

# FILIACION NATURAL

POR GONZALO GOMEZ OSORIO

La investigación de la paternidad natural está admitida por la generalidad de las legislaciones extranjeras. En Chile mismo la investigación de la paternidad natural estaba autorizada por las leyes españolas, particularmente por las leyes de Toro, las cuales rigieron hasta el 1º de enero de 1857, fecha en que entró en vigencia el Código de la República, obra en su mayor parte de don Andrés Bello. Ahora, el legislador de la vecina República vuelve por los fueros de la justicia después de 95 años de prohibición de la investigación de la paternidad natural con la aprobación de la Ley chilena 10.271 de 1952 que comentaré más adelante.

En nuestro Código Civil de 1873, la facultad de indagación de la paternidad natural subsistió hasta la vigencia de la Ley 153 de 1887, la cual prohibió la investigación de la paternidad en el artículo 66 de la Ley. En otras palabras, en nuestro Código Civil de 1873 era viable la acción de investigación de la paternidad o maternidad natural en los casos en que el hijo no era reconocido voluntariamente por sus padres con las formalidades legales, en armonía con los artículos 319 y ss. del C. Civil, facultad ésta que subsistió hasta la vigencia del artículo 66 de la Ley 153 de 1887 que *ad literam*, decía: "El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, no podrá pedir a su padre o madre le reconozca, sino con el solo objeto de exigir alimentos".

En consecuencia, la investigación de la paternidad natural era antes del 30 de mayo de 1936 inexistente en la legislación colombiana por disposición de la Ley 153 de 1887 que modificó substancialmente el Código Civil del año de 1873, salvo en el caso quizá único del artículo 73 de aquella Ley, el cual decía: "Si por cualesquiera medios fehacientes se probare raptó y hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor, será condenado éste a suministrar al hijo, no solamente los alimentos necesarios para su precisa subsistencia, sino en cuanto fuera posible, los que competan al rango social de la madre.

El hecho de seducir a una menor, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado está, es raptó, aunque no se emplee la fuerza”.

El artículo transcrito constituye actualmente una de las varias maneras de acreditar y establecer la filiación natural por disposición expresa del artículo 8º de la Ley 45 de 1936. El anterior precepto de la Ley 153 de 1887 está compendiado y aclarado en el ordinal 1º del artículo 4º de la nueva Ley, que a la letra dice: “Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural: 1º—En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción”.

De conformidad con el artículo 66 pre-inserto, hay que distinguir dos situaciones bien distintas en cuanto a los hijos ilegítimos o extramatrimoniales reconocidos voluntaria o involuntariamente por sus progenitores conforme a los preceptos de la Ley 153 de 1887, reformatoria del Código Civil de 1873, a saber: Si el reconocimiento era libre y voluntario por instrumento público entre vivos o por acto testamentario, el reconocido tenía derecho a la crianza, cuidado personal, vestuario, alimentación y alojamiento, derecho de educación, consistente en la enseñanza primaria, y aprendizaje de una profesión u oficio, y además, prestaciones contenidas en el artículo 62 de la dicha Ley.

Pero si el reconocimiento fue el resultado de una demanda promovida por parte legítima, salvo el caso del artículo 73 de la Ley 153 de 1887, el reconocido adquiría sólo el derecho a alimento, “pero sólo en cuanto fuere necesario para su precisa subsistencia”. El artículo 66 de la susodicha Ley, era claro y categórico, y decía: “El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, no podrá pedir que su padre o madre lo reconozca, sino con el solo objeto de exigir alimentos”. En otros términos, la filiación natural con respecto del padre o de la madre se podía establecer por otro medio diferente o distinto del reconocimiento voluntario, pero en tal caso la calidad de hijo natural no daba derecho sino a alimentos necesarios, según el artículo 413 del C. Civil, in fine. El tratadista de derecho civil colombiano, don Fernando Vélez, comenta el artículo 66 de la ley 153 de 1887, así: “Los derechos de los hijos ilegítimos se reducen a exigir alimentos de su padre o madre. De modo que si no los necesitan, no pueden establecer ninguna otra acción contra sus padres, pues con éstos no los ligan otras relaciones legales que las de alimentos. Fuera de ellos no pueden pretender ni derechos hereditarios, ni de guarda, ni ninguno otro civil, así como los padres no tienen ni los consiguientes a la autoridad paterna ni a la patria potestad. Puede decirse que entre padres e hijos ilegítimos no hay derechos ni obligaciones civiles, pues el de alimentos es natural”.

El artículo 7º de la Ley 95 de 1890, inspirado en la legislación del Estado Soberano de Antioquia de 1875 fue una justa reacción

contra los artículos 55, 56 y 66 de la Ley 153 de 1887, los cuales desautorizaban la investigación de la paternidad o maternidad natural para fines distintos a la obtención de alimentos. El artículo 7º de la citada Ley 95, abrió paso a la naturalidad de hecho con relación a la madre soltera o viuda, y a la naturalidad de derecho con relación al padre. Indubitablemente el artículo 7º ya anotado, vino a atemperar y a suavizar en un ápice los rigores de la Ley 153 de 1887. El artículo 7º de la Ley 95 de 1890, en lo pertinente, decía: "... 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".

El Código Civil de 1873, adoptado para la República de Colombia por la Ley 57 de 1887, admitía la investigación de la paternidad por los siguientes medios: por la citación del presunto padre por ante el Juez para que manifestara si creía ser padre del presunto hijo. Esta acción se extendía también a los tutores o curadores del pretense reconocido, y en defecto de éstos, a la persona que probara haber cuidado de la crianza del hijo, según el artículo 320 del C. Civil; la manifestación afirmativa de la paternidad por parte del deponente, daba al hijo la calidad de natural y quedaba en las mismas condiciones del reconocido voluntariamente con las formalidades legales. A parí, si al presunto padre una vez citado, se abstenía de comparecer sin excusa legal debidamente comprobada, habiéndose repetido una vez la citación, expresándose el objeto de ella, se tenía como reconocida la paternidad, era el reconocimiento ficto de la naturalidad. Pero si el presunto padre citado manifestaba ante el Juez no creer ser el padre del demandante, inmediatamente se paralizaba la acción. Con relación a la madre, la cuestión era distinta: también podía hacerse comparecer ante el Juez para que manifestara si tal hijo era suyo y en caso de que la presunta madre optara por la negativa, podía el interesado o sus representantes legales aducir pruebas de la maternidad por medio de testimonios fehacientes que establecieran el hecho del parto y la identidad del hijo por aplicación del principio romano: *mater semper certa est*. La madre es siempre cierta. También el reconocimiento ad libitum de los padres o de uno de ellos podía impugnarse por los que probaran un interés actual en ello, probándose alguna de las causales por que puede impugnarse la legitimación, según los incisos 1º y 2º del artículo 248 del Código Civil vigente.

Está demostrado que el Código Civil colombiano concedía una acción ordinaria a los hijos extra-matrimoniales para obtener el reconocimiento de la calidad de hijo natural. El artículo 319 de la obra citada era obvio, y decía: "El hijo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, podrá pedir que su padre o madre le reconozca". Pero esta disposición fue abolida inexplicablemente por la Ley 153 de 1887, quedando vigente para el solo

efecto de reclamar alimentos, "pero sólo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia", según el artículo 71 de la aludida Ley. Esta es la fuente de la categoría de hijos extra-matrimoniales, denominados puramente alimentarios, herencia de la antigua legislación francesa.

La indagación de la paternidad fue libre en Francia desde la Edad Media, hasta la Revolución, aunque con fines distintos a los actuales, pero la Convención desechó del todo la investigación de la paternidad natural para reaparecer en los albores del Siglo XX con la Ley de 16 de noviembre de 1912. Los expositores Planiol y Ripart, se expresan así: "En el antiguo derecho, hasta la Revolución, la investigación de la paternidad era libre, aunque con fines distintos de los actuales, porque los bastardos carecían de derechos sucesoriales: se dirigía al único objeto de obtener alimentos. Sin embargo, las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este género vinieron a ser, según la expresión de Bigot du Preameneu, el azote de la sociedad. Tronchet refiere que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba en cinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hombre era condenado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: *Virgini praegnantis creditur* (la mujer virgen preñada merece crédito)". Aquí tuvo origen la acción de los hijos alimentarios en Colombia, los cuales eran considerados unos verdaderos parias, seres poco menos que menesterosos, hijos de las malvas, hijos del viento eran llamados.

Una vez terminado el movimiento revolucionario francés, los redactores del Código de Napoleón, en el año de 1804, estamparon el artículo 340 que consagró definitivamente la prohibición de la investigación de la paternidad que antes existía en la Convención francesa de 1792. A partir de este año se inició un movimiento contra aquella prohibición injusta, en el cual tomaron parte destacados novelistas, dramaturgos y filósofos. Esta campaña culminó con la aprobación y vigencia de la Ley de 16 de noviembre de 1912 que autorizó con algunas restricciones la investigación de la paternidad natural.

El Legislador colombiano de 1936, a imitación de Francia, aprobó el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, reformativa de la Ley 153 de 1887, que prohibía la investigación de la paternidad; el artículo en mención, ad-literam, dice: "Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

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

2º—En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siem-

pre que exista un principio de prueba por escrito que amane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción.

3º—Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

4º—En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron.

5º—Cuando se acredite la posesión notoria del hijo.

En el caso del ordinal 4º de este artículo, no se hará la declaración de paternidad, si el demandado demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre".

Los cinco casos en que según la nueva Ley, hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, coinciden fundamentalmente con los cinco análogos casos en que ella puede declararse en Francia, según la Ley de 16 de noviembre de 1912 que vino a reformar sustancialmente el artículo 340 del Código Civil de Napoleón, el cual prohibía la investigación de la paternidad ilegítima, excepto en el caso de raptó. El fundamento toral de la precitada disposición prohibicionista está compendiado en esta frase lapidaria de Napoleón: "La sociedad no tiene interés en que los bastardos sean reconocidos".

El artículo 4º de la Ley colombiana, constituye otra de las grandes reformas civiles introducidas por el legislador de 1936, consistente en el establecimiento de la acción para investigar e indagar, aunque en forma restringida, la paternidad natural, según el artículo 29 de la nueva ley.

A propósito de la restricción investigativa de la paternidad o maternidad natural, el Código del Niño de la República del Uruguay, anterior a la Ley 45 nuestra, similar a nuestra Ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño, denominada también Código del Niño, establece en el artículo 173 un principio análogo al contenido en el artículo 85 del Código del Niño Colombiano de 1946. El artículo 173 del Código del Niño uruguayo, dice: "Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres". Y en la exposición de motivos del proyecto de ley en estudio, se destaca el siguiente párrafo: "Las legislaciones modernas se orientan hacia la amplia investigación de la paternidad. Sin desconocer las dificultades que entraña su aceptación respecto de la familia y los hijos legítimos, no podemos olvidar que los vínculos de sangre nacen con el hijo mismo, sea cual fuere su condición legal, y no debemos por tanto romper esas normas biológicas, único fundamento estable de una legislación justa, basada sobre el derecho natural, que debe estar por encima del de-

recho escrito". Ahora bien, volviendo a la Ley 45 de 1936 nuestra, se advierte que el proyecto primitivo dejaba abierta ampliamente la puerta de la investigación para acreditar la paternidad o maternidad natural por todos los medios probatorios consagrados en la ley, pero la Corte Suprema de Justicia y el Senado de la República después de largas e interesantes deliberaciones sobre la materia, optaron por la norma prescrita en el artículo 4º de la Ley 45 que hoy rige.

