos, la mitad.-

Artículo 1051. "A falta de todos los herederos abintestato, designados en los artículos precedentes, sucederá el fisco".-

En general, el régimen del código de la Unión de 1873, es superior al régimen de la Ley 153 de 1887, como veremos al examinar las disposiciones de ésta; las presunciones de paternidad en los casos de concubinato y de raptó son más amplias en el código referido que en la citada ley, la cual no estableció la presunción de paternidad del concubinato a favor de los hijos, ni dio el mismo alcance en cuanto a prestación de alimentos en la instancia del hijo o de sus autorizados representantes, pues no producía plenitud de efectos; en cuanto a los hijos que podían ser reconocidos no se hacía distinción en el código; tan sólo se requería que hubieran nacido fuera del matrimonio; en cambio en la Ley 153 de 1887, se restringió la capacidad de ser reconocido, a los hijos que no fueran de dañado o punible ayuntamiento-. El código de 1873 estableció la siguiente división de la filiación, actualmente reformada.-

Es hijo legítimo el concebido durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produce efectos civiles, y los legitimados por matrimonio posterior a la concepción; los demás hijos se consideraban ilegítimos, estableciendo entre ellos categorías, en atención

a la calidad del hecho generador de que procedían, - así: naturales, los habidos fuera del matrimonio por personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción y que además hubieran obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o de ambos, otorgado por escritura pública o en testamento; de dañado e punible ayuntamiento; es decir, de cohabitación delictuosa, subdivididos en dos grupos: hijos adulterinos e incestuosos, adulterinos eran los concebidos en adulterio, es decir, entre dos personas de las cuales una, por lo menos, estaba casada al tiempo de la concepción con otra, a menos que el hijo procediera de matrimonio putativo que produjese efectos civiles; incestuosos eran los hijos habidos entre dos personas que no pueden casarse por relaciones de parentesco natural o civil, y por las cuales sería nulo el matrimonio; simplemente ilegítimos eran respecto del padre - los hijos naturales en el hecho, o los espurios (dañado y punible ayuntamiento), pero aún no reconocidos por el padre; respecto de la madre, lo era el hijo espurio a quien la madre no había reconocido ni tenido como hijo de manera pública y notoria.-

El código de 1873 que hemos venido analizando en lo referente a filiación natural, establecía además - derecho de comprobar la maternidad fuera del caso de declaración de la madre, pues en el caso de que ésta la negase, por testimonios fehacientes que establecieran el hecho del parto y la identidad del hijo, podía comprobarse. La naturalidad en el padre resultaba de su voluntad expresamente manifestada, mientras que en la madre era un hecho, susceptible de prueba.-

En cuanto al derecho sucesoral, es digno de notarse que los hijos naturales concurrían con los legiti-

no existía, como racionalmente no debe existir, - exclusión de los hijos legítimos en daño de las necesidades del hijo natural; tan sólo observaremos que - el desarrollo práctico de ese principio era casi nulo en concurrencia con los hijos legítimos, pues - sólo la quinta parte le correspondía a los hijos naturales, fuera de olvidar por completo a los hijos simplemente ilegítimos, y a los de dafiado y punible ayuntamiento; aunque podía presentarse el caso de uno o dos hijos legítimos, caso raro en que el hijo natural saldría beneficiado; en cambio en los casos en que - quedan muchos hijos naturales y pocos legítimos, caso frecuente, salían aquellos enormemente lesionados en su cuota; demos el caso de un haber líquido de \$ 100.000.00, 3 hijos legítimos y 5 naturales; en tal caso, que es de un tipo muy común en la realidad social de la procreación, tenemos:

\$ 100.000.00 ÷ 5 = 20.000.00
 Cuota para los 5 hijos naturales = \$ 20.000.00
 Cuota para los 3 hijos legítimos = \$ 80.000.00
 Cuota correspondiente a cada hijo legítimo = \$ 26.666.66
 Cuota correspondiente a cada hijo natural = \$ 4.000.00

La desproporción no puede ser mayor en ese caso que representa un término medio.-

Los artículos 1.047, 1.048, 1.050 y 1.052 fueron conservados por la Ley 153 de 1887.-

La patria potestad no estaba establecida en favor del hijo natural.-

Una vez precisados estos rasgos del Código Civil de 1873, adoptado para la República en 1887, Ley 57, vamos a exponer en lo pertinente las leyes subsiguientes que lo lesionaron o adicionaron.

En primer lugar, tenemos la Ley 57 de 1887, la cual en su artículo 7º estableció:

Artículo 7º. "Se llaman hijos naturales los habidos fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre, madre, o ambos, otorgado por escritura pública, o por acto testamentario, o de conformidad con el artículo 368 del Código.

No obstante lo dispuesto en el aparte que precede, se reputarán hijos naturales respecto de la madre, y para todos los efectos civiles, los habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción?

Importante disposición ésta, pues estableció un modo más para hacer los padres el reconocimiento voluntario de sus hijos, es a saber, conforme el artículo 368 del Código de 1873, el cual dice:

Artículo 368. "Cuando el padre reconoce a un hijo natural en el acto del nacimiento, bastará que firme el acta de registro respectivo en prueba del reconocimiento".

Además, incorporó en el Código Civil un principio adelantado, establecido ya por una ley en la Asamblea Legislativa de Antioquia en 1875, en virtud del cual, se presumen hijos naturales de la madre, no sólo los que hubieran sido reconocidos por ésta, sino también todos aquellos habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción; de manera que, probados el parto y la identidad del hijo, éste adquiría por ministerio de la ley la calidad de hijo natural respecto de la madre, y así, el reconocimiento solemne no se necesitaba en manera alguna. Este sistema, ajustado-

a la realidad indestructible del hecho de la maternidad, impidió el que se siguiera consumando una atrocidad, consistente en que los hijos naturales eran excluidos en la sucesión de su propia madre, por los colaterales legítimos, por falta de un reconocimiento solemne.-

El sistema ha sido respetado integralmente en el nuevo derecho. El artículo 21 restringió sin embargo los efectos del reconocimiento forzoso hecho ante el juez por el padre; el hijo ilegítimo no reconocido voluntariamente, podía pedir que el padre le reconociese para el solo efecto de exigir alimentos; esta restricción no la consagraba el Código de 1873.-

En seguida se expidió en el mismo año la Ley 153 de 1887, inspirada directamente en una tendencia reaccionaria, ajena a una comprensión profunda y humanitaria del problema, mancillada desde su nacimiento por sectarismo político-religioso que opacó la visión jurídica de la materia de la filiación natural.-

Algunos juristas ponderan dicha ley, considerándola como la más sabia y moral de la legislación colombiana; sin embargo, el espíritu de sus disposiciones es inequitativo e injusto; obedese, no a la razón serena sino al rencor arbitrario de un perjuicio; en la evolución moderna del derecho, aquella ley aparece ante los ojos de sociólogos, jurisconsultos y legisladores, como el producto concentrado de una evolución hoy muy antigua, patriarcal, en que se creía que el Estado y el Órgano Legislativo, no pueden servir sino de instrumento para la consignación de tendencias dogmáticas, ciegamente rígidas y exclusivistas; lo consignado en esa ley, referente a la filiación natural, es el producto del perjuicio que inundó aquella etapa

de la república; la Ley no busca satisfacer las necesidades y fines generales de la comunidad, ni amparar y proteger a todos los colombianos en sus derechos, si no hacer leyes de casta, estableciendo distingos egoístas, acomodando el organismo social a ideas ajenas a los principios que deben presidir la organización, dirección y finalidades del Estado; por tanto, no puede extrañar que aquella ley incurra en injusticias indisculpables, cínicas si se quiere, hijas de un gratuito-despotismo.-

La Ley 153 de 1887, comenzó en su artículo 54 por establecer lo siguiente:

Artículo 54. "Los hijos nacidos fuera del matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por los padres o por uno de ellos, y tendrán la igualdad legal de hijos naturales respecto del padre o de la madre que los hubiere reconocido".

Los hijos pueden ser de cuatro clases: los concebidos y nacidos antes del matrimonio, los concebidos antes y nacidos en él, los concebidos y nacidos durante el matrimonio, y los concebidos durante el matrimonio y nacidos fuera de éste, por disolución del matrimonio, por muerte del padre, o por otra causa suficiente; también pueden incluirse los hijos concebidos y nacidos después de la disolución del matrimonio; lógicamente el legislador quiso referirse a los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio, ya que para los hijos concebidos antes y nacidos en él existe la legitimación, la presunción de la paternidad conforme al artículo 92 del Código, y la impugnación de la legitimidad del hijo, así como para los concebidos y nacidos dentro del matrimonio la presunción de legitimidad, y

para los concebidos durante el matrimonio pero nacidos fuera de él dentro de los términos fijados en el artículo 92, igual presunción; se incurre por tanto en impropiedad del lenguaje al decir hijos nacidos fuera del matrimonio, ya que de ellos, unos pueden ser legítimos, (hijos póstumos, v. gr.), e ilegítimos los otros.