La investigación de la paternidad o maternidad natural cuando es viable la acción, genera una declaración judicial o reconocimiento invitus de la naturalidad. En otras palabras, una declaración certificativa por medio de la cual se establece retrospectivamente un status filii determinado con fundamento en el hecho de la procreación.

La investigación de la paternidad puede iniciarse desde antes del nacimiento del hijo, según el artículo 86 de la Ley 83 de 1946, por aplicación del principio romano: *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. El infante concebido se tiene por nacido, siempre que se trate de su comodidad o conveniencia.

El artículo 4º de nuestra Ley 54, empieza así: "Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural...", cuando en la legislación francesa en los mismos casos y en las mismas circunstancias, dice: "Puede declararse judicialmente la paternidad...". El texto del original francés, Ley de 16 de noviembre de 1912, Art. 340, ad litteram, dice: "La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée..."; estas dos expresiones no tienen igual sentido jurídico ni gramatical, ni son sinónimas. La primera implica una obligación para el Juez de fallar a favor de la naturalidad cuando se cumplan plenamente los requisitos del artículo 4º de la Ley y se aduzcan los elementos de convicción en cada caso concreto; y la segunda expresión propia de la legislación francesa, indica una mera facultad que el fallador puede acoger o rechazar.

El inciso 1º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 no distingue entre mayores o menores de edad como lo hacía el artículo 73 de la Ley 153 de 1887. La razón es muy clara. El objeto del inciso es probar o investigar la paternidad natural con fundamento en las leyes biológicas y fisiológicas, a fin de responsabilizar civilmente a sus autores. Pero ello no inhibe, claro está, ni enerva en manera alguna la acción penal que conlleva la figura delictiva denominada raptó, de conformidad con los artículos 349 y ss del Código Penal vigente. Por el contrario, la sentencia condenatoria en un proceso penal por raptó o violación carnal, sería el mejor título ante la justicia ordinaria para obtener la declaración judicial de la paternidad natural.

El Legislador colombiano pretermitió el vocablo "delito" del proyecto de Ley y empleó la expresión 'raptó', in genere, concepto

m3s amplio y conforme con la definici3n del inciso 2º del art3culo 73 de la Ley 153 de 1887 que dec3a: "El hecho de seducir a una menor haci3ndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado est3, es r3pito, aunque no se emplee la fuerza", pero sin limitaci3n a las menores. En esta forma se hace una interesante distinc3n entre el r3pito y la seducci3n, g3nero, y el r3pito delito, especie.

En consecuencia, la existencia de los elementos constitutivos del cuerpo jur3dico del delito de r3pito, art3culo 272 del C3digo de procedimiento penal, o, en otras palabras, la existencia en s3 del delito de r3pito no es una condici3n *sine qua non* para fundamentar la presunci3n *juris tantum* de la paternidad natural, aunque el proceso penal sea un medio eficaz para obtener la declaraci3n judicial de la paternidad por la v3a civil con base en la sentencia condenatoria ejecutoriada.

El hecho de sacar a una mujer de cualquier edad de su casa o del lado de las personas a cuyo cuidado se encuentra, sea o no por la fuerza, con el 3nimo de satisfacer con ella deseos er3tica sexuales, funda la presunci3n de paternidad natural, si concurre la coincidencia de tiempo en la forma expresada en el art3culo 92 del C. Civil. El hecho de la violaci3n carnal constituye otra causal legal para declarar judicialmente la paternidad, si igualmente concurre como en el r3pito la coincidencia de tiempo, es decir, si el hecho del r3pito o de la violaci3n coinciden en el tiempo con la 3poca en que se presume la concepci3n, seg3n las reglas estipuladas en el art3culo 92 del C. Civil que a la letra dice: "De la 3poca del nacimiento se colige la de la concepci3n, seg3n la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepci3n ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta d3as cabales, y no m3s que trescientos, contados hacia atr3s, y desde la media noche en que principie el d3a del nacimiento".

La 2º causal para obtener la declaraci3n judicial de paternidad natural, se presenta en los casos de seducci3n realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales cuando existe un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre, el cual haga veros3mil la seducci3n. El art3culo 330 del C3digo Civil de 1873 colocaba la seducci3n dentro del r3pito y el art3culo 73 de la Ley 153 de 1887, fuente de los ordinales 1º y 2º de la Ley 45 de 1936, copi3 textualmente la norma pertinente a la seducci3n y la asimila al r3pito. Hay abuso de autoridad, por ejemplo, cuando una mujer detenida legalmente es seducida por el funcionario bajo cuya orden est3 privada de la libertad, o por el Alcaide o Carcelero; hay hechos dolosos, por ejemplo, cuando un funcionario o un particular seduce haci3ndose pasar por un facultativo para practicar ciertas inspecciones o ex3menes que exige la Ley.

Pero el sistema ordinariamente seguido en la seducci3n es la promesa de matrimonio o de esponsales que consiste en un hecho

privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil. La causal 2ª hace caso omiso entre la época de la seducción y el de la concepción, según las reglas del artículo 92 del C. Civil. Por ende, el demandante está relevado de probar que la concepción coincidió con el hecho de la seducción. Basta, pues, aducir un principio de prueba por escrito, v. gr., una carta, un documento privado u otro escrito cualquiera proveniente del pretense padre, donde conste indubitadamente el hecho de la seducción por medios engañosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de espasales.

La 3ª causal en que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural es cuando "existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad". La confesión es la manifestación de un hecho susceptible de tener consecuencias jurídicas en contra de quien la hace y puede ser judicial o extrajudicial. La confesión inequívoca de paternidad para efecto de obtener la declaración judicial correspondiente, puede hacerse por cualquier medio escriturario, v. gr. un documento público o privado, una carta o misiva, una anotación de contabilidad, un acta de matrícula en establecimiento de enseñanza, una declaración de renta verificada en la forma legal, etc. La expresión "confesión inequívoca de paternidad", excluye toda clase de dudas y ambigüedades. Sería una confesión inequívoca de paternidad, ésta: "Fulano de tal es hijo mío".

Otras expresiones novedosas que encierran confesión inequívoca de paternidad natural, las trae una jurisprudencia reciente de la Honorable Corte Suprema de Justicia que ad litteram dice: "Lo inequívoco de la confesión paterna escrita, en el caso del artículo 4º numeral 3º de la Ley 45 del año de 1936, no se confunde necesariamente con la condición de ser explícita. Una confesión del padre, en la forma solemne que se deja dicho, puede ser inequívoca a pesar de no ser expresa. Tal ocurre en casos como el del sujeto que en cartas dirigidas a su amante o al interesado en la declaración judicial de paternidad, hace referencia a éste colocando antes de su nombre un posesivo en primera persona del singular o del plural, como "mi Peórito", "nuestra Jucnita"; u ofrece el reconocimiento de filiación, o la ayuda que corresponde a un hijo para su educación y establecimiento, etc." (Casación Civil, abril 21 de 19454. Tomo LXXVII).

La manifestación o la confesión de la paternidad en la forma indicada en el ordinal 3º del artículo 4º que comentamos, debe provenir del pretense padre, sujeto pasivo de la acción de filiación natural. Se trató aquí de una verdadera confesión extrajudicial a la que la ley ha dado un valor especial. Puede acontecer que el elemento escriturario contentivo de la confesión de paternidad carezca de la firma de su autor, entonces sería el caso de identificar la



letra manuscrita cuando se adoptó dicho modo de expresión comparativamente por los sistemas grafológicos existentes.

La 4ª causal en que hoy lugar a hacer la declaración judicial de paternidad, consiste en la pública notoriedad de las relaciones sexuales entre el pretengo padre y la madre del demandante. El ordinal legal, dice así: "En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiera nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron". Se vislumbran en este acápite del artículo 4º de la Ley, dos formas de corruptelas sociales, exóticas y asaz arcaicas en nuestro medio social y religioso, pero de raigambre milenaria, las cuales capta la legislación colombiana, así sea excepcionalmente, para ciertos efectos jurídicos. Ellas son: el amancebamiento y el concubinato.

El profesor y tratadista chileno, Manuel Somarriva Undurraga, en su obra titulada *Derecho de Familia*, hace un relato histórico de estas corruptelas sociales, así: "En el desenvolvimiento histórico, el concubinato ha pasado por diversas etapas. En Roma era una institución jurídica lícita y con características propias. En esa legislación, el matrimonio o "justas nupcias" estaba reservado para los ciudadanos romanos, únicos que podían celebrarlo. Los libertos y peregrinos quedaban al margen de la protección legal. Pero, luego los romanos reconocieron la existencia de estas uniones y nació así el concubinato, "concubinatus" o "inaequela conjugium", que pasó a ser un matrimonio de segundo orden, pero lícito y reglamentado.

Posteriormente, la influencia de la Iglesia en todo lo relacionado con el matrimonio, hizo que el concubinato desapareciera como institución y fuera mirado como algo ilícito. Así se explica que tanto el Código francés como el nuestro no se refieran a él ni siquiera en forma incidental".

El legislador colombiano de 1936 sustituyó en el proyecto que iba a ser Ley de la República a partir del 30 de mayo de ese año, las expresiones "vida marital", "concubinato" y "amancebamiento" por la expresión genérica: "relaciones sexuales estables", porque se pensó en que aquellas locuciones podían tener un significado o sentido jurídico definido. Las relaciones sexuales extra-matrimoniales son sin duda alguna un atropello a las buenas costumbres, un ultraje a la moral cristiana que la ley hubo de tener en cuenta únicamente para ciertas relaciones de derecho, especialmente en cuanto a los bienes y a los hijos procreados en ellas. Por consiguiente, las relaciones sexuales estables comprenden el concubinato y el amancebamiento, o sea, el trato ilícito y continuado de hombre y mujer.

Las relaciones sexuales han de ser "notorias", es decir, conocidas del público o de varias personas; y, "estables", es decir, per-

manentes siquiera por algún tiempo, aunque no haya comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron, todo esto según las reglas establecidas en el artículo 92 del C. Civil. El último inciso del artículo 4º de la Ley materia de esta tesis, es complementario del ordinal 4º que comentamos y constituye las defensas y excepciones con que cuenta el pretense padre, si cree que no obstante sus ilícitas relaciones sexuales estables con la madre del hijo que se le imputa, no fue el progenitor de él. El inciso en cuestión es obvio y no requiere ninguna explicación: dice así: "En el caso del ordinal 4º de este artículo, no se hará la declaración de paternidad, si el demandado demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del C. Civil, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre".

El tiempo dentro del cual se presume la concepción, según el artículo 92, del Código citado, comprende ciento veinte días, o sea, la diferencia entre el máximo (300) y el mínimo (180). En consecuencia, si el demandado demuestra que en todo ese lapso estuvo físicamente imposibilitado para tener acceso a la mujer, sea por razón de distancia o a virtud de cualquier otro hecho que constituye impedimento físico para el ayuntamiento carnal, o prueba la excepción de vida disoluta o plurium constupratorum con relación a la madre durante el mismo lapso de ciento veinte días en que se presume la concepción, el Juez debe denegar la declaración de paternidad. El artículo 92 del C. Civil parte de un hecho conocido: el día del nacimiento, para deducir un hecho desconocido: la época de la concepción.