La sabiduría del legislador de 1887 no ha debido cometer esa imprecisión del lenguaje, de resultado prácticos inconsecuentes; lo que se quiso expresar fué, - que el hijo ilegítimo, siendo espurio o bastardo, no podía reconocerse por los padres o por uno de ellos; - no eran reconocibles, en consecuencia, el hijo que la mujer concibe durante el matrimonio, de padre distinto del marido; ni los concebidos por mujer que guarde parentesco de consanguinidad, de afinidad o civil respecto del padre de su hijo, dentro de los grados siguientes: en la consanguinidad, e en el grado transversal de ella; y en la afinidad, al encontrarse los padres en el grado primero de la línea recta de afinidad, (art. 8º de la Ley 57 de 1.887).

No obstante, el impedimento para reconocer hijos aduaterinos e incestuosos, puede eludirse por el hombre soltero que reconoce como suyo un hijo habido en mujer casada o de una hermana, ya que no es obligado el reconocerlo a manifestar la persona en quien o de quien hubo el hijo natural, e menos que el reconocimiento se impugne en armonía con el artículo 58 de dicha ley, la cual establece:

Artículo 58. "El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe tener interés actual en él.

En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que enseguida se expresan:

- 1º y 2º. La primera y segunda de las que se señalan pa-
ra impugnar la legitimación en el artículo 248 del Có-
digo Civil.
- 3º. Haber sido concebido según el artículo 92 del mis-
mo Código, cuando estaba casado el padre ó la madre.-
- 4º. Haber sido concebido en dañado ayuntamiento cali-
ficado de tal por sentencia ejecutoriada.
- 5º. No haberse otorgado reconocimiento en la forma -
prescrita en el artículo 36 de esta ley".

Según la ley que hemos venido exponiendo, el re-
conocimiento es un acto libre y voluntario del padre-
o de la madre que reconoce, realizable únicamente por
instrumento público entre vivos o por acto testamen-
tario; se omitió, pues, el medio útil y aconsejable es-
tablecido por la Ley 57 de 1887 en el caso del artícu-
lo 368 del Código Civil, acorde en esto con su espíri-
tu restrictivo; exigió la notificación o repudio del-
reconocimiento, verificado por el hijo, manteniendo -
así el principio consignado en el artículo 326 del Có-
digo de 1873; esto es conveniente para evitar que se-
le imponga al hijo una paternidad falsa o interesada,
y a la vez constituye una aplicación del principio jurí-
dico "Nemo invito beneficium datur".

La Ley 153 en estudio incurrió en la consagra-
ción de un principio bárbaro, sin entrañas, injurídi-
co e inmoral, en virtud del cual cuando el padre es-
citado ante el juez para que diga si cree ser padre-
del hijo, o cuando repetida una vez la citación ex-
presándose el objeto, no compareciere y hubiere de -
considerarse por tanto como reconocida la paterni-

dad, el padre sólo es obligado a suministrar al hijo alimentos, "pero sólo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia", violando así a la vez - dos principios jurídicos elementales y fundamentales, cuales son "Necare videtur filium qui alimonia denegal" (se considera o estima que ultima al hijo quien le - niega los alimentos), y "El que confiesa en juicio, - queda obligado".

Por qué se condena así a quien ha venido a formar parte de la sociedad humana, con igualdad natural y racional de derechos, a recibir los resagos o las - usurerias alimenticias de quien le dió los elementos - bio-químicos para la formación de su organismo?

Por qué se le condena a la miseria, al abandono, a la ignorancia; por qué se le cierran los auxilios - de su progenitor y se le abre en cambio la senda de - la desgracia, de la miseria y hasta del crimen?

Siendo como son tan numerosos los hijos natura- - les, por qué las leyes, encaminadas a obtener el bien - estar individual y el progreso colectivo, se convier- - tan así en sierpes que envenenan con sus disposicio- - nes la vida orgánica, la moral, la intelectual, la - económica y la social de todos ellos?

Qué sistema es ese que castiga en esa forma tan - ignorante como llena de virulenta aberración de la - conciencia, de la intelectualidad, de la moral y aun - de la más elemental cordia, a un ser humano inocente, - sin culpa ninguna en los códigos divinos ni en los - realmente humanos, que viene al mundo en un medio ge- - neralmente pobre, con un organismo diminuto cuyos mie- - bros y sentidos aun no comienzan sino su tierno desarro- - llo, débil e impotente, desconocedor de quienes son -

sus padres, que no ha tenido participación alguna en el hecho de su nacimiento, que no es autor aun de ningún hecho?

¿Será responsable precisamente por ser débil, sin desarrollo vital ni derecho a obtener los medios que lo faciliten, o por no ser el autor ni el partícipe, ni el encubridor del hecho de la generación?

Moral criminal es esa que aplica la pena al inocente; cruel es la sociedad que permite se asete así en las leyes el derecho a la vida humana, decorosa y noble; corrompida la religión que consiente o propugna un tratamiento tan inhumano, despiadado, vengativo o rencoroso, hipócrita o egoísta, para quien también es de la especie humana, para quien también es un producto genuino de la naturaleza racional y humana, para quien también tiene un pensamiento que ilustrar, una conciencia que formar honradamente, un espíritu que normar a la luz de los principios trascendentales y elevados; cínicos el legislador o el jurista consulto que lo establecen o sostienen; impúdica la conciencia que tal convicción profesa; pero en este error incurrió el legislador de 1887, por medio de la Ley 153 de aquel año, artículo 71, inciso 1º; estableció ese principio en forma aparentemente desprecupada, que dice así: Ley 153 de 1887, artículo 71, inciso 1º:

"Si el demandado confesare que se cree padre, o según lo dispuesto en el artículo 69 de esta ley se miran como reconocida la paternidad, será obligado a suministrar alimentos al hijo, pero sólo en cuanto fueren necesarios o su precisa subsistencia".

Como quiera que la ley coonestaba la inmoralidad de los padres para no reconocer a los hijos y -

quedar así inmunes contra obligación natural e civil, en la práctica de mayoría de los hijos extramatrimoniales que daban en la situación descrita en los precedentes párrafos, y el reconocimiento de los hijos, voluntario o forzoso, no hacía su aparición prácticamente - sino en casos ciertamente excepcionales.

Como es claro, el hijo no reconocido por el padre o la madre, no tenía respecto de ellos derecho alguno; en cuanto a los reconocidos, en el artículo 51 estableció al reconocedor el deber de cuidarlos personalmente como si fueran legítimos, con la restricción de no poderlos tener en su casa sin el consentimiento de la mujer o marido; el artículo 62 ratificó para el hijo reconocido voluntariamente como natural, los derechos de crianza y educación, comprendiendo en ésta, la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio; el cuidado personal de los hijos menores de 5 años indistinción de sexo, toca a la madre, salvo cuando sea de tener la perversión de aquélla o la depravación de ésta; en tal caso, toca al padre el cuidado de dichos hijos; el cuidado de los varones mayores de 5 años corresponde al padre, salvo causas de inhabilidad o depravación, en cuyo caso puede el juez confiarlos a la madre; otra iniquidad de la ley 153 de 1887, es la consagrada en el artículo 64, inciso 2º, en virtud del cual cuando el hijo no ha podido obtener del padre los alimentos necesarios, por haber negado éste la paternidad en la declaración ante el juez, "no podrá pedir que le asista en dichos alimentos necesarios la madre, si fugó re casada".-

En efecto, es inicuo que la ley desconozca el más elemental deber que cumple toda madre, cual es el darle alimentos al producto de sus entrañas; el hecho-

de estar casada, no puede nunca llegar hasta la atrocidad de negarle, o poderle negar legalmente la madre, los alimentos necesarios; indispensables para que una persona alcance a sustentar la vida ni a que legalmente, por el simple hecho de haber celebrado la madre el contrato-sacramento de procrear, de vivir en compañía y de auxiliarse con un hombre, pueda presenciar la muerte por inanición o miseria de su propio hijo, sin reproche ni responsabilidad ninguna; nueva violación del principio según el cual se reputa que mata al hijo la persona que le niega los alimentos.-

"No podrá intentarse la acción, (se refiere a la de alimentos necesarios instaurada por el hijo), contra una mujer casada"; tal es el principio que se critica: la ley misma quiere que quien es madre deje de serlo, que se convierta en un engendro malfico de perfidia e insensibilidad, en madre desnaturalizada. Para el efecto de establecer la maternidad podía citarse a la madre ante el juez para que la manifiestara, pero en caso de negarla podía comprobarse con testimonios fehacientes que establecieran el hecho del parto y la identidad del hijo, dejando de lado sin mérito probatorio alguno la partida de nacimiento.-

Respecto a presunciones, la ley en estudio no consagró sino una sola: la referente al rapto, probándose éste por medios fehacientes, habiendo sido posible la concepción en el tiempo en que la rapta da estuvo en poder del raptor; éste era condenado en tal caso a suministrar al hijo, en cuanto estuviera dentro de sus posibilidades económicas, los alimentos que competen al rango social de la madre.

El hecho de seducir a la menor, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado está es rapto - aunque no se emplee la fuerza; la acción como en el caso del artículo 330 del Código de 1873, expira en 10 años contados desde la fecha en que pudo intentarse.-

En materia sucesoral trajo un principio inédito en el artículo 86. Artículo 86 "Los hijos legítimos - excluyen a todos los otros herederos sin perjuicio - de la porción conyugal que corresponde al cónyuge sobreviviente".

No le fué suficiente decir a los padres, que pueden tener cuantos hijos quieran fuera del matrimonio, ya como naturales simples, ya como adúlteros o incestuosos, y que no están obligados a presentación civil alguna, si no lo quieren, mediante la omisión libre - del reconocimiento o la simple negación de la paternidad enunciada en un "no creo", arrojando así sobre el hijo natural en nombre de la ley y de la autoridad, - de la religión, y de la sociedad, de la moral y de la conciencia, el peso de la miseria, del ostracismo jurídico y de la crueldad social, sino que quiso llevar su sevicia como legislador, a un punto más lejano aún.

En los contados casos en que el hijo hubiera sido libre y voluntariamente reconocido por los padres - o por uno de ellos, sin embargo, la torquedad legislativa no le reconocería derecho alguno en la sucesión de quien había manifestado ser su padre o madre, por el simple hecho de que hubiera tenido algún hijo legítimo.-

El hijo legítimo arrasaba con singular fuerza la

gal, elementales derechos de quien llevara la misma sangre de su padre, o hubiera salido del mismo vientre materno.-

En los demás órdenes de sucesión, dejó en pie los artículos 1.047, 1048 y 1.050 del Código Civil, como lo había hecho también la Ley 57 de 1.887, y por el artículo 85 llamó en la sucesión intestada, en último lugar, al municipio de la vecindad del finado, en lugar del fisco, pero el artículo 1.049 de dicho Código fué derogado y sustituido por el artículo 87 de esa ley, referente al derecho sucesorio de los colaterales cuando falta descendientes, ascendientes, y hermanos legítimos, cónyuge sobreviviente e hijos naturales, y en la siguiente forma:

Artículo 87. (Ley 153^a). "A falta de descendientes, ascendientes y hermanos legítimos de cónyuge sobreviviente y de hijos naturales, sucederán al difunto los otros colaterales legítimos, según las reglas siguientes:

- 1^a. El colateral o los colaterales del grado más próximo excluirán siempre a los otros.-
- 2^a. Los derechos de sucesión de los colaterales, no se extiendan más allá del décimo grado.-
- 3^a. Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que solo son parientes del difunto por parte de padre o por parte de madre, gozan de los mismos derechos que los colaterales de doble conjunción, esto es, los que solo son parientes del difunto por parte de padre y por parte de madre".-

Cómo se ve, el espíritu de la Ley 53 de 1887, es esencialmente restrictivo; en la crítica que le hic-

nos en lo referente a efectos del reconocimiento ante el juez en virtud de instancia del hijo, a amparo legal de la mujer casada a efecto de que pueda negar y aun más, de que ni siquiera se le pueda exigir legalmente alimentos necesarios por el hijo, así como en la arbitraria exclusión de los hijos naturales en la sucesión paterna, verificada por los vintagóns legítimos, incurre dicha ley en un extremismo inaceptable pues consagra un encarnecimiento social, un flagelo legal, una injusticia flagrante de los desechos primarios del ser humano en la sociedad; por ello, no creemos incurrir en un exceso de crítica al calificar dicha ley, en la parte pertinente, como una ley insusceptible e inhumana, pues las leyes que consagran tan aborrazante injusticia, no podrán jamás, considerarse como leyes morales, sabias, ni verdaderamente humanas.

La ley 30 de 1.888 estableció un principio inconsecuente con el anterior sistema restrictivo y rencoroso de la ley 153; este principio, sentado en el artículo 35, es justo dentro de las razones que he expuesto para defender los derechos del hijo natural,-- pero es absurdo e inconsecuente dentro del sistema de las leyes iniciadas en 1.887 sobre el particular.

Cuando dos hermanos, v.gr. ignoran su parentesco y contraen matrimonio que después se declara nulo, con nulidad absoluta, los hijos concebidos durante ese conubio incestuoso los considera la ley para efectos civiles como hijos legítimos; lo cual es muy justo,-- porque el hijo engendrado bajo tales condiciones no tiene culpa alguna, y muy mal podría sancionársele con la pérdida total o parcial de su derechos; es la protección del hijo y no la ignorancia de los padres.

lo que justifica la disposición; pues en caso de haberlo a sabiendas de su parentesco, el hijo tan poco debe recibir sanción de ninguna especie y por tanto sus derechos deben racionalmente quedar en pie integralmente; esta frase tan sólo contendría una idea por lo menos inexacta.-

En efecto, como se ha cometido un incesto, los padres quedan sometidos a la sanción penal por este hecho delictuoso; y como el delito, en muchos casos como en el presente, genera simultáneamente las responsabilidades penal y civil, el hecho generativo incestuoso debe tener, lógicamente, sanción civil, la cual traduce en obligar a los padres a efectuar todas las prestaciones que en la calidad de tales les corresponde según la ley; esas prestaciones, en los padres, constituyen verdaderas obligaciones en el sentido jurídico del término, y genuinos derechos en el hijo.

Por tanto, al obligar a los padres civilmente, no se consagra inmoralidad ninguna, sino que se establece una responsabilidad y una sanción civiles; por último, se conserva para el hijo la integridad de sus derechos, lo cual le facilita su formación física, intelectual y moral con el consiguiente provecho para la sociedad que, en esa forma elimina, en mucha parte enojosos problemas sociales.

En 1890 se expidió la Ley número 95, encaminada a salvar una de las más lamentables omisiones de la Ley 153 de 1887, el artículo 7º de la Ley 95 - citada estableció lo siguiente:

Artículo 7º. "No obstante lo dispuesto en el inciso le del artículo 56 de la Ley 153 de 1.887, se presume el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera

o viuda; en consecuencia, tales hijos tendrán el carácter de naturales con relación a su madre, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público".

Esta disposición restableció el sistema de la Ley-37 de 1887, artículo 7º, inciso 2º, tomado a su vez del sistema establecido originariamente por la Asamblea legislativa de Antioquia de 1875.-

Esta es la legislación que sobre filiación natural existió hasta el 29 de mayo de 1936 en la República; - tan sólo debemos anotar la ley 70 de 1931 sobre constitución de patrimonios de familia no embargables, la cual en su artículo 4º declaró:

Artículo 4º "El patrimonio de familia puede constituirse a favor:

- a)
- b)

c) De un menor de edad, o de dos o más que estén entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad legítima o natural".-

Los consanguíneos naturales dentro del segundo grado, pueden ser por tanto beneficiarios de un patrimonio de familia no embargable.-

Los derechos establecidos por la legislación colombiana hasta el 29 de Mayo de 1.936 respecto a hijos naturales, subsistentes después de las varias reformas acaecidas al respecto, pueden en general concretarse así: No tiene el hijo natural otros derechos que los que expresamente les concedan las leyes; el hijo espurio, esto es, ex damnatu et prohibili coitu, no puede ser reconocido como hijo natural; en tal condición se encuentran los hijos adulterinos e incestuosos.-

El hijo simplemente ilegítimo, esto es, no reconocido por sus padres a causa de prohibición legal si es de dafido ayuntamiento, o por falta de voluntad del padre, sólo tiene una acción menesterosa para oír a uno de sus padres a efecto de que declare si cree ser progenitor del demandante, y con el único objeto de poder exigir al padre los alimentos estrictamente indispensables para su precisa subsistencia, para luchar entre la vida y la muerte de su organismo; sin embargo, estando casada la madre, aunque le haya concebido antes o después del matrimonio, no podrá solicitar de ésta ni aún la miseria ración estrictamente necesaria para subsistir; en tales condiciones, a ésta clase de hijos se llaman puramente alimentarios, respecto del padre.