La posesión notoria del estado civil de hijo, es la 5ª y última causal que trae el artículo 4º de la Ley para fundamentar la acción de paternidad natural; dice así: "Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo". Este numeral está vinculado íntimamente con el artículo 6º de la Ley, el cual da una idea clara y precisa de posesión notoria de estado civil de hijo natural; el artículo mencionado, dice: "La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su 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". Hay una diferencia sustancial determinada por la conjunción copulativa "y" que une palabras o cláusulas, y la conjunción disyuntiva "o", que denota alternativa, entre la posesión notoria de estado de hijo legítimo a que se refiere el artículo 397 del C. Civil y la posesión notoria de estado de hijo natural de que trata el artículo 6º de la Ley 45 de 1936.

La presentación de los hijos extra-matrimoniales por parte de los progenitores, a los deudos y amigos de éstos, es insólito en nuestro medio social, algo mojigato, por temor a la reprobación y descrédito de la sociedad. Por ello, el hijo nacido extra-matrimonialmente permanece generalmente en la penumbra de la familia legítima y demás relacionados, y casi nunca es presentado en su carácter de hijo a los deudos y amigos de los padres de aquél, u ocurre la abstención para declarar sobre los hechos constitutivos de la posesión de estado de hijo natural contra su pariente o amigo, por cierta solidaridad familiar que crea los vínculos de consanguinidad y la misma amistad, salvo casos verdaderamente excepcionales en que el hombre sacrifica prejuicios de familia y egoísmos personalistas de orden económico en aras de la verdad y la justicia, aún en detrimento de propincuas expectativas herenciales. En cambio, los hijos nacidos en el matrimonio es usanza su presentación, muchas veces con regocijo y complacencia, ante la familia y amigos de los padres sin exclusión.

Esta es la razón de ser de la aplicación de la conjunción disyuntiva "o", cuando se trata de probar la posesión notoria del estado civil de hijo natural, en la locución: "...y en que sus deudos y amigos 'o' el vecindario del domicilio en general..." del artículo 6º de la Ley 45 de 1936, en vez de la copulativa "y" que se emplea para establecer la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, en la expresión: "...a sus deudos y amigos; y en que éstos 'y' el vecindario de su domicilio en general...", según el artículo 397 del C. Civil vigente.

Exigir también la copulativa "y" del artículo 397 del C. Civil para establecer la posesión notoria de hijo natural, sería dejar poco menos que inaplicable en la práctica y, por ende, irrita en sus fines, la prueba de la posesión notoria, la más completa de todas las pruebas, según frase de Portalis, con relación a los hijos extra-matrimoniales en infinidad de casos por razones obvias.

La posesión notoria del estado es el hecho de haber ocupado una persona en el concepto público, durante cierto tiempo, el estado civil que se le arroga. Por consiguiente, la posesión de estado es el conjunto de circunstancias por las cuales se considera un hijo como si hubiera sido reconocido por sus padres. La dicción "posesión", en el argot jurídico, significa tenencia con ánimo de señor y dueño, presunción *juris tantum* que admite prueba en contrario.

En nuestra legislación la posesión notoria del estado civil constituye una prueba supletoria de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos, etc., por mandato expreso del artículo 19 de la Ley 92 de 1938, infine, sobre registro civil y cementerios.

Juan S. María Portalis, destacado jurista francés, dice: "La posesión notoria es la más completa de todas las pruebas". Y el profesor y tratadista argentino, doctor Dalmacio Vélez Sársfield, a quien el presidente Mitre designó para redactar el anteproyecto

del Código Civil argentino en 1864, se expresa sobre la posesión de estado frente a otras pruebas, así: "...la verdad de la escritura pública es meramente una presunción de la ley, desmentida todos los días; igual a la presunción de verdad de la declaración de los testigos. Las leyes, no pudiendo llegar a una perfección absoluta, se han guiado, en la constitución de las pruebas, por lo que regularmente sucede, por meras presunciones de hombres, presunciones que en otros casos pueden ser mayores y más fuertes que la escritura pública, que los actos auténticos, según sean los hechos accesorios que se deduzcan en el juicio para probar la paternidad. Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre; cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo; cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación; cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada como si lo hubiese hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; más la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchas y variados actos, de todos los días, de todos los instantes. La posesión de estado es así por su naturaleza una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos; es la evidencia misma, que habla; la prueba en carne y hueso, como decía una Corte francesa. El Juez puede, pues, por los hechos que constituyen la posesión de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura que la que le daría la escritura pública, un asiento bautismal".

En Francia, la posesión de estado fue rechazada por la Jurisprudencia y la doctrina de algunos autores.

Juan Carlos Florencio Demolombe se constituyó en un verdadero defensor de la posesión de estado para acreditar con ella la paternidad natural. En su famosa obra intitulada *Cours de Code Napoléon*, el ilustre jurista francés, critica acremente el artículo 340 del Código Francés que prohíbe la investigación de la paternidad natural y sostiene que la posesión de estado de hijo natural nada tiene que ver con esa prohibición y concluye: "No se investiga lo que se posee".

La posesión de estado de hijo natural establecida en la Ley 45 de 1936, es autóctona de la legislación colombiana, tiene su fuente especialmente en la jurisprudencia y en la doctrina de los autores extranjeros y nacionales.

Los artículos 398 y 399 del Código Civil nuestro son complementarios de los artículos 5º y 6º de la Ley 45 de 1936 y, en cierta forma, generadores de la posesión de estado para los efectos legales. Según aquellos preceptos legales, la posesión notoria de

estado civil de hijo natural requiere un lapso no inferior a diez años y debe probarse por un conjunto de testigos fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable. El vocablo "irrefragable", en el léxico jurídico equivale a incontrastable.

A la luz del Derecho Romano, los elementos constitutivos de la posesión del estado civil eran tres, a saber: el nomen, la fama et el tractatus. El nomen, indicaba la familia a que pertenecía el individuo, el cual corresponde al apellido entre nosotros; la fama, era el concepto en que lo tenía el vecindario respecto de su estado civil; y el tractatus, era el tratamiento de hijo, padre o espaso que se le había dado. Nuestro Código Civil, así como el chileno, sólo admite el tratamiento y la fama con los sentidos indicados.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 45, la subsistencia, la educación y el establecimiento de hijo por parte de sus progenitores, pretensos padre o madre, por un lapso de diez años continuos, y en forma pública y notoria, son la base fundamental de la posesión de estado de hijo natural generadora de la presunción legal de paternidad o de maternidad natural conforme al artículo 5º de la citada Ley.

Una jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, dice: "La Corte ha sostenido a propósito de la causal de paternidad natural consagrada en el oráial 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936: A) El tratamiento y la fama, que son los elementos constitutivos de la posesión notoria, deben asentarse en el hecho de que el supuesto progenitor proveyó o ha proveído, con tal carácter, a estos tres objetivos, en favor del hijo: a) a su subsistencia; b) a su educación; c) a su establecimiento (Art. 6º). De donde se desprende que cualesquiera otras manifestaciones distintas, admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen; B). Al decir del artículo 399 del Código Civil —aplicable a la filiación natural por virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936— que la posesión notoria del estado civil se probará por un CONJUNTO de testimonios FIDEDIGNOS, "que la establezcan de un modo IRREFRAGABLE", sentó en la materia un régimen probatorio riguroso en extremo, implicativo de un número de testigos superior a dos, fehacientes sin lugar a duda, cuyas declaraciones —respositivas, exactas y completas, como deben serlo— sean "incontrastable" (que a tanto equivale el vocablo "irrefragable"), por la coincidencia en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en ellas se expongan y por las explicaciones acerca de la manera como los testigos percibieron el hecho declarado; C). Respecto de la parte final del artículo 6º de la Ley 45, o sea, circunstancia exigida por esa norma consistente en que los deudos y amigos del pretense padre hayan reputado a una persona como hija de él, estima la Corte que debe interpretarse y aplicarse en la misma forma como la jurisprudencia y la doc-

trina han interpretado y aplicado la última parte del artículo 397 del Código Civil, o sea, que no basta la estimación ni la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que es necesario que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo. La apreciación de los testigos al respecto, no es por sí sola la prueba de este estado sino que debe ser la deducción, en virtud de los hechos positivos, sostenimiento, educación y establecimiento, presenciados por esos mismos testigos; D). Refiriéndose a la prueba de la posesión notoria del estado civil, el rigor interpretativo se explica por tratarse de cuestión tan delicada y atañedora al orden público interno, como lo es el estado civil de las personas. Y debe ser aún más estricta cuando se trata de la filiación natural, porque entonces no existe la presunción legal que ampara a los hijos de matrimonio legítimo (PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT) y porque cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, más sirve para investigar la paternidad natural, haciendo admisible la demanda, que para fundar forzosamente la declaración judicial (Casación: octubre 16 de 1943, LVI, 206; abril 21 de 1954, LXXVII, 402; septiembre 14 de 1954, LXXVIII, 500). (Casación Civil. Septiembre 22 de 1955, T. LXXXI, Nros 2157-58).

El artículo 7º de la Ley 45 de 1936, al ítemam, dice: "Las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural".

Está dicho atrás que en nuestro Código Civil vigente la posesión notoria de estado sirve para probar el estado civil de las personas en forma supletoria o accesoria a falta de las respectivas partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la Ley 92 de 1938, con relación a los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos, etc. También sirve para establecer la presunción juris tantum de la paternidad natural, incluso de la maternidad natural, caso insólito, por disposición expresa del artículo 5º de la Ley. El artículo 398 del C. Civil se refiere a la durabilidad mínima de los hechos constitutivos de la posesión de estado, la cual debe ser de diez años continuos, por lo menos.

La condición *sine qua non* para que el tratamiento y la fama sean un fundamento de la presunción de paternidad o maternidad natural en los casos de la ley, es la durabilidad ininterrumpida de diez (10) años por lo menos, según el artículo 398 del C. Civil. Por ende, si el hijo sólo vivió nueve (9) años y medio en la forma expresada, de tratamiento y de fama, será imposible probar que gozó de su estado civil los diez años que exige la ley para su constitución.

Los señores Chacón y Vera son de esta opinión: el goce continuo de los 10 años es necesario sólo cuando haya sido materialmente posible. También, los señores Cood y Fabres reconocen la existencia de excepciones a la regla general del artículo 398 del

C. Civil, para concluir que aquéllas no deben aducirse contra ésta.

El artículo 401 del C. Civil, se expresa así: "El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna. Esta norma legal, cuya aplicación se extiende también al fallo judicial que declara la paternidad o la maternidad natural por cualesquiera de los medios indicados en la Ley, es una excepción rotunda a lo dispuesto por el artículo 17 *ibidem*, según el cual las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Por ello, a los Jueces les está vedado proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria. La excepción del artículo 401 acotado, se funda en que el estado civil de las personas debe ser uno para todos, debe tener un sentido y valor ERGA OMNES, porque así lo exige el interés social y el orden público interno.

El artículo 17 del C. Civil establece o consagra el principio jurídico-procesal de la relatividad de la cosa juzgada que estriba en esto: La cosa juzgada surte sus efectos apenas entre los litigantes o sus derechohabientes y no contra personas extrañas, por regla general. En otros términos, la fuerza obligatoria del fallo judicial sólo afecta a las partes actuantes en el juicio, a sus causahabientes y legatarios, sin que pueda oponerse a terceras personas extrañas a la controversia por aplicación del aforismo jurídico: *Res inter judicata aliis nec nocere nec prodesse potest, o res inter alios acta, nobis nec nocet prodest*. En consecuencia, el artículo 401 del C. Civil rompe el principio de la relatividad de la cosa juzgada o providencia en firme y concede efectos ERGA OMNES a los fallos que declaran verdadera o falsa la legitimidad del hijo, y la calidad de natural del mismo, según el artículo 7º de la Ley 45 de 1936.

El artículo 402 del C. Civil también citado, establece que para que los fallos de que trata en el artículo 401 *ibidem* produzcan los efectos ERGA OMNES indicados, es preciso:

a). Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, es decir, que se hallen en firme por no proceder contra ellos recurso alguno o haberse dejado pasar el término sin interponerlo;

b). Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor,, que en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo y el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad es la madre contra el hijo y el hijo contra la madre; y

c). Que no haya habido colusión en el juicio, es decir, convenio fraudulento y secreto entre las partes con el objeto de perjudicar o engañar a terceros. No obstante la anterior disposición, legítimo contradictor en los juicios sobre filiación natural es también

cualesquiera de las personas o entidades enunciadas en el artículo 12 de la Ley 45, es decir: 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 o educación del menor, y el Ministerio Público.

Motivo de especial y detenido estudio es el artículo 404 del C. Civil nuestro, también aplicable a la filiación natural por disposición expresa del artículo 7º de la Ley. El artículo en mención dice literalmente: "Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron".

El artículo 404 del C. Civil transcrito, es obvio. Los derechohabientes o causahabientes son los continuadores jurídicos de la persona del DE CUJUS. Por otra parte, la sucesión por causa de muerte es una verdadera subrogación personal por cuanto los herederos entran a ocupar la misma situación que en vida tuvo el causante, en concepto del profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez. De aquí la máxima jurídica: Haeres sustinet personam defuncti. El heredero es la persona del causante. Por ello, los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de pronunciarse la sentencia, la cual, pronunciada a favor o en contra de cualquiera de ellos, tiene de aprovechar o perjudicar a los coherederos que, habiendo sido citados, no comparecieron, por cuanto este fallo reviste el carácter de indivisible.

El artículo 404 del C. Civil es la aplicación en concreto del principio general contenido en el artículo 1.155 *ibidem*, que estipula que los herederos representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Pudo decirse perfectamente que los herederos representan la persona del causante para todos los efectos legales, sea en sucesión testamentaria o en sucesión ab intestato, excepto, claro está, cuando se invoca el beneficio de inventario.

Cood y Fabres, expositores chilenos de renombre, consideran que al disponer el artículo 404 que los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia, quiso decir que en ese caso los herederos adquieren también del causante la calidad de legítimos contradictores por haber intervenido el presunto padre en el juicio mientras estuvo vivo, caso en el cual la sentencia o fallo que se pronuncie contra los herederos surtirá efectos ERGA OMNES, esto es, contra todo el mundo, por haber sido dictada con intervención inicial del legítimo contradictor: padre o madre correspondientes. A contrario sensu, si el fallo se dicta a consecuencia de acción iniciada después de muerto el padre, sin haber por tanto intervenido éste en su calidad de legítimo contradictor, los herederos intervienen a manera de representantes comunes e interesados en la litis y el fallo correspondiente no surte efec-



to ERGA OMNES, sino relativo sólo a las partes que han intervenido en él.

En cambio, el señor Vera, otro expositor y tratadista chileno de viso, sostiene que los herederos tienen siempre el carácter de legítimos contradictores, haya o no intervenido el padre en vida en el correspondiente juicio, y que la sentencia proferida después de su muerte, lo mismo que la pronunciada con antelación a ella, tiene el mismo efecto ERGA OMNES. El expositor señor Vera, está más acorde con el artículo 1.155 del C. Civil nuestro, que establece el principio de la continuidad jurídica de la persona del DE CUJUS para todos los efectos legales.

El legítimo contradictor en la forma consagrada por los artículos 403 y 404 del C. Civil nuestro, ha sido objeto de controversias y alegaciones entre autores y expositores de derecho civil, tanto nacionales como extranjeros. Unos circunscriben la calidad de legítimo contradictor, a las personas señaladas en el artículo 403 del Código, exclusivamente; otros, a estos y a sus herederos cuando la acción se inicia en vida del causante y hasta la terminación del juicio; y otros, finalmente, sostienen que la calidad de legítimo contradictor se extiende también a los herederos de éste para todos los efectos legales por ser éstos los continuadores jurídicos de la persona del DE CUJUS.

Esta situación caótica en la doctrina de los autores y expositores de derecho fué dirimida por la jurisprudencia, la cual vino a unificar las diversas corrientes y opiniones jurídicas en la forma más conforme con la justicia y el bienestar social. Hasta antes del 1º de octubre de 1945 se sostenía a pie juntillas por la jurisprudencia, que la acción de filiación natural sólo era viable en vida del padre, en aplicación del artículo 403 del C. Civil sobre legítimo contradictor. A guisa de reacción contra esa jurisprudencia de la Corte, surgió un movimiento reformista en el cual tomaron parte autores y entidades jurisdiccionales hasta alcanzar un cambio fundamental en el criterio jurídico de la Corte. Posteriormente, la Suprema entidad de la rama jurisdiccional, en Sala de Casación Civil, sentó la siguiente jurisprudencia vigente actualmente, que dice:

"Conforme a la nueva doctrina de la Corte que abrogó la anterior sobre filiación natural, los artículos 401, 402 y 403 del C. Civil, forman un conjunto tal, que desligarlos conduciría al absurdo. El primero de ellos da alcance absoluto al fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo; de suerte que "no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto ed todos". Para que se produzca tan excepcional resultado establece el segundo de aquéllos (402), ciertos requisitos, de ellos, que se haya pronunciado contra legítimo contradictor, y el tercero (403) define esta locución precisando que en la cuestión de paternidad, lo es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre. Claramente se ve que la intervención del padre con tal nombre o

calidad de legítimo contradictor significa que cuando se está ante ella de manera que con esa intervención se haya seguido juicio, la sentencia tendrá alcance contra todos, en vez del alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia, circunscrita como está por los Arts. 473 y 474 del C. Judicial y 17 del Civil a las personas que han intervenido en el litigio o sus causahabientes. Así pues, aquellas disposiciones no pueden interpretarse en el sentido de que precisamente el presunto padre haya de ser el demandado en un pleito sobre reconocimiento de paternidad natural y que, por lo mismo, la acción de quien se pretende hijo de él se haya de tener por extinguida si en vida de aquél no fue invocada.

“Ante los Arts. 219, 220, 221, 222 y 223 del C. Civil y 335 a 337 del mismo, no puede sostenerse que precisa y exclusivamente sea la persona del padre, y en su caso la de la madre, la que intervenga como parte en los juicios respectivos, aunque, como regla básica, según el Art. 216, mientras viva el marido, sólo él mismo podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio. Habiendo otras personas capacitadas por aquellas disposiciones con tal fin, no puede entenderse la expresión “so pena de nulidad” con que termina el artículo 403 como corroboración de que la muerte del padre extingue la acción del hijo, porque bajo aquella pena se exija allí la intervención del padre “siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo”. Si así se entendieran esa exigencia y sanción, se incurriría en el absurdo de darlas por aplicables a los casos aludidos en que otras personas distintas del padre están provistas de aquella capacidad, a más de que esas mismas exigencia y sanción sobrarían y quedarían sin sentido si se refirieran a juicios como los aludidos en el Art. 216, es decir, en los que figura el padre. De estas consideraciones se deduce que aquel requisito y la pena de nulidad se refieren ante todo a los juicios de maternidad disputada, principalmente en los que, estando implicada igualmente la paternidad, no basta señalar a la madre como demandado o que se señale como tal hijo, sino que es preciso traer al padre a la controversia. Clara es que en cuanto no haya muerto. (Casación, 1º de octubre 1945, LIX, 684, 28 julio 1946, LX, 717, 29 julio 1946, LX 777,, 23 septiembre 1946, LXI, 68,—5 noviembre 1946, LXI, 415,—18 septiembre 1947, LXIII, 27,—11 mayo 1948, LXIV, 317,—14 septiembre 1948, LXIV, 751).

Por ende, si la demanda encaminada a establecer un status filii natural, se endilga contra las personas a que se refiere el artículo 403 del C. Civil, únicas legítimos contradictores, según la ley y la jurisprudencia, la sentencia proferida contra cualquiera de ellas surte efectos *erga omnes*, y relativos en el caso contrario. En otras palabras, la sentencia ejecutoriada en el primer caso, genera la cosa juzgada absoluta, según el artículo 401 del C. Civil y la sentencia ejecutoriada en el segundo caso, genera la cosa juzgada formal, según el artículo 17 del C. Civil en concordancia con los ar-

ticulos 473 y 474 del C. Judicial, en armonía con el aforismo jurídico: **res inter alios acta, nobis nec nocet nec prodest**. Los actos ajenos a nadie dañan ni aprovechan.

En sentencia de siete de octubre de 1955, la H. Corte Suprema de Justicia es obvia y terminante: "Conforme a la doctrina sustentada por la Corte, en las acciones sobre reclamación de estado de hijo natural, cuanto a la paternidad se refiere, solamente es legítimo contradictor el padre mientras éste viva, caso en el cual la sentencia que se dicte produce efectos ERGA OMNES. Muerto el presunto padre, las acciones pueden incoarse contra quienes jurídicamente son continuadores de la persona del DE CUJUS, ó sea, sus herederos AB INTESTATO o testamentarios, parientes o extraños, caso en el cual el fallo respectivo produce efectos relativos sólo entre las partes. De consiguiente, cuando el hijo natural ejercita conjuntamente la acción de estado y la acción de petición de herencia para que se declare la paternidad del DE CUJUS, y se le reconozcan sus derechos a la sucesión en frente del heredero aparente, corresponde al actor comprobar la legitimación de la persona demandada en el juicio, como presupuesto de las acciones referidas, ó sea, la calidad de heredero aparente del presunto padre natural. La prueba de tal calidad puede hallarse, según los casos, en las actas de registro del estado civil que establezcan el parentesco entre el finado padre natural y el heredero demandado, de las cuales aparezca la vocación hereditaria conforme a las reglas de la sucesión intestada; o en el testamento del presunto padre natural en que éste instituye asignatario universal al demandado, o en el reconocimiento judicial de heredero, preferido en el juicio de sucesión con base en las actas o en el testamento. La confesión del demandado no es prueba idónea para acreditar su condición de heredero, ya que ésta se relaciona con hechos que deben constar en documentos públicos. Pero esto no significa que sólo pueda comprobarse con las actas del registro del estado civil. (Casación Civil, octubre 7/55. T. LXXXI, N° 2159).