Los hijos espurios y los puramente alimentarios, carecen de cualquier otro derecho reconocido por la ley al ser humano en su calidad de hijo; están destinados, por la sabiduría, moralidad y justicia del régimen comprendido entre la Ley 153 de 1.887 y el 29 de mayo de 1936, al flagelo inocente de los otros seres humanos, a la servidumbre o esclavitud práctica en el seno de la colectividad; el desamparo legal se cierne sobre su personalidad desde el principio hasta el fin de su existencia.-

En medio de este desamparo, varios caminos se presentan ante el hijo ilegítimo: la deshonra en la mujer, la prostitución, o la esclavitud bajo el yugo económico de los poderosos; en el hombre la degeneración, los vicios, la mendicidad o la vagancia, el raterismo y la delincuencia en general; como resultado, conocida la gran masa de colombianos que se hallan en esa condición, resulta una enorme masa proletaria, miserable, degenerada y aun peligrosa en muchos de sus miembros; quién ha contribuido tan sabia, moral y justamente a formar así esa masa de nacionalidad? La sabiduría, la moralidad y la justicia de la legislación existente de 1887 a 1936; ese régimen legal ha sido la principal de las causas que han contribuido a desenvolver en tal sentido parte notable de la nacionalidad colombiana, porque

asi es como se cree legislar para la patria y obtener su progreso.-

Como se ve, las presuntas sabiduria, moral y justicia de tales leyes, han minado moral y socialmente la vida de varios millones de colombianos a quienes se aplicaron de 1887 a 1936; se ha contribuido con ello a la formacion de una clase social degenerada o menesterosa y, por ende, se ha impedido el verdadero o genuino progreso general de la colectividad.-

El hijo sacrilego, forma tambien dentro de los espurios o bastardos, pues procede de dañada y punible union sexual; queda por tanto sometido a las condiciones de sus congéneres legales, los hijos adulterinos y los incestuosos.-

Cuando el hijo ha adquirido legalmente la calidad de natural, esto es, cuando los padres que lo procrearon gozaban de aptitud legal para casarse entre si en la época de la concepcion, y uno o ambos le han reconocido solemnemente, libre y voluntariamente. O cuando respecto de la madre tiene la calidad de natural aun sin haberle reconocido, goza de los siguientes limitados derechos: derecho de crianza (cuidado personal, vestuario, alimentacion y alojamiento); pero el hijo natural no podrá ser alojado en la casa donde habitan los cónyuges, si asi no lo consintiere el marido o la mujer que no fuere el procreador de el; derecho de educacion, o mejor, de instruccion, el cual comprende la ensenanza primaria, y el aprendizaje de una profesion u oficio; la patria potestad no existe sobre el hijo; el derecho de sucesion tampoco le existe cuando la madre o el padre tienen hijos legitimos; esto excluyen a los naturales; tal es el primer orden de sucesion, o sea, de los descendientes legitimos.-

No habiendo hijos legítimos, entonces si entran en la sucesión a tomar parte (una) los hijos naturales, y legalmente tienen el carácter de herederos forzosos o legitimarios; la calidad de heredero forzoso la ha tenido el hijo natural desde la adopción del Código de 1873, el cual ha sido respetado en esta parte por todas las leyes posteriores, exceptuando la Ley-153 de 1887, la cual inutilizó el alcance del principio legal, al establecer la exclusión de los hijos naturales por los legítimos; en este caso, al ser excluido por la ley el hijo natural, queda sin efecto el precepto del Código Civil que lo considera como heredero forzoso o legitimario, calidad ésta de que no gozan los hermanos legítimos del de cujus, ni el cónyuge supérstite, como se deduce de la enumeración taxativa consignada en el artículo 1,240 del Código Civil, que dice:

Artículo 1.240. "Son legitimarios:

- 1º) Los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima;
- 2º) Los ascendientes legítimos;
- 3º) Los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima;
- 4º) Los padres naturales".

El derecho sucesorio, no habiendo descendiente legítimo, personalmente o representado por su descendencia legítima, se regula así: concurren los hijos naturales con los ascendientes legítimos del grado más próximo y el cónyuge; la herencia se divide en cinco partes: tres para los ascendientes legítimos, una para los hijos naturales y otra para el cónyuge; faltando cónyuge o hijo natural, se divide en cuatro-

partes el acervo: tres para los ascendientes legítimos y una para el hijo natural o el cónyuge; faltando a la vez cónyuge y descendiente natural, toman toda la herencia los ascendientes legítimos del grado más próximo; es este el segundo orden de sucesión, o sea el de los ascendientes legítimos.-

Cuando faltan descendientes y ascendientes legítimos (1º y 2º órdenes), suceden los hermanos legítimos, los hijos naturales y el cónyuge; cada grupo toma una tercera parte de la herencia; faltando cónyuge o hijos naturales, suceden en la mitad los hermanos legítimos, y en la otra mitad los hijos naturales o el cónyuge; faltando hijos naturales y cónyuge, toman toda la herencia los hermanos legítimos, así - carnales como simplemente paternos o maternos; pero la cuota del hermano paterno o materno es apenas la mitad de la del hermano carnal; este es el tercer orden de sucesión, o sea el de los hermanos legítimos. Cuando sólo existan cónyuge o hijos naturales, una mitad va al cónyuge y la otra a los descendientes naturales; faltando cónyuge o hijos, toman toda la herencia los hijos naturales o el cónyuge, según el caso.-

Cuando faltan descendientes, ascendientes y hermanos legítimos, cónyuge sobreviviente e hijos naturales, suceden los demás colaterales legítimos, así: - los de grado próximo excluyen a los de grado más remoto; el derecho sucesorio va hasta el décimo grado (hey hasta el cuarto grado, según el artículo único de la Ley 60 de 1.935, sobre reforma civiles, derecho hereditario de los colaterales); los colaterales de simple conjunción; esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte del padre o por parte

de madre, gozan de iguales derechos que los colaterales de doble conjunción, es decir, los que son parientes del difunto a la vez por parte de padre y de la madre. Este es el cuarto orden de sucesión, el orden de los colaterales legítimos.-

La sucesión del hijo natural o de cujus natural, no dejando descendencia legítima, se regula así: primeramente a sus hijos naturales; faltando éstos, a sus padres, pero si uno sólo le hubiese reconocido como natural, a éste solo se le adjudicará la herencia; a falta de hijos o de padres, le suceden simultáneamente los hermanos, legítimos o naturales, del mismo padre, de la misma madre, o de ambos; el hermano carnal lleva doble porción que el paterno o materno.-

La calidad de hijo legítimo no da derecho a mayor porción de la que corresponde al hijo natural, - es decir, se adapta en esta clase de sucesión el principio jurídico sostenido en este trabajo, el de la igualdad jurídica en la filiación. Cuando queda cónyuge, concurre, no con los hijos, pues éstos le excluyen (sin perjuicio de la porción conyugal), sino con los padres naturales en primer término, en la cuarta parte de los bienes, y con los hermanos en el segundo supuesto, en la mitad de los bienes hereditarios.

Este es en general el derecho que en forma permanente rigió desde 1.887 hasta fines de mayo de 1936; posee algunos defectos, los cuales anotaremos al analizar las nuevas disposiciones de la Ley 45 de 1.936 sobre esta materia; además de los ya anotados.

De otra parte, conforme al artículo 7º de la modificación de las disposiciones constitucionales vi-

gentes (artículo 3º del Acto Legislativo número 1 de 1.936), el hijo natural es nacional colombiano por nacimiento, no solamente cuando ha nacido en Colombia y su padre o madre han sido o son también naturales colombianos, o que habiendo nacido en Colombia es hijo de extranjeros que se hallen domiciliados en la República, sino también cuando nace en tierra extranjera de padre o madre colombianos que luego se domicilian en la República.

La Constitución Nacional expedida en 1.886 fue reformada en esta parte, por cuanto sólo reconocía como nacionales colombianos a los hijos legítimos de padre o madre colombianos que hubieran nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaron en la República; el hijo natural, en este caso, estaba excluido para tener la calidad de colombiano por nacimiento, pero como queda expresado, el Acto Legislativo número 1 de 1.936, abolió esta infundada exclusión; en consecuencia, siendo nacional colombiano por nacimiento en los casos contemplados, cuando es varón adquiere constitucionalmente el derecho de ciudadanía al cumplir los veintidós años, quedando así en el derecho nacional público como nacional colombiano por nacimiento, y como ciudadano.-

En 1.936 jurisperitos destacados, desligados del preconcepción o del fanatismo de otros tiempos, abogaron por la reforma, ya que la injusticia legalizada contra la debilidad o la inocencia, no puede prosperar por tiempo indeterminable en el sentimiento humano.-

CAPITULO V

DERECHO VIGENTE EN NUESTRA LEGISLACION

LEY 45 DE 1.936 Y LEY 75 de 1968

HIJOS QUE PUEDEN TENER LA CALIDAD DE NATURALES

Según el artículo 1º de la ley 45 de 1.936 que hoy permanece inoclumada a pesar de haberse dictado la Ley 75 de 1968, dice:

"El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado como tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto a la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento".

La antigua denominación de hijo adulterino es incestuoso "de dañado y punible ayuntamiento", la de simplemente ilegítima y la de hijos legalmente-naturales, ha desaparecido por tanto. Son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produce efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos posteriormente a la concepción.

Este criterio, ciertamente el más justo y conveniente, es el que preside el espíritu de las disposiciones de la ley 45. La ley consideró que, lo mismo un hijo procedente de adulterio o incesto que uno emanado de una unión no delictuosa, son ajenos a toda participación o ejecución en el hecho generador, en igual medida extraños a él, y que son, por tanto, igualmente inocentes, acreedores a ser tratados en el mismo pie de igualdad en la ley, - para efecto de la consignación y efectividad de sus derechos.