Por reiteradas ocasiones, la Corte Suprema reafirma la jurisprudencia sustentada ya en innumerables fallos a partir del 1° de octubre de 1945, conforme a la cual, la acción sobre filiación natural puede instaurarse después de muerto el pretense padre, contra los herederos de éste. En una de ellas, la Suprema entidad jurisdiccional, expresa: "Cuando se busca acreditar el estado civil del hijo natural después de muerto el pretendido padre, el ejercicio de la acción que subsiste para comprobar la paternidad puede dirigirse contra quienes por los vínculos de la sangre se hallan colocados inmediata y directamente en la posesión jurídica de continuadores de la persona del difunto; que por ello se encuentran llamados a heredar en primer término, y nada más que por virtud de ese llamamiento, aunque para el caso no aparezca la aceptación de la herencia.

Caso distinto se presenta cuando la herencia es deferida con base independiente de la vinculación que el parentesco funda. Porque entonces sí parece indispensable que la herencia haya sido aceptada para que la acción de reconocimiento de estado civil pueda encaminarse eficazmente contra el heredero". (Casación civil, julio 7 de 1954, Tomo LXXVIII, N<sup>o</sup> 2144).

Finalmente, la Corte Suprema sostiene que cuando la acción endilgada a obtener la declaración judicial de la naturalidad, se ejercita después de muerto el pretense padre, no es necesario dirigir la acción de declaración de paternidad natural contra todos los herederos llamados a suceder al causante. Ahora bien: si la acción de filiación natural incoada perjudica o puede perjudicar el patrimonio herencial, entonces sí es preciso dirigir la demanda contra todos los herederos llamados a suceder al causante, a fin de que la personería de la parte demandada quede debidamente representada. La interesante jurisprudencia mencionada dice: "La sentencia declarativa de una filiación natural, dictada en juicio seguido contra los herederos, como continuadores de la personalidad jurídica del causante, no produce efectos erga omnes sino que apenas hace tránsito a cosa juzgada en relación con las personas que fueron partes en el litigio. De consiguiente, a los herederos no traídos al pleito no les perjudica la sentencia y la actuación no puede devenir nula como consecuencia de su ausencia, pues con los herederos citados personalmente como tales se trabó la controversia legítimamente. Estos no representan a nadie distinto de sí mismos, por lo cual no puede darse —con fundamento en el hecho apuntado— la ilegitimidad de personería consistente en indebida representación que consagra el numeral 2<sup>o</sup> del artículo 448 del C. Judicial, como causal de nulidad para todos los juicios.

Cuando una acción perjudica o puede perjudicar el patrimonio herencial, es claro que entonces precisa demandar a todos los herederos, como representantes que conjuntamente son de la sucesión, a fin de que la personería de la parte demandada quede debidamente integrada; pero tal cosa no ocurre con la acción de filiación, pues con ésta, cuando prospera, quien resulta lesionado personalmente es el demandado que viene a ser desplazado de la herencia por el actor o a concurrir en ella con éste, sufriendo sólo aquél particularmente las consecuencias patrimoniales de la acción. El patrimonio hereditario en nada se afecta, por lo cual se comprende que es extraña y ningún papel juega aquí la jurisprudencia de la Corte, que enseña que cuando se demanda a la sucesión, la parte demandada tiene que estar constituida por todos los herederos. (Casación civil, febrero 27 de 1953, T. LXXIV, número 2124 y 2125).

El artículo 12 de la Ley 45 de 1946, es comprensivo de los artículos 9<sup>o</sup> y 10<sup>o</sup> de la misma. Aquél se refiere a las partes con derecho a intervenir en los juicios encaminados a la fijación de la filiación natural, esto es, a la obtención del reconocimiento *in vitis*

de la paternidad o maternidad natural. El artículo 12 en mención, está concebido en los siguientes términos: "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 o educación del menor y el Ministerio Público".

Cualesquiera de estas personas o entidades pueden incoar la acción ordinaria encaminada a obtener la declaración judicial de paternidad o maternidad natural por intermedio de abogado titulado por ordenamiento expreso de la Ley, artículo 12 in fine, excepto cuando la siga el Ministerio Público. Si el hijo es mayor de edad o está habilitado de edad, puede otorgar por sí mismo a su abogado el poder requerido para ejercitar la acción; si es menor no habilitado, o mayor, pero incapacitado por causa distinta a la edad, v. gr. por demencia, etc., la persona que ejerza la patria potestad o la guarda en su caso, está facultada para conferir el poder correspondiente y asimismo puede hacerlo la persona o entidad que ha cuidado de la crianza del hijo extramatrimonial, según el artículo 10º de la Ley. Pero la madre podrá iniciar la acción desde el quinto mes de gravidez hasta cuando el hijo cumpla los veintidós años, según el artículo 86 de la Ley 83 de 1946, denominada "El Código del Niño", complementario de nuestra Ley 45 de 1936.

La Ley 45 tantas veces mencionada, dice expresamente que el juicio sobre filiación natural tiene que ventilarse por medio de abogado titulado, con miras a eludir las demandas sin fundamento, temerarias o injustas en materia tan importante como esta de la filiación natural. En cuanto al Ministerio Público, la ley presume que éste tiene capacidad y moralidad suficientes para representar a la sociedad en general y por ello lo releva de la calidad dicha.

El artículo 8º de la Ley 45 de 1936 ofrece otros medios eficaces para acreditar la paternidad natural, algunos de ellos simple repetición de los consignados en el artículo 4º de la Ley que comentamos. El artículo susodicho, dice: "Acreditada la filiación por cualesquiera de los procedimientos y pruebas a que se refieren los artículos 68, 69, 73 y 75 (inciso 1º) de la Ley 153 de 1887, surtirán todos los efectos civiles señalados en la presente". Los artículos que anteceden de la ley últimamente citada que prohibió la investigación de la paternidad o maternidad natural con la abolición del artículo 319 del C. Civil de 1873 que la autorizaba, son la fuente de nuestro hijo alimentario de procedencia francesa, ya comentado. Era el único hijo extramatrimonial que podía declararse o reconocerse como natural, según la legislación anterior a 1936 en juicio contra el padre para efectos de obtener alimentos de éste, "pero sólo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia". Su condición era, por ende, precaria, vergonzosa e indigna de un hombre.

El artículo 8º pre-inserto, ofrece una oportunidad de tanteo,

asaz interesante en favor del hijo, por cuanto el hijo ilegítimo o extra-matrimonial puede hacer citar personalmente ante el Juez a su presunto padre para que bajo la gravedad del juramento declare si cree ser el padre del demandante: si confiesa la paternidad, se tiene la prueba buscada y se hace innecesario por consiguiente cualquier juicio encaminado a obtener la declaración de paternidad natural. Ahora bien, si el demandado no comparece pudiendo, habiendo sido repetida una vez la citación, expresándose el objeto de ella, se mirará como reconocido la paternidad natural para todos los efectos legales, reconocimiento ficto de la paternidad natural. O, finalmente, el demandado comparece y niega la paternidad que se le imputa, en este caso queda expedita la vía para la investigación de la paternidad natural conforme al artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

La Ley por razones de moralidad pública y de interés social, circunscribió la acción de investigación de la paternidad y de la maternidad natural a los medios y pruebas previstos en los artículos 4º y 8º de la Ley 45, y también los elementos probatorios a los contenidos en los artículos 1º y 2º *ibidem*. Además, el artículo 2º de la Ley restringe la comprobación de la paternidad natural expresamente en los siguientes términos: "No es admisible la comprobación de la paternidad natural por otros medios que los señalados en esta ley".

En síntesis, el sentido de la prohibición anterior consiste en que llegado el caso un hijo extra-matrimonial sólo podrá acreditar o probar su estado civil de hijo natural con los siguientes elementos probatorios, a saber: el acta de nacimiento firmada por quien reconoce; la escritura pública de reconocimiento; o, copia auténtica de la manifestación de reconocimiento, hecha ante un Juez, según el artículo 2º de la Ley; o, una copia de la sentencia ejecutoriada contentiva del reconocimiento *in vitro* de la paternidad o maternidad natural, según el artículo 4º de la Ley; o, una copia de la declaración juramentada del supuesto padre provocada por el hijo en los términos del artículo 68 de la Ley 153 de 1887; o, una copia del reconocimiento tácito a que se refiere el artículo 69 de la citada Ley 153 de 1887; o, finalmente, la comprobación del rapto y posible concepción mientras estuvo la mujer en poder del raptor, según el artículo 73 *ibidem*, por disposición del artículo 8º de la Ley 45 de 1936.

La investigación de la paternidad natural está prohibida con sobrada razón expresamente en el artículo 3º de la Ley 45 por razones de orden familiar y social. El texto legal expresa: "El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo.

Prohibese pedir la declaración judicial de maternidad natural,

cuando se atribuye a mujer casada, salvo en el caso final del inciso anterior".

Este artículo es una aplicación obvia de la máxima jurídica: **Pater is est quem nuptiae demonstrant**, el hijo que ha sido concebido durante el matrimonio, lo es del marido. Se trata aquí de una presunción **juris tantum** de paternidad que ampara y protege a los hijos legítimos y, por otra parte, rinde respeto y veneración a la institución del matrimonio.

En la legislación vigente hasta el 30 de mayo de 1936 para que un hijo llegara a tener la calidad de natural, era preciso estar reconocido libre y voluntariamente y, además, no provenir de dañado y punible ayuntamiento, es decir, de personas que al tiempo de la concepción estaban impedidas para contraer matrimonio entre sí, según los artículos 54 y 55 de la Ley 153 de 1887. El artículo 3º de la Ley que comentamos constituye una justa reacción contra el artículo 54 de la Ley de 1887. Esta norma creaba evidentemente una categoría de hijos extra-matrimoniales, desamparados e imbeles, condenados por el hecho de haber nacido fuera del matrimonio, a llevar una vida miserable, menesterosa e inhumana, por disposición de leyes positivas basadas en prejuicios sociales violatorios de elementales normas de derecho natural que impone la igualdad sin discriminación entre los hombres.

La persona adúltera podía estar segura de su impunidad, tenía el amparo de la ley a su conducta réproba y estaba exenta también de contribuir a darle mediano abrigo a aquél ser desvalido, producto de sus pasiones insanas. Era la vindicta social desatada sobre la víctima inocente, en vez de serlo sobre el victimario.

El ilustre jurista, doctor Gustavo A. Valbuena, autor del proyecto de ley sobre filiación natural, escribe la siguiente página magistral que conmueve el corazón de todo ser humano capaz de sentir. Dice así: "Esta era sin duda una de las monstruosidades más grandes, que hacían digna del fuego la legislación anterior. Porque se condenaba a la víctima y no al victimario. Al hijo, en efecto, qué culpa puede atribuirse en su procedencia, para que la sociedad lo reciba como a un delincuente o mucho peor, ya que el criminal siquiera tiene aptitudes para defenderse o hacerse defender, en tanto que aquél llega al mundo impotente en absoluto para proporcionarse elementos de vida? Castigar en el hijo inocente el desvío de su padre consciente, no era un sistema oprobioso para el país?"

"A tan odioso extremo llegaban, de un lado la animadversión cobarde contra las criaturas así nacidas, y, de otro, la complacencia de la ley para con los padres adúlteros, que si éstos en un sano movimiento de conciencia querían reconocer a sus hijos, no podían hacerlo a pesar de su buena voluntad, y si en calidad de padres querían alimentarlos, la ley les obligaba a suministrar sólo "lo necesario para la precisa subsistencia".

"Ninguna manera más clara de establecer la ley dos cosas: la libertad desenfadada para los padres de procrear en adulterio y la condenación del hijo, no a la muerte —lo que habría sido más humano— sino a la miseria física y moral en la infancia, y, por ende, al hospital o al presidio más tarde".