De acuerdo con este artículo 1º, para darle a un hijo la calidad de legítimo o ilegítimo sólo se tiene en cuenta un hecho: la existencia o inexistencia del matrimonio de los progenitores en el momento de la concepción. Esta regla sólo tiene una excepción, que es la disposición que establece que son legítimos los hijos concebidos antes del matrimonio pero que han nacido cuando ya estos estaban casados.-

Debe también tenerse en cuenta el hijo natural es el reconocido (y declarado como tal), hecho que se refiere principalmente al padre, pues, desde el punto de vista biológico todo hijo debe tener un padre, pero jurídicamente es posible que no sepa quien es.-

El artículo 1º de la Ley 45 de 1936, en uno de sus apartes dice: "que tiene esa misma calidad cuando es hijo de madre soltera o viuda, refiriéndose al hijo natural sin tener en cuenta el hecho de la concepción sino el del nacimiento.-"

El Dr. Luis Alfredo Torres Buitrago, hace el siguiente comentario en relación con lo anterior:

a) "La calidad de hijo natural no depende del reconocimiento que a ellas le haga la Ley, esta calidad, la trae el ser que al tiempo de su nacimiento no tiene a sus progenitores unidos por el vínculo del matrimonio legalmente contraído.- La razón es muy sencilla: En Colombia se ha admitido como único matrimonio el celebrado en la forma eclesialística, partiendo del principio de que el pueblo colombiano es católico, apostólico y romano, y que los hijos concebidos en él, tienen la calidad de hijos legítimos. Lo mismo puede decirse del matrimonio civilmente contraído, en cuanto a que los hijos concebidos en él, son legítimos, luego, los

hijos naturales son los nacidos fuera del vínculo matrimonial.

De lo anterior resulta, que el carácter de hijo legítimo natural, depende de la existencia o inexistencia del vínculo matrimonial entre los progenitores al tiempo del nacimiento del fruto de sus placeres sexuales, y no a la época de la concepción.

b) No depende el hecho de concebir el nuevo ser, por progenitores no casados entre sí, ya que ellos pueden en el plazo contado desde el primer ayuntamiento sexual hasta el nacimiento del hijo, contraer matrimonio, con lo que pierde la calidad de hijo natural. Lo que sucede es que se concibe como natural el hijo, pero nace legítimo, si antes del nacimiento sus padres se unen matrimonialmente.-

c) No debe mencionarse el estado especial de "Soltera o viuda", que tenga la madre, porque este no es requisito o condición que da el carácter de hijo natural a una persona, toda vez que, si la madre conserva su estado de soltería, los hijos concebidos por ella tendrán siempre el carácter de hijo natural a una persona, toda vez que, si la madre conserva su estado de soltería, los hijos concebidos por ella tendrán siempre el carácter de naturales.-

Si la madre es viuda, el hijo nacido dentro de su viudez puede tener una de las dos calidades a saber: la natural o la legítima; si se tiene en cuenta que el padre que le engendró no era su legítimo esposo... sucede con frecuencia que muchos padres mueran sin saber que han engendrado un hijo y para conocer su estado de legitimidad o de naturalidad, es preciso aplicar la regla de presunción que trae el artículo

92 del C.C., es decir, que la criatura nazca dentro de los 300 días contados a partir de la muerte del padre o desde la fecha en que demuestre no haber podido tener acceso a su mujer.-

d) Como excepción curiosa a la afirmación hecha con respecto al hijo legítimo, puede suceder que aún -- dentro del matrimonio la madre conciba un hijo engendrado por una persona que no es su legítimo esposo, mientras vive éste, siendo así que ese ser nace con el carácter de hijo natural, pero para los efectos legales se presume legítimo hasta tanto el padre no demuestre con la impugnación que no es el verdadero padre, o cuando la madre acepte expresa y voluntariamente que no es el verdadero padre, o cuando la madre acepte expresa y voluntariamente que su legítimo esposo no es el padre de ese ser.-

e) El artículo 20 de la Ley 57 de 1887 tiene por hijo natural, al que ha nacido después de los trescientos días de la separación de los cónyuges, a menos -- que el marido lo reconozca como suyo o se demuestre que entre ellos ha existido reconciliación privada, el texto dice:

"No se reputará hijo del marido el concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges".

Un comentario semejante puede hacerse al artículo 275 del C.C., porque ya vimos que no requieren que la concepción de un ser esté hecha dentro o fuera del matrimonio de sus padres, se exige es que ellos estén o no, casados entre sí al tiempo del nacimiento,

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

para que ese hijo tenga una de las dos cualidades, legítima o natural. Por esto, uno de los dos textos excluye al otro".

La Ley 75 de 1968 en su artículo 3º, contiene una innovación acerca de los hijos concebidos por mujer casada, que no pueden ser reconocidos como hijos naturales, salvo que puedan presentarse las siguientes situaciones:

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

2º) Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el título 10º, del Libro 1º, del Código civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba con conocimiento de causa e intervención personal del hijo si fuere mayor, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor

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

El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo, contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del 10º mes siguiente al día en que el marido e la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal.- De esta acción conocerá el juez de menores cuando el hijo fuere menor de diez y seis años de edad, por el trámite señalado en el artículo 14 de esta ley, con audiencia del marido y de la madre o de herederos

si ya hubieren muerto ellos, salvo que en la demanda se acumule la acción de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el Juez Civil competente, por la vía ordinaria.-

Prohibese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada salvo en los tres casos señalados en el presente artículo.-

Los hijos dados a luz, por mujer casada gozan de la presunción de paternidad legítima, la cual puede ser destruida por el padre.-

Los supuestos que se requieren para que el hijo dado a luz por mujer casada pueda tener la calidad de hijo natural de hombre diferente al marido se requieren:

- a) Que sea destruida la presunción de paternidad legítima;
- b) Que medie el reconocimiento del amante o concubino de la mujer casada.

No importa el orden en que se suceden estos supuestos. Es posible que se produzca primero el reconocimiento por parte del padre natural y mas tarde se produzca la acción de impugnación o viceversa.-

También prevé el nuevo artículo 3º de la Ley 45, de 1936, el ejercicio simultáneo en una misma demanda, de la acción de impugnación de la legitimidad por parte del hijo y la de investigación de la paternidad natural.-

CAPITULO VI

FORMAS DEL RECONOCIMIENTO

Según el artículo 1º de la ley 75 de 1968, "El reconocimiento de los hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:

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

El funcionario del Estado Civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre que haya en libro especial destinado a tal efecto y de ella solo se expedirán copias a las personas indicadas en el ordinal cuarto inciso 2º de este artículo y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren.-

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

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

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

2a) Por escritura pública.-

3a) Por testamento caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento.

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

El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera 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 haberlo y se hubiere repetido una vez más 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 artículo 18 de la presente ley.-

Es de advertir que la nueva ley tiene por objeto que desde el nacimiento del hijo natural se establezca con claridad quién es su padre y quién es su madre.

En cuanto al testamento debemos reconocer que es la forma comunmente utilizada para reconocer a los hijos naturales, y que la nulidad, la revocabilidad o la caducidad del testamento no conllevan nulidad revocación o caducidad del reconocimiento del hijo natural. Pero la irrevocabilidad no se opone a la nulidad de la declaración de voluntades, ya que el padre puede pedir esta nulidad demostrando que en ella hubo error, dolo o violencia. La irrevocabilidad sólo indica que el padre no puede arrepentirse de haber reconocido a su hijo.-

También se puede reconocer a uno o varios hijos por medio de escritura pública, con ese fin exclusivamente; pero es posible que se otorgue para otros fines y contenga también el reconocimiento.-

Otra forma de reconocimiento es la manifestación expresa y directa ante un juez, (civil, penal, del orden administrativo, de policía, del trabajo,) quien debe levantar un acta o constancia escrita del reconocimiento.-

De conformidad con el numeral cuarto, no es necesario que el reconocimiento "Haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene, y de ahí por ejemplo, si al absolver posiciones, con el objeto de verificar una deuda, el padre manifiesta en una de sus contestaciones que determinada persona es su hijo, tal declaración debe tenerse como reconocimiento.-

Así mismo, es indispensable que se trate de una "manifestación expresa y directa", según mandato del numeral 4o del artículo 2o de la Ley 75 de 1.968, de

lo cual se deduce del reconocimiento no puede ser ta cito, ni por el silencio.

La Ley 74 de 1.968 en su articulo lo contiene un nuevo modo de reconocimiento, que es la citación que se hace al padre ante un juez para que declare si cree serlo. Dice así el párrafo final de dicho articulo: "El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera 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 o 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 previo los trámites de una articulación. La declaración judicial será revocable en los términos del articulo 18 de la presente Ley".

Aquí se prevé una confesión tácita de paternidad por el hecho de que el padre no comparezca ante el juez, no obstante habérselo citado dos veces. Sin embargo, la nueva ley no tuvo mucha confianza en la confesión tácita de paternidad, pues acepta que la declaración judicial pueda registrarse en juicio ordinario ante juez civil competente, dentro de los dos años siguientes (art. 18 Ley 75 de 1.968).-

CAPITULO VII

TITULARES DE LA ACCION DE INVESTIGACION DE PATERNIDAD

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 24 de mayo de 1939, concreta las acciones sobre filiación así:

"Las acciones de estado relativas a la filiación, sometidas por su especial gravedad y trascendencia social a reglas especiales, pueden reducirse en general a dos categorías: las llamadas acciones de reclamación de estado por las cuales una persona pretende afirmar sus derechos a un estado distinto del que en apariencia le pertenece, y las que se dirigen a establecer una filiación natural, que se denominan acciones de investigación o de declaración de la paternidad o de la maternidad. La categoría inversa comprende, bajo la denominación de acciones de impugnación de estado las que se destinan a establecer que un hijo no tiene derecho al estado que en apariencia posee".

La ley limita el ejercicio de la acción de investigación de paternidad natural a ciertas y determinadas personas. Estas personas se encuentran consagradas en los artículos 12 de la ley 45 de 1936 y 13 de la ley 75 de 1968.-

Artículo 12 de la ley 45 de 1936. "Son partes en los juicios sobre filiación: el hijo por sí mismo, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza y de la educación del menor y el Ministerio Público".-

Artículo 13 de la Ley 75 de 1968; "En los juicios de filiación ante el Juez de Menores tienen el derecho a promover la respectiva acción y podrán intervenir: - la persona que ejerza sobre el menor patria potestad o guarda, la persona natural o jurídica que haya tenido o tenga el cuidado de su crianza o educación, el Defensor de Menores y el Ministerio Público. En todo caso, el Defensor de Menores, será citado al juicio".-

Estos artículos se colige el propósito del legislador de limitar el número y calidad de las personas que legalmente gozan de derecho para pedir la declaratoria judicial de filiación, determinándolas limitativamente, durante la vida del hijo.-

Por lo tanto si el hijo natural fuere capaz, sólo él puede incoar la acción. Ninguna otra persona la puede ejercer en relación con los hijos que ya cumplieron 21 años, puesto que estos pueden tener interés en no ejercerla por motivo de moral o sociabilidad.-

En relación con menores de edad, el ejercicio de la acción corresponde a quien tenga la patria potestad y la guarda de él, es decir, a la madre en primer lugar en el caso de patria potestad, al padre en los casos excepcionales en que la tiene y al guardador, "tutor o curador", en los casos de tutela o curaduría.

También tiene la acción "la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio público.-

Según el artículo 13 de la Ley 75 de 1968 también pueden instaurar la acción además de las personas acabadas de mencionar, el Defensor de Menores en cuanto se refiera a menores de 16 años y la acción se ejerce ante los jueces de menores.-

La acción de investigación de paternidad debe dirigirse contra el padre natural mientras vive y deberá notificársele personalmente la demanda, so pena de nulidad. Muerto el padre natural, la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y sus cónyuge.-

La Corte Suprema de Justicia a partir del 12 de Octubre de 1945, ha venido sosteniendo que los herederos representan al contradictor legítimo; en consecuencia, muerto el padre legítimo, el hijo puede investigar judicialmente su legitimidad frente a los herederos del padre. En el mismo sentido, muerto el padre natural el hijo puede investigar su paternidad demandando a los herederos. Esta jurisprudencia fue convertida en ley por el artículo undécimo de la ley 75 de 1968.-

La acción de investigación de la paternidad natural que ejercerán ante los jueces de menores, o ante los jueces civiles, mediante un juicio ordinario.-

Los menores de 16 años que ejercen la acción en vida del padre deben hacer el juicio sobre filiación natural ante los jueces de menores. (art. 11 de la ley 75 de 1968). Y se ejercerá ante los jueces civiles y mediante juicio ordinario: a) si el hijo mayor de 16 años; b) si es menor de 16 años pero la ejerce frente a los herederos del padre por haber muerto éste; c) cuando el juez de menores deniegue la paternidad, el hijo debe ejercer la acción de investigación de paternidad natural ante los jueces civiles, dentro de los cinco años siguientes (arts. 11 y 18 de la ley 75 de 1.968).-

PRESUNCION DE LA PATERNIDAD NATURAL

De acuerdo con el artículo 66 de la Ley 75 de 1968 la paternidad natural podrá declararse judicialmente en seis casos:

Artículo 66 de la Ley 75 de 1.968. "El artículo 49 de la Ley 45 de 1.936 quedará así:

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

1a. En el caso de rapto o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

2a) En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o, promesa de matrimonio.-

3a) Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.-

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

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

En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física, en que estuvo para engendrar, durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción,

o el prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época; la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por actos positivos acogió al hijo como suyo:

5o. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, claramente indicado de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente, las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.-

6o. Cuando se acredite la posesión notoria del estado del hijo".-

Aquí puede existir rapto sin violación, y violación sin rapto. La consumación del rapto y la violación exige que el raptor o el violentador haya tenido relaciones sexuales completas con la mujer raptada o violentada.-

Lo que caracteriza el rapto, tanto en materia civil como penal, no es la violencia física o la moral, ni las palabras engañosas, sino la sustracción o retención de una mujer, del lugar o casa donde legalmente debe estar, es decir, de la esfera de la autoridad de la familia; porque si la raptada presta su consentimiento para salir de la casa o para ser retenida subsiste el carácter delictuoso del hecho aunque no haya habido maniobras engañosas, estas, en realidad, y la violencia física o moral, no son elementos constitutivos del delito, sino circunstancias agravantes de él.-

Lo que constituye el delito de rapto es la lesión que se infiere a la protección legal de la sociedad familiar, inferida con el propósito de ejecutar un acto erótico-sexual o de casarse.-

En cuanto a la violencia de que habla el numeral 1º del artículo 6º de la Ley 75 de 1.968, es la misma que contempla el Código Penal, y según este código la hay en los 3 casos siguientes: a) cuando un hombre comete el acto carnal a una menor de 14 años, por presumir en ella falta de consentimiento; b) cuando se realiza el acto carnal sobre una mujer a quien se ha puesto en estado de inconsciencia por cualquier medio; c) cuando la mujer es violentada física o moralmente.

Para que la declaración de filiación pueda hacerse, es preciso que el rapto o la violencia coincidan en su tiempo de ejecución con el tiempo en que la ley presume una concepción o fecundación biológica; lo cual requiere que el hecho exista en la época en que la concepción se presume.- Esta época está determinada por el artículo 92 del C.C., conforme al cual se presume de derecho que la concepción precede al nacimiento no menos de 180 días hábiles y no más de 300, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.-

Comprobada la fecha del nacimiento del hijo, ella sirve de base para declarar o no la filiación en caso de rapto o violación, según que el hecho se haya ejecutado o no desde 180 hasta 300 días antes del nacimiento; si resultare haberse consumado dentro de ese tiempo, el requisito del numeral 1º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 queda llenado satisfactoriamente.-

Tambien hay lugar a declarar judicialmente la paternidad "En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio".

La seducción se comete con mujeres mayores de 14 años; ya que con las menores de esta edad se presume violencia. Lo que debe acreditarse es el hecho de que haga verosímil el dolo.-

"Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de la paternidad".-

De tratarse, de cualquier escrito diferente de aquellos contemplados por el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, especialmente escritos que no alcansen a ser instrumentos públicos, sino privados. Pero esto no obsta, de que se trate de verdaderos instrumentos públicos, por ejemplo, la declaración hecha ante un funcionario público que no es Juez, Alcalde, los Recaudadores de Impuesto, etc.

Puede contener declaraciones inequívocas de paternidad, las cartas enviadas a su amata, al propio hijo, al director de la escuela o colegio donde estudia el hijo, etc. La Ley fuera de la carta admite cualquiera otro escrito que emane del padre y contenga una confesión inequívoca de paternidad, como por ejemplo, cuando en la declaración de renta y patrimonio se incluye al hijo como tal y se firma por el padre. En fin cualquier escrito firmado por el padre, - en el cual pueda deducirse inequívocamente la paternidad, sirve como medio probatorio, y si el padre no es capaz de firmar, éste puede autorizar el escrito o que se firme a ruego de él.