El artículo 3º de la Ley 45 tiene estrechos nexos con el artículo 214 del C. Civil que ad litteram, dice: "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido".

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de obtener acceso a la mujer". Estas normas legales son una aplicación evidente del principio: *Pater est quem justae nuptiae demonstrant*, el hijo que ha sido concebido durante el matrimonio, lo es del marido; el cual genera una presunción legal de legitimidad. En consecuencia, el desgraciado marido que retorna a su hogar después de luenga ausencia encuentra nuevos vástagos de procedencia desconocida e ignorada, no obstante la presunción *juris tantum* de la paternidad legítima de los artículos 3º de la Ley 45 de 1936 y 214 del C. Civil de 1873 que anteceden, puede repeler la legitimidad del hijo, probando que durante los ciento veinte días en que se presume la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a su mujer, conforme a las reglas consignadas en el artículo 92 del C. Civil. Si la acción de repulsión o impugnación de la legitimidad prospera, una vez ejecutoriada la sentencia correspondiente, el hijo queda ilegítimo y entonces podrá ser reconocido como natural por quien fue su padre o declarado tal por los medios establecidos en la presente ley. La prohibición del inciso 2º del artículo 3º es una consecuencia lógica del inciso 1º del mismo artículo, por cuanto el único que tiene acción mientras viva para contradecir la presunción legal de legitimidad es el marido, según el artículo 216 del C. Civil vigente.

Fuera de los procedimientos y medios indicados para acreditar y probar la paternidad del hijo natural o el *status filii* con relación a una persona determinada, contenidos en la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural, la Ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño, denominada comúnmente Código del Niño, trae un procedimiento breve y sumario para obtener prestamente el reconocimiento de la paternidad natural, sin gastos y erogaciones por parte del interesado o representante legal. Esta investigación o indagación de la paternidad se perfecciona y adelanta ante el Juez de Menores por intermedio del Promotor-Curador de Menores, el cual debe iniciar oficiosamente la investigación correspondiente cuando tenga conocimiento de la existencia de un niño de padres desconocidos, con miras a la protección de la infancia desvalida. El trámi-



te a seguir en este proceso está expreso en los artículos 85 y ss. de la Ley 83 de 1946.

Sin embargo, la ley brinda una oportunidad al pretense padre natural declarado tal en juicio contradictorio para impugnar o rechazar el hijo que se le atribuye mediante la revisión de la sentencia proferida por el señor Juez de Menores ante los Jueces Civiles, a cuyo resultado deberá estarse. La acción de revisión, prescribe en dos años, contados desde el pronunciamiento de la sentencia por el juez de Menores. Nuestra Ley 83 de 1946 está inspirada en el sentido justiciero y humanitario de amparo a los nacidos fuera del matrimonio. Esta Ley 83 de 1946, similar a la uruguayaya de 1936, denominada también Código del Niño, abre ampliamente las puertas a la investigación de la paternidad con palabras henchidas de justicia y equidad. Efectivamente, el artículo 85 de la mencionada ley, sin discriminación alguna, dice: "Todo niño tiene derecho a saber quienes son sus padres".

La finalidad primordial de la investigación de la paternidad o maternidad natural es la protección física y moral de los hijos extramatrimoniales por los autores materiales de esas vidas inocentes mediante el reconocimiento *in vitus* o la declaración judicial de hijo con relación a una persona determinada, es decir, el establecimiento de un *status filii* determinado para los fines legales, controversia judicial que acarrea con sobrada razón la pérdida de la patria potestad y la prohibición para ejercer el cargo de guardador del hijo natural, según el artículo 14 de la Ley 45 de 1936.

## RECONOCIMIENTO AD LIBITUM DE LA NATURALIDAD

Frente al reconocimiento *in vitus* o declaración judicial de paternidad o maternidad natural, ya estudiado, se tiene el reconocimiento *ad libitum* o voluntario de la paternidad o maternidad natural, el cual paso a tratar en seguida:

La Corte Suprema de Justicia, expresa: "El reconocimiento es una declaración certificativa por medio de la cual se fija un estado civil con fundamento en el hecho de la procreación".

En la Ley 153 de 1887 que derogó el artículo 319 del C. Civil de 1873, el cual abría el camino al reconocimiento *in vitus* de la naturalidad, el reconocimiento de hijo natural era un acto libre y voluntario por parte del padre o de la madre que hacía el reconocimiento, cuyos medios adecuados eran el instrumento público o el acto testamentario. Esta Ley de 1887 establecía sólo dos modos de reconocimiento (por escritura pública o por testamento), pero es indubitable que el artículo 368 del C. Civil de 1873 estaba y aún está vigente. El artículo 368 textualmente dice: "Cuando el padre reconozca un hijo natural en el acto del nacimiento, bastará que firme el acta de registro respectivo, en prueba del reconocimiento".

El reconocimiento hecho por medios distintos del acta de nacimiento, según el artículo 368 del C. Civil; el instrumento público o el testamento, según el artículo 56 de la Ley 153 de 1887 era ilegal, podía decirse era inexistente el reconocimiento para la Ley de 1887. Era la aplicación literal de la máxima jurídica: *forma dat esse rei, la forma da ser a la cosa*.

El legislador de 1887 empleó inexplicablemente el género por la especie en la locución "instrumento público", únicamente para referirse a la escritura pública. A manera de reacción contra el inciso 1º del artículo 56 de la Ley 153 de 1887 que exigía a los pretendidos padre o madre el reconocimiento del hijo natural por escritura pública o testamento, vino el artículo 7º de la Ley 95 de 1890, ya comentado, y copió el precepto contenido en la legislación del Estado Soberano de Antioquia que reconocía la naturalidad con relación a la madre por el solo hecho del nacimiento.

El artículo 2º del nuevo estatuto jurídico sobre filiación natural, dice: "El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse: en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce; por escritura pública; por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento; 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.

Si el padre o la madre que haga el reconocimiento por acto separado, revela el nombre de la persona con quien fue habido el hijo, el funcionario ante quien se haga esta declaración omitirá en el acta o diligencia las palabras que la contengan". El inciso 2º del artículo 2º *in fine*, transcrito, emplea la locución "la contengan", la cual implica un sentido muy vago y ambigüo. Sería mejor tal vez usar la expresión: "la contengan", pues, la parte final del inciso 2º se refiere indudablemente a la persona con quien fue habido el hijo, la cual guarda armonía con la idea general del inciso.

La irrevocabilidad del reconocimiento de hijo natural, proviene de que el estado civil de las personas, una vez constituido, queda en íntima relación con el orden público. El reconocimiento de la naturalidad establece un *status filii* determinado, un estado civil concreto que no puede estar sometido a los vaivenes de la voluntad. La prohibición expresa de la irrevocabilidad del reconocimiento es importante especialmente en el reconocimiento *ad libitum* por cualesquiera de las formas indicadas en los artículos 2º y 8º de la Ley 45, pero es inoperante cuando el reconocimiento es el producto de una declaración judicial de paternidad o maternidad natural, por cuanto la sentencia una vez ejecutoriada es inmodificable por aplicación en parte del aforismo jurídico: *Res judicata pro veritate habetur*.

El reconocimiento *ad libitum* de la naturalidad, no obstante su

naturaleza de irrevocable por las razones anotadas, debe tener, sin embargo, un fundamento real, de manera que si hubo error o se procedió con dolo o interés por parte de la persona reconocedora, el hijo o quien a la sazón lo representa, están facultados para repudiar el acto, o bien impugnarlo quien pruebe tener interés actual en ello. La impugnación será viable si se demuestra:

a). Que el reconocido no ha podido tener por padre al reconocedor; y

b). Que el reconocido no ha tenido como madre a la reconocedora, de acuerdo con las reglas pertinentes a la maternidad disputada, según los artículos 57 y 58 de la Ley 153 de 1887.

El nuevo estatuto reglamentario de la filiación natural, vigente desde el 30 de mayo de 1936, consigna un caso especial de impugnación en el artículo 9°. La presunta madre debe demostrar sencillamente que ella ha cuidado de la crianza del niño, que públicamente ha proveído a su subsistencia y, a la vez, lo ha presentado como hijo suyo para que sea viable y prospere la acción de impugnación. El artículo en mención, dice así: "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 sesenta días siguientes al en que tuvo conocimiento de este hecho. En tal caso, no puede separársele del lado de la mujer sin su consentimiento o sin que preceda orden judicial de entrega".

La nueva Ley 45 trae los siguientes modos de reconocimiento *ad libitum* o voluntario de la naturalidad, a saber:

1°—En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce. Se refiere este ordinal al "registro de reconocimiento de hijos naturales", a que se contrae el artículo 368 del C. Civil. Exige la ley que la diligencia sea firmada por el reconocedor para eludir abusos y falsedades, pues podría darse el caso de que un tercero le atribuyera la paternidad o maternidad natural a personas distintas de los verdaderos padres. En consecuencia, se pregunta: si se firma la partida bautismal en los libros parroquiales por quien reconoce, vale el reconocimiento? Don Fernando Vélez sostiene que el reconocimiento en esa forma no tiene valor legal, pues la Ley exige autenticidad oficial y las partidas bautismales no la tienen, y aduce una doctrina de la Corte de 1890 que *ad literam*, dice: "El reconocimiento de hijos naturales no puede hacerse en la partida de bautismo".

2°—Por escritura pública. Esta es la manera más solemne y eficaz de hacer un reconocimiento de hijo natural, pues eleva el acto voluntario a escritura pública desde un principio, con las formalidades legales del artículo 369 del C. Civil. La escritura pública, se dijo en otra oportunidad, es la especie y el instrumento público es el género. Aquella está definida en forma clara y precisa en el artículo 1.758 del C. Civil, así: "INSTRUMENTO PUBLICO o

AUTENTICO es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

Otorgado ante el notario o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo, se llama ESCRITURA PUBLICA'.

3º—Por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento. La dición testamento se deriva del latín *testatio mentis*, o sea, testimonio de la voluntad. El Código civil nuestro, dice que el testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva. El profesor chileno Manuel Somarriva Undurraga califica de inexacta esta definición, "pues si bien es cierto que el objetivo fundamental del testamento es la disposición de bienes, no es el único. Como lo vimos en otra oportunidad, pueden existir testamentos en que no se disponga ni en todo o parte de los bienes del causante, sino que se otorguen con otros objetos: para nombrar albacea o partidor de la sucesión, guardador a los hijos, etc."

De la anterior definición del testamento con la acertada enmienda introducida por el tratadista chileno Somarriva Undurraga, se desprende la composición bipartita del testamento, así: una parte dispositiva que contiene la distribución total o parcial de los bienes relictos del causante, y otra parte declarativa o enunciativa contentiva de manifestaciones de fe religiosa, reconocimientos, nombramientos, etc.

La precedente división bipartita del testamento en declarativa o enunciativa, y en distributiva, es importante para efectos de la anulación y caducidad del testamento en los casos de la ley, por cuanto el reconocimiento de hijo natural, acto jurídico de naturaleza declarativa o enunciativa, parece subsistir a la anulación y caducidad del testamento porque declara un estado civil inmodificable, en que está interesado el orden público interno, excepto en el caso de error, fuerza o dolo en el acto jurídico del reconocimiento aislado o conjuntamente considerado con el acto igualmente jurídico del testamento.

El reconocimiento de hijo natural está expreso en la ley, es irrevocable y puede hacerse en testamento solemne o privilegiado, es decir, en testamento abierto, nuncupativo o público, cerrado o secreto, verbal, militar o marítimo. Esto es claro puesto que el artículo 2º de la Ley 45 de 1936 que examinamos, no distingue. En consecuencia, cabe preguntar: si el testamento solemne es nulo por carecer de las formalidades legales, o el privilegiado caduca o pierde su valor, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.093, 1.101 y 1.109 del C. Civil vigente, desaparece también el reconocimiento? Hay quien dice que "si el testamento privilegiado no puede legalizarse o caduca en la forma que la ley señala para estos casos, el reconocimiento queda también sin efectos". (Filiación Natural y

Comentarios a la Ley 45 de 1936 por el doctor José J. Pineda U.),

El doctor Jorge Ramón Reyes M., en su obra intitulada "Situación Jurídica del Hijo Natural", expresa: "El problema subsiste hoy únicamente en el caso de anulación del testamento; en el derecho anterior a la Ley 45 de 1936, anulado el testamento cerrado, traía consigo la nulidad del reconocimiento, pero no sucedía lo mismo con el reconocimiento hecho en testamento abierto, porque éste conservaba el valor de escritura pública para ese efecto. En el derecho posterior, a virtud de haberse dispuesto que un escrito contentivo de confesión inequívoca de paternidad sirve de base para declarar judicialmente la filiación, es preciso considerar que la nulidad del testamento cerrado, no afecta la validez del reconocimiento hecho en él, cuando la causa de nulidad del primero no es procedente ni aplicable contra el segundo; así, el testamento nulo por falta de las formalidades legales en su otorgamiento, o por incapacidad para testar, no se extiende al reconocimiento mismo, porque éste no necesita legalmente de esas formalidades o condiciones para la conservación o adquisición de su plena validez. Tan sólo será nulo el reconocimiento, cuando la nulidad del testamento le fuere igualmente aplicable, como la concurrencia o coexistencia de error, dolo, fuerza, etc., tanto en el acto testamentario como en el reconocimiento".

Finalmente, don Fernando Vélez dice: "Si es el caso de nulidad del testamento, la jurisprudencia está de acuerdo en que si éste se declara nulo por faltarle alguna de las solemnidades que lo constituyen en acto auténtico, o porque sea falso, no surte efecto el reconocimiento, porque también queda anulado; pero si la nulidad proviene de vicio en las cláusulas dispositivas, o es parcial, o si en sentencia se reforma parte de ellas, subsiste el reconocimiento, porque la declaración de nulidad o la reforma en este caso, no le quita al testamento su carácter de auténtico".

El carácter declarativo de la filiación natural que encierra el reconocimiento, elemento integrante de la parte enunciativa del testamento, inclina la mente a creer que ni la nulidad ni la caducidad del testamento en sí son factores capaces de hacer desaparecer la confesión de un hecho preexistente, la generación o procreación fuente de una relación de derecho, vínculo juris indestructible: la filiación, o sea, la relación jurídico-biológica de padre a hijo. A menos que el reconocimiento, acto de voluntad esté viciado de error, fuerza o dolo. En otras palabras, cuando las causas de la nulidad del testamento le fueren igualmente aplicables al reconocimiento como dice el doctor Reyes M. Con razón dicen Champeau y Uribe: "La filiación existe con anterioridad a todo reconocimiento que el padre y el hijo quieran efectuar o no; pero no consta legalmente. Para hacer constar se pueden idear varios modos, y entre ellos el reconocimiento; éste no es otra cosa que la confesión de un hecho".

El cuarto y último modo de hacer el reconocimiento *ad libitum*

o voluntario de hijo natural es "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". Este modo de reconocer un hijo natural es una verdadera novedad de la Ley 45. El ordinal empieza con la advertencia de que la manifestación hecha ante el Juez debe ser "expresa" en contraposición a la tácita o implícita, salvo el caso de la confesión presuntiva de que trata el artículo 69 de la Ley 153 de 1887 aún vigente, según el artículo 8º de la Ley 45. También debe ser "directa", pero ello no indica que tiene de ser personal. Nuestra jurisprudencia acoge con razón la manifestación o reconocimiento de hijo natural por conducto de mandatario o apoderado con poder especial.

El tratadista francés Louis Jasserand, afirma: "El reconocimiento puede ser hecho por mediación de un mandatario, provisto de un poder especial y auténtico.

El manifestante o confesante puede consignar su reconocimiento ante cualquier Juez civil o penal, Municipal o de Circuito y, a fortiori, ante un Magistrado, pues la ley no hace ninguna distinción. Tampoco se requiere que el reconocimiento o la manifestación de la paternidad o maternidad natural sea el único objeto de la comparecencia ante el Juez o Magistrado, ni hay fórmulas sacramentales para hacer la manifestación indicada. En una declaración indagatoria, por ejemplo, puede decir el sindicado de homicidio: yo estaba en la plaza pública el día de los acontecimientos con mi hijo Ramón Taborda. . . Otro caso sería el contemplado en un memorial-poder dirigido por el poderdante a un Juez o Magistrado, en los siguientes términos: Señor Juez o señor Magistrado; doy poder especial a mi hijo Fulano de tal para que me represente en la litis. . . Es evidente que si el hijo a que se refiere el poder anterior no es legítimo, queda reconocido como natural, de quien suscribe el mandato en su calidad de poderdante.

Se pregunta ahora: si en vez de hacerse la manifestación antedicha ante un Juez o Magistrado, se hace ante un Notario Público, en el acto escriturario de una compraventa de bienes raíces, la manifestación así hecha se tiene como un reconocimiento de hijo natural? Se dice, por ejemplo: vendo a mi hijo Juan Grisales la finca de La Esperanza en la suma de x pesos. Juan Grisales queda reconocido como hijo natural, si no resulta legítimo? Aunque el texto legal habla expresamente de manifestación hecha ante un Juez, no se ve la razón para que no pueda hacerse ante un Notario Público, funcionario éste que es el depositario de la fe pública. La jurisprudencia también se ha pronunciado por la afirmativa. Por otra parte, la doctrina de los autores está de acuerdo con ello.

El doctor Gustavo A. Valbuena, dice: "Lo propio sucedería si una persona dijera en escritura pública, v. gr., que le da en venta a su hijo natural Fulano, alguna finca, pues si ante un Juez vale el reconocimiento, aunque éste no sea el objeto único y principal del

acto que lo contiene, no hay razón para que no surta sus efectos ante Notario, por escritura pública, en análogo caso".

Finalmente, el inciso 2º del artículo que comentamos, dice que el funcionario ante quien se haga la declaración omitirá en el acta o diligencia el nombre de la persona con quien fue habido el hijo por razones de moral y de orden público. La manifestación del nombre de la persona con quien fue habido el hijo, tampoco influye para nada en la validez del acto jurídico del reconocimiento de la naturalidad, pero sí puede causar perjuicios sociales a la persona que aparece en el acta o diligencia, máxime cuando la imputación sea falsa o temeraria.

**CAPACIDAD REQUERIDA** para el reconocimiento *ad libitum* o voluntario de la naturalidad:

La ley guarda silencio en torno a la capacidad legal para reconocer a un hijo natural. En mi concepto la ley positiva tampoco tenía por qué decirlo. Las leyes físicas y biológicas son determinantes de ciertos hechos generadores por sí solos de consecuencias jurídicas, tales como el nacimiento, la pubertad, la muerte, etc. La pubertad es la edad en que a una persona se le reputa con aptitud fisiológica y biológica para procrear. En consecuencia, la pubertad fija la capacidad biológica para ser padre o madre y a ella debe atenderse la legislación positiva para regular sus consecuencias y repercusiones en la vida social. Por regla general los códigos, incluso el *Codex Iuris Canonici*, están de acuerdo en señalar la edad de la pubertad en doce años para la mujer y en catorce años para el hombre. La doctrina de los autores también está acorde en que la pubertad habilita al hombre para efectuar el acto jurídico del reconocimiento de la naturalidad.

El tratadista francés Louis Josserand, distingue una capacidad de hecho y una capacidad civil, y afirma que ésta última es inaplicable en materia de reconocimiento, y concluye, basta con que se de cuenta el reconocedor de lo que hace, que esté dotado de discernimiento, lo cual coincide con la noción de pubertad que trae la mayor parte de los autores.

Norberto José Novellino, ilustre tratadista argentino, en su obra intitulada "Nuevas Leyes de Familia", dice: "Ante el silencio de la Ley para determinar la capacidad, deben aplicarse las normas generales. Por consiguiente, para efectuar el reconocimiento de un hijo, la persona debe ser capaz de discernimiento y apta para la generación. Son, pues, capaces: los mayores de veintidós años (C. Civ., Art. 128); los menores adultos, sin necesidad de autorización materna o tutelar...; los mandatarios con poder especial (C. Civil, Art. 1881, inc. 6); etc. No tienen capacidad para reconocer hijas: los absolutamente incapaces (C. Civil, Art. 54).

El tratadista chileno Manuel Somarriva Undurraga, dice: "Sin duda que, los absolutamente capaces, puedan practicar el reconocimiento. Pero, la doctrina estima que aún los relativamente inca-

paces tienen facultad para reconocer a un hijo como natural... Huelga decir que los absolutamente incapaces, en quienes la ley presume que no existe voluntad, no pueden reconocer a un hijo natural".

Finalmente, el doctor Gustavo A. Valbuena, autor del proyecto de ley, se expresa en forma categórica y contundente sobre la capacidad legal para reconocer a un hijo natural; dice así: "También es oportuno decir categóricamente en la ley que la mujer casada sin autorización de su marido; el menor de edad púber, sin la de su padre, madre o guardador en los respectivos casos, y el disipador por sí sólo, pueden hacer reconocimientos, pues si es verdad que hoy no les está prohibido y que en materia de incapacidades no se puede ir más allá de norma expresa, también lo es que muchos tropiezan con la duda y por eso no obran en perjuicio de personas respecto de las cuales están seguros de ser sus genitores. Otra cosa sucede —huelga advertirlo— en relación a los absolutamente incapaces, quienes no podrían otorgar válidamente el reconocimiento".

En consecuencia, un menor adulto aunque no esté habilitado de edad, ni siquiera emancipado, puede en cualquier momento reconocer libremente y sin ninguna asistencia de su padre o representante legal, a un hijo natural. La calidad de padre o madre hunde sus raíces en la aptitud biológica y fisiológica para la procreación o generación. Nuestra legislación así lo confirma relativamente a la mujer cuando reconoce la calidad de hijo natural respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento. Ahora bien, si una mujer puede ser madre biológica y legalmente a cualquier edad después de la pubertad por disposición expresa de la ley, a pari, el hombre también lo será porque es obvio que donde exista la misma razón debe existir la misma disposición.

#### NATURALEZA JURIDICA DEL RECONOCIMIENTO AD LIBITUM

La naturaleza jurídica de un hecho humano o natural es su equivalencia intrínseca frente a la ley. El reconocimiento *ad libitum* de la paternidad natural es la manifestación de un vínculo preexistente: la filiación natural. El reconocimiento *ad libitum* es un acto humano en que interviene naturalmente la voluntad, la cual, mirada desde un punto de vista jurídico ofrece dos etapas:

1<sup>ª</sup>). La intención en la cual se concibe el acto jurídico, se genera la idea de obtener un determinado resultado; es la voluntad pura y simple; y

2<sup>ª</sup>). La manifestación externa o exteriorización de esa intención.