Este escrito además de emanar del presunto padre, necesita el requisito de no ser equívoco, ni reticente, o prestarse a ambigüedades.-

En el caso de las relaciones sexuales, se trata de una prueba indirecta, esencialmente difícil, la cual debe deducirse de la conducta de los amantes. A pesar, de haberse suprimido la notoriedad y publicidad de estas relaciones (numeral 4º, Ley 45 de 1936), por el numeral 4º de la Ley 75 de 1968, debe existir esa notoriedad como fundamento de la investigación de la paternidad natural, pues de lo contrario no podría probarse; ya que la prueba necesaria proviene de terceros que hayan sido testigos de aquellas relaciones.- Las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, deben realizarse en el término estipulado en el artículo 92 del C.C.; y ellas se pueden inferir de: a) del trato personal; b) del trato social, dado por el presunto padre a la madre, teniendo en cuenta los antecedentes, su intimidad y continuidad que son relativas de acuerdo al momento social que se vive y las costumbres de cada región. Al presunto padre le queda la siguiente alternativa para rechazar esta presunción de paternidad:

1º) Demostrar su imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción; y

2º) Demostrar que durante la época en que pudo tener lugar la concepción, la madre tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres, a menos que acrediten que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo.-

Según el inciso 5º del artículo 6º Ley 75 de 1.968, se puede presumir la paternidad natural de

acuerdo al trato dado por el presunto padre a la madre en el campo personal y social; durante el embarazo y parto. El anterior trato debe revestir ciertas peculiaridades para que pueda tener la calidad de hecho fidedigno e indicativo de la paternidad; - como el cuidado y la atención del hombre para con la mujer, llevarla al Hospital o Clínica al momento del parto, firmar el libro de tal entidad en donde exprese que lo hace como padre. Son las anteriores demostraciones hábiles para establecer la paternidad.-

Por último, hay lugar a declarar la paternidad natural judicialmente "cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo".-

El artículo 6º de la Ley 45 de 1936 define la posesión notoria así: "La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a sus subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento".-

Los casos en que una persona, hombre o mujer, presente ante la sociedad en que vive, a otra persona como su propio hijo sin serlo, son raros; constituyen una verdadera excepción, y no se presentan en general sino en los casos de simulación de parto o su-plantación de persona, con fines netamente utilitarios.-

Pero la conducta general o regular, en la colectividad civil al respecto, se pronuncia por el triunfo del afecto paterno, el cual no permite negar ni ocultar al verdadero hijo.-

En la posesión notoria, los actos del padre deben ser permanentes, constantes y regulares, y además ostensibles y siempre públicos, por que ese es el medio indicativo que hace que los deudos, amigos o vecindario en general, reputan por esa serie de hechos que el padre trata al hijo como tal ha dicho la Corte.

El artículo 9º de la Ley 75 de 1968, restringe el tiempo de la posesión notoria, y permite que esta "deberá haber durado 5 años continuos por lo menos".

Muy importante ha sido la redacción del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, el cual estatuye: "En todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros que aparezcan indispensables para reconocer parcialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antropo-heredo biológicas, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, - que valorará según su fundamentación y pertinencia.-

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

PARAGRAFO:--- El juez podrá también en todos estos juicios pedir que la respectiva Administración o Recaudación de Hacienda Nacional certifique si en la declaración de renta del presunto padre hay constancia de que el hijo o la madre o ambos han figurado como personas a cargo del contribuyente". Aunque esta no arroja una prueba absoluta sobre el problema, si aporta un valiosísimo elemento de mayor o menor probabilidad, que, unido a otros indicios o presunciones, puede llegar a formar en el ánimo del Juez plena prueba para declarar la paternidad.-

Esta prueba unida a otros elementos probatorios aislados e incompleto también pero reunidos en un solo haz o conjunto, pueden llegar a constituir la certidumbre de la paternidad en el ánimo del juzgador.-

También la renuencia por parte de los presuntos propositores del hijo se tiene como indicio, y la ley castiga esa negligencia dándole un valor indiciario a la negativa de esa parte.-

IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES

Preceptúan los artículos 5º de la Ley 75 de 1.968 y 9º de la Ley 45 de 1.936, las únicas causas de impugnación del reconocimiento de hijos naturales.

El artículo 5º de la Ley 75 de 1.968 dice: "El reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del "Código Civil".

En relación con el padre que reconoce, deberá probarse que no ha podido ser el padre (Ord. 1º del art. 248 del C.C.). Por lo tanto ha de acreditarse la absoluta imposibilidad de tener acceso a la mujer durante el tiempo en que se presume la concepción. Esta prueba debe llenar los mismos requisitos que ha de reunir la que debe presentar el marido cuando impugna la presunción de paternidad legítima.-

La acción de impugnación del reconocimiento, la pueden ejercer los que prueben un interés actual en ello y los ascendientes legítimos del padre que reconoce: estos, en 60 días contados desde que tuvieron noticia del reconocimiento; aquellos, en los 300 días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho (arts. 248 del C.C. y 5º de la Ley 45 de 1.968).-

En relación con la madre puede impugnarse la maternidad probándose falso parto o suplencia del pretendido hijo al verdadero (art. 5º de la Ley 79 de 1.968; 248, ord 2º y 315 del C.C.).

Artículo 9º de la Ley 45 de 1936.- "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 separarlo del lado de la mujer sin su consentimiento o sin que preceda orden judicial de entrega".-

El sujeto activo en este artículo es "cualquier mujer" que haya cuidado de la crianza de un niño, que públicamente ha proveído a su subsistencia y lo ha presen-

tado como hijo suyo. Pero ante todo se refiere a la madre, quien tiene el derecho de repudiar o rechazar el reconocimiento que un hombre haga de su hijo, sin necesidad de aportar la prueba de que el reconocedor no es el padre.-

CAPITULO VIII

EFFECTOS DE LA FILIACION NATURAL

Los efectos de la filiación natural se pueden sintetizar en: patria potestad, obligación de cuidado y derecho a heredar.-

DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 19 de la Ley 75 de 1968 define lo que es la patria potestad.- Dicho artículo es del siguiente tenor:

"La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone..."

Anteriormente a la ley 45 de 1936, la patria potestad era monopolio de la familia legítima, pero a partir de la vigencia de esta ley la patria potestad se otorgó tanto a los padres legítimos como a los naturales.-

El artículo 20 de la ley 75 de 1968 estatuye a quién corresponde la patria potestad sobre los hijos naturales. Resa así el mencionado artículo: por regla general corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural. Pero el juez puede, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente a los intereses del hijo, conferirle al padre a pesar bajo guarda al hijo.

A falta de la madre tendrá la patria potestad el padre natural sin perjuicio de que el juez ponga

bajo guarda al hijo, en las mismas circunstancias previstas en el inciso anterior.-

El matrimonio de quien ejerce la patria potestad sobre el hijo natural es compatible con ésta, pero el juez en tal caso, puede proceder en la forma prevista en el inciso 2º del artículo precedente.-

En este artículo se puede apreciar ese poder discrecional que la ley otorga al juez, para arrebatarle la patria potestad a la madre y concedérsela al padre, "si lo considera más conveniente a los intereses del hijo", sin haber incurrido la madre en ninguna de las causas que implican la pérdida de la patria potestad y el padre reclama al niño para educarlo y establecerlo.-

El inciso 2º de este artículo preceptúan que a falta de madre ejercerá la patria potestad el padre natural, lo que en buen romance quiere decir que no es a los abuelos a quién corresponde ésta. En Colombia los mencionados abuelos siempre quieren quedarse con el hijo que fue concebido por las entrañas de su hijo muerto y se oponen rotundamente a entregar ese hijo al padre natural.-

De acuerdo con el inciso tercero el padre que se encuentra teniendo la patria potestad de su hijo natural, no por este simple hecho del matrimonio va a dejar de seguir ejerciéndola. Solamente podrá quitársele cuando el juez con conocimiento de causa observar que es conveniente para el hijo. La patria potestad tiene por objeto, fijar en cabeza de los padres ciertos derechos, a intento de que el hijo reciba completa formación física, intelectual y moral. No es el beneficio de los padres, sino la protección o amparo del hijo. Los derechos que tienen los padres sobre el hijo, son medios que deben ejercitar para obtener la finalidad perseguida por la Ley, se conceden para beneficio del hijo, más en modo alguno para beneficiar al padre, el cual, por serlo, debe cumplir los deberes de tal, expresados en el ejercicio de los derechos

que se les conceden por medio de la patria potestad.

La patria potestad existe hasta tanto no se efectúe la emancipación del hijo, la cual puede verificarse voluntaria, legal o judicialmente, así: voluntariamente, cuando el hijo natural es adulto y la madre declara por instrumento público que lo emancipa; en dicho caso, si el adulto acepta y el juez autoriza, la emancipación, fenecce la patria potestad; legalmente, cuando muere la madre y si es el caso, el padre que lo ejerce, cuando el hijo contrae matrimonio, cuando llega a la mayoría y cuando se dicte decreto judicial, que de la posesión de los bienes de la madre, o del padre en su caso, por haber desaparecido, judicialmente, cuando el juez la decreta por una de las siguientes causas: por el maltrato dado al hijo en términos de ponerle en peligro su vida o de causarle grave daño; por abandono de la madre respecto del hijo; por depravación de ella, lo cual le hace incapaz para ejercer la patria potestad, y por sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, en que se declara a la madre culpable de un delito al que se aplica la pena de 4 años de reclusión u otra de igual o mayor gravedad.-

Una vez realizada la emancipación, es siempre irrevocable.

OBLIGACION DE CUIDADO

Esta obligación comprende el deber de criar, educar y establecer a los hijos.-

La crianza de los hijos dice relación a los primeros cuidados y alimentos que necesita todo ser humano, y comprende las épocas de la infancia y la im-pubertad.-

El cumplimiento de la obligación de crianza, corresponde especialmente a la madre, a quien el marido debe suministrarle todos los recursos necesarios para que pueda cumplir su deber adecuadamente.-

La educación hace referencia a la instrucción - que se le debe proporcionar; la instrucción primaria es obligatoria y la superior estará de acuerdo con las posibilidades económicas.-

Los abuelos legítimos o naturales no están exentos de esta obligación.-

Los hijos naturales deben obediencia y respeto a sus padres y deben socorrerlos en todas las circunstancias de la vida.- El incumplimiento de estas obligaciones por parte de los padres o de los hijos da lugar al delito de abandono de familia consagrado en el capítulo II de la ley 75 de 1968 que habla de las sanciones penales (art.40). Dice así el referido artículo: "quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimenticia o alimenticia debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos e hijos adoptivos, o al cónyuge, aun el divorciado con su culpa o que no haya incurrido en adulterio, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos.

PARAGRFO: La acción penal sólo reperirá sobre el pariente inmediatamente obligado, cuando no se trate de ascendencia o descendencia legítima.-

Hay falta de asistencia moral cuando se incumpla voluntariamente las obligaciones de auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole y especialmente en los casos previstos por los artículos 42 y 43 de la ley -

83 de 1946, si el estado de abandono o peligro proviene de actos u omisiones de la persona obligada.-

Quando el sujeto pasivo dice ser hijo natural debe demostrar previamente esa calidad".

Es bastante plausible que el legislador nuestro, ha ya considerado que la persona que se sustraiga sin causa justa a las obligaciones legales de asistencia legal alimentaria, sea considerado como infractor de la ley penal. Aquí es donde la función socializadora del legislador moderno, digno de los más grandes encomios o alabanzas.

El sujeto activo de este delito es cualquier persona que por acción u omisión cumpla sus obligaciones de asistencia moral o alimentaria, sin causa justa para los sujetos que el artículo anterior menciona.

La acción delictiva, la construyen la sustracción - sin justa causa a las obligaciones de orden moral o alimentario.-

El artículo aludido es claro, puesto que establece cuándo hay lugar a asistencia moral: "hay falta de asistencia moral cuando se incumplan voluntariamente las obligaciones de auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole y especialmente en los casos previstos por los artículos 42 y 43 de la Ley 83 de 1946, si el estado de abandono o peligro proviene de actos y omisiones de la persona obligada. Conforme al artículo 42 de la Ley 83 de 1946 el hijo menor se encuentra en estado de abandono moral - cuando sus padres lo inducen a la ejecución de actos perjudiciales para su salud física o moral; " cuando se dedica a la mendicidad o a la vagancia, o frecuenta el trato con gente viciosa o de mal vivir, o vive en casa destinada al vicio o cuando ejerce un oficio, que lo mantiene permanentemente en la calle o

en lugares públicos, o que pongan en peligro su salud física o moral" y según el artículo 4) de esa misma ley, el menor se halla en estado de peligro físico o moral cuando sus padres y otras personas con quienes vive padecen de grave enfermedad contagiosa, o cuando le brindan de manera habitual malos ejemplos.-

La elevación a la categoría de delito el incumplimiento del artículo 40 de la ley 75 de 1968, es oportuna y era una necesidad imperiosa, ya que la persona obligada moral o socialmente a patrocinarle educación y prestarle auxilio estaba comparada por la absoluta impunidad.-

No vaya a creerse que en este delito solamente incurren los padres, ya que en él también incurren los hijos que no socorren y ayudan a sus padres, si éstos carecen de medios de vida.-

La penalidad para la infracción anterior está comprendida entre seis meses y dos años de arresto, y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos.-

Este delito requiere de aquella parte. El artículo 46 de la ley 75 de 1968 establece "que la acción penal del delito previsto en el artículo 40 sólo podrá iniciarse a solicitud de la persona ofendida o de quién la represente legalmente.-

Si aquella fuere y no tuviere representantes legales, la querrela puede ser presentada por el Defensor de Menores.-

Y el artículo 42 de esta misma ley establece - que habrá lugar a la suspensión de la acción penal o petición del querrelante en cualquier estado de proceso, hasta por un lapso de dos años, "si el procesado garantiza bajo caución el cumplimiento de sus obligaciones. Si el beneficiado violare el compromiso,

DEPARTAMENTO DE

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE

durante el periodo fijado por el juez, la acción penal continuará sin lugar a nueva suspensión, y la pena aumentará hasta en una tercera parte".-

También consagra la ley 75 de 1968 en su artículo 41, la figura delictiva de dilapidación o malversación de los bienes que una persona administre, en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, o los bienes del cónyuge que le hayan sido confiados en cualquier forma para su administración, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos.-

EL DERECHO A HEREDAR

El más importante efecto de la filiación natural consistió en que los hijos naturales son llamados a heredar a sus padres.-

En el capítulo IV que trata sobre la evolución del derecho colombiano, vimos que con anterioridad a la ley 45 de 1936, más concretamente por la ley 153 de 1887, el hijo natural no podía heredar a sus padres en manera alguna, en concurrencia con hijos legítimos.

Pero con la expedición de la Ley 45 de 1936, esta sí, llena de equidad y de justicia social, dio participación al hijo natural en la herencia dejada por sus padres.-

Esta en su artículo 18 establece: "Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya deja-

do hijos legítimos y naturales. Cada uno de los hijos naturales llevará como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad correspondiente a uno de éstos, y sin perjuicio de la porción conyugal. Queda en estos términos sustituido el artículo 86 de la ley 153 de 1887".-

De acuerdo con este artículo, todavía vigente, el hijo legítimo lleva doble de la que corresponde al hijo natural, esto es, que cuando el hijo natural recibe una cuota determinada, el hijo legítimo recibe dos de ellas; sintéticamente, un hijo legítimo, para efectos del cómputo de la cuota, representa dos hijos naturales.-

Los jurisconsultos de 1936, trataron de buscar la igualdad jurídica para los hijos naturales; en materia sucesoral no pudieron establecerle frente al hijo legítimo, con el objeto de asegurar la expedición de la ley, de transigir con ciertos preconceptos tradicionales y de no exalter la reacción sordida de los intereses creados en explotación.-

Porque no es en manera alguna infundado ni temerario reclamar para el hijo natural igual cuota hereditaria que la del hijo legítimo.-

El doctor Luis Felipe Latorre, defensor jurídico de la Ley 45 de 1936, se expresa en los siguientes términos:

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

legislaciones, pero nosotros, en gracia de la prosperidad del proyecto y de la aceptación general de la ley, lo que facilitará su aplicación y evitará rescisiones, tuvimos que transigir con ciertos conceptos tradicionales y atemperar la reforma amoldándola al criterio de la mayoría de las legislaciones, que señalan para el hijo natural una cuota inferior a la del legítimo".

Esta bien que dicha ley hubiera sacrificado - sin espíritu de equidad estableciendo para el hijo natural tan sólo la mitad de lo que corresponde a un hijo legítimo con el fin de asegurar su expedición.

Pero es inconcebible que el legislador que expidió la ley 75 de 1968 no hubiera resuelto este problema.-

No se puede conseguir que el legislador moderno - trate de amoldarse a lo que prescribe las demás legislaciones de países desarrollados; hay que ser originales en determinados momentos para poder establecer la justicia en toda su integridad.-

Aceptando, en gracia de discusión, que el hijo natural no puede heredar lo mismo que el legítimo, por qué nuestra legislación no toma en consideración otras circunstancias que al hacen viable que el hijo natural herede lo mismo que el legítimo, o que se inviertan los papeles.-

Es de ocurrencia diaria en nuestro medio que el padre forme un gran patrimonio con la ayuda y colaboración de los hijos naturales sin tener incumbencia en ello - los hijos legítimos; por qué no se establece en este caso, por medio de la posesión notoria, que el hijo legítimo herede la mitad de lo que herede el hijo natural?

Es digno de aplauso el artículo 30 de la ley 75 de 1968 porque vino a corregir una anomalía del artículo 28 de la ley 45 de 1936, el cual establecía: La presente ley, en cuanto se refiere a los derechos herenciales de los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquella, sólo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiecen a regir".- En este caso se dejaban desamparados a los hijos naturales habidos con anterioridad a un matrimonio a su vez anterior a la expedición de dicha ley.-

El nuevo artículo 30 preceptúa:

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

POR:

ALBERTO DIAZ TAMARA