El reconocimiento de la paternidad natural tiene las características de una confesión especial de un hecho que perjudica al manifestante. El profesor doctor Antonio Rocha, en su obra titulada "De la Prueba en Derecho", se expresa así: "En algún tiempo se



discutió entre nosotros si el reconocimiento del hijo natural hecho en testamento desaparecía con la revocación de éste. Hoy no es discutible; según el artículo 2º de la Ley de 1936, el reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse, entre otros medios, que en realidad envuelven confesiones perfectas, por testamento, caso en el cual, dice la ley, "la revocación de éste no implica la del reconocimiento".

También Planiol sostiene que el reconocimiento es un medio de prueba —una confesión— destinado a constatar un hecho: la filiación.

Asimismo, en el derecho francés, el carácter esencial del reconocimiento *ad libitum* es el de ser una confesión, de la paternidad o maternidad natural con las cualidades siguientes:

a). El reconocimiento es facultativo, es decir, libre y voluntario, verificado sin coacción o imposición alguna;

b). El reconocimiento es declarativo, es decir, revela y pone en plena luz una filiación que existía antes de él;

c). El reconocimiento es individual y personal; y, finalmente, el reconocimiento es irrevocable. Este es el derrotero seguido por el legislador colombiano y nuestra jurisprudencia en reiteradas ocasiones. En consecuencia, el reconocimiento *ad libitum* o voluntario de la paternidad o maternidad natural, es un medio de prueba (Reconocimiento-Confesión), aunque existe otra tendencia opuesta que sostiene que el reconocimiento *ad libitum* es un negocio jurídico de derecho familiar (Reconocimiento-Admisión).

Efectivamente, la Honorable Corte Suprema de Justicia en reciente fallo, dice: "Después de la Ley 45 de 1936, en Colombia se adquiere el estado civil de hijo natural con respecto al padre, bien por reconocimiento expreso de éste, o bien por sentencia judicial que así lo declare. El reconocimiento de paternidad natural respecto de una persona es un "acto libre y voluntario del padre" (Ley 153 de 1887, artículo 55). Por medio de tal acto una persona hace constar el vínculo de paternidad preexistente biológicamente.

En Colombia la doctrina y la jurisprudencia han considerado el reconocimiento de hijo natural, bien como un simple medio de prueba (RECONOCIMIENTO-CONFESION), o bien como un negocio jurídico de derecho familiar (RECONOCIMIENTO-ADMISION). En fallo de reciente data la Corte se ha inclinado hacia esta última doctrina (Casación: febrero 17 de 1948, LXIII, 685). El reconocimiento de hijo natural "es declarativo, en tanto no constituye un medio de prueba sino un negocio jurídico en cuya virtud se establece el vínculo familiar sobre bases preexistentes, puestas en evidencia jurídica por medio del reconocimiento; por eso algunos autores lo señalan como acto-admisión, no como un acto-confesión, circunstancia que en nuestro derecho se destaca en el texto del artículo 1º de la Ley 45 de 1936, armonizado especialmente con el 4º *ibidem*".

Dentro del estado actual de nuestra legislación y en el con-

cepto moderno de la doctrina, se reitera la anterior jurisprudencia de la Corte y se afirma que el reconocimiento de hijo natural es un acto jurídico de derecho familiar, por medio del cual una persona declara cierta la relación paterno-filial respecto de otra, en cualquiera de las siguientes formas: a) en el acto de nacimiento del hijo reconocido, firmándola el padre; b) en escritura pública; c) en testamento; d) en manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y primordial del acto que la contiene (Ley 45 de 1936, artículos 1º y 2º). El reconocimiento, como dice Messineo, es una constancia o declaración certificativa, de derecho sustancial no meramente probatorio. Por medio de él, la relación de hecho (paternidad biológica) se transforma en relación de derecho (paternidad reconocida), fijándose el estado civil correspondiente con los derechos y obligaciones anexos de orden patrimonial y extra-matrimonial. Como acto jurídico de derecho familiar, no contractual, trasciende al reconocimiento el concepto de orden público que allí predomina. (Casación Civil, septiembre 22 de 1955, T. LXXXI, Nros. 2157-2158)

A la anterior jurisprudencia transcrita cabe anotar la siguiente observación de orden jurídico. El reconocimiento-confesión es perfectamente compatible, y, tal vez está más acorde con el carácter declarativo que tiene el reconocimiento de la paternidad natural. Item, el reconocimiento-admisión y el reconocimiento-confesión son el fondo igualmente actos o negocios jurídicos, los cuales pueden ser de formación unilateral, v. gr., el reconocimiento-confesión, el testamento, etc.; o de formación bilateral, v. gr., el contrato, etc. El acto o negocio jurídico es una declaración de voluntad, dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico. El fin protegido por el ordenamiento jurídico en el reconocimiento-confesión, es el derecho a la vida que empieza con la concepción del ser y se concreta en un estado civil determinado —hijo natural— generador de consecuencias jurídicas paterno-filiales, v. gr., la autoridad paterna o materna, la patria potestad, etc.

El artículo 3º de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, dice: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Vuelvo a repetir: aunque la existencia legal de toda persona principia al nacer, según el artículo 90 del C. Civil, la ley extiende el derecho y la protección a la vida a la persona pre-natal. Por ello dispone en el artículo 92 ibidem: "La ley protege la vida del que está por nacer". Reprime y castiga el aborto, o sea, la expulsión del producto de la concepción, artículos 386 y ss. del C. Penal. A la mujer en cinta se le aplaza la ejecución de la pena, artículo 641 C. P. P. Además, las leyes sociales protegen la maternidad sin discriminación alguna, artículos 236 y ss. del Código Sustantivo del Trabajo, etc. La protección de la persona que está por

nacer viene desde el derecho romano por aplicación del principio: **Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur**, el infante concebido se tiene por nacido siempre que se trate de su comodidad o conveniencia.

Nuestra jurisprudencia se remonta también hasta la concepción y confirma la existencia de la vida pre-natal de la persona humana para los efectos legales; dice así: "El reconocimiento es declarativo y no constitutivo del estado civil, por lo que se entiende que el hijo tiene el carácter de natural desde el momento mismo en que comenzó a tener vida, esto es, desde la concepción. (Casación Civil, marzo 15 de 1955, T. LXXIX, Nº 2151). En otras palabras, el fin protegido por el ordenamiento jurídico en el reconocimiento **ad libitum** de la naturalidad, se traduce en las consecuencias de orden legal que se derivan del reconocimiento voluntario de la paternidad o maternidad natural, v. gr., la patria potestad, los derechos y obligaciones recíprocos entre reconocedor y reconocido, etc.

En la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se recalca que "el reconocimiento de hijo natural es un acto jurídico de derecho familiar, por medio del cual una persona declara cierta la relación paterno-filial respecto de otra... se vislumbra la existencia de una familia natural frente a la familia legítima, cuya piedra angular es el matrimonio, exótica organización aquélla que no tiene aún carta de naturaleza en nuestro medio social y religioso, gracias a la acción evangelizadora y moralizadora de la Iglesia Católica.

Sea esta la oportunidad para hacer destacar los nexos vinculatorios del parentesco natural y su propagación dentro de la familia legítima, que nace a la vida social y jurídica por hecho del nacimiento del hijo relativamente a la madre soltera o viuda, artículo 1º **in fine**, de la Ley 45 de 1936, y por el reconocimiento-confesión o la declaración judicial de paternidad o maternidad natural, artículos 2º, 4º y 8º *ibidem*.

Estos elementos o nexos vinculatorios o determinantes del parentesco natural los trae el profesor Louis Jossierand, en breve estudio sobre la familia natural en la doctrina francesa, en los siguientes términos: "La familia natural está lejos de tener la misma amplitud que la familia legítima; no posee la misma fuerza de expansión; y esta inferioridad se produce por diferentes causas precisas.

1º—El hijo natural sólo se relaciona con sus progenitores; no entre sus familias; jurídicamente, no es el niato de los progenitores de sus padres;

2º—En la familia natural, la máxima: **pater is est quem nuptiae demonstrant** carece necesariamente de aplicación posible, porque, por hipótesis, los progenitores del hijo no estaban casados en el momento de su concepción: la relación de hijo natural con su madre no arrastra en modo ninguno su relación con su padre; la

atribución de la paternidad no va envuelta virtualmente por la de la maternidad; las dos ramas de la filiación son independientes entre sí;

3<sup>a</sup>—En el interior de la familia natural, la afinidad no existe; una concubina no es de ninguna manera afín de los parientes del hombre con quien vive maritalmente.

Por razón de esas tres particularidades, la familia natural está en cierto modo replegada sobre sí misma; no se propaga a ejemplo de la familia legítima; se limita al padre y a la madre y a su descendencia".

Estos nexos de parentesco natural están conformes con el principio sentado en el Código Napoleónico de 1804, según el cual, "fuera de su padre y de su madre, el hijo natural no tiene más parientes". Este principio se tiene también en cuenta en la legislación colombiana por razones de orden social y familiar. Nuestra Ley de 1936 sobre filiación natural quebranta flagrantemente aquel sabio principio en el artículo 25 de la ley, con perjuicio quizá de la familia legítima, cuando constituye a los padres legítimos de los padres naturales acreedores a alimentos congruos por parte de los hijos naturales de sus hijos legítimos, no obstante la inexistencia jurídica de abuelos naturales, lo cual parece arbitrario, si se tiene en cuenta que el hijo natural nada puede exigir a los padres legítimos de sus padres naturales por cuanto el parentesco natural, está escrito, no pasa de generantes y generados. El artículo 25 de la Ley en la práctica viola la máxima jurídica: **jus et obligatio sunt correlativa**. Derecho y obligaciones son correlativos. En otra parte de esta conferencia se completará la glosa del artículo 25 de la Ley.

Otro de los elementos de la naturaleza jurídica del reconocimiento *ad libitum* de la naturalidad es el carácter puramente declarativo del estado civil de hijo natural que encierra. El reconocimiento-confesión es un medio probatorio con las características de un acto jurídico, libre y voluntario de la persona que se obliga, encaminado a establecer legalmente un hecho natural preexistente: la filiación, o sea, la relación jurídica entre padre e hijo. El reconocimiento legalmente verificado nada crea ni constituye, prueba y pone en plena luz un hecho acaecido con antelación a todo reconocimiento. Probar es establecer la verdad, la verdad verdadera o la verdad jurídica, hacerla ver para lograr el convencimiento del Juez. En consecuencia, si no se prueba el hecho, no hay derecho ante la ley positiva.

Los señores Champeau y Uribe, se expresan en forma elocuente y precisa sobre la naturaleza jurídica del reconocimiento; dicen así: "La paternidad, así como la maternidad, son hechos naturales, realidades contra cuya existencia la voluntad humana es impotente. Toda persona tiene el padre o la madre que le dio la naturaleza; no puede escogerlo.

Por eso creemos que el legislador no tuvo razón al establecer

en el artículo 55 el principio de la absoluta libertad para los padres, de reconocer o no a sus hijos como naturales. (Se refiere al sistema de la famosa Ley 153 de 1887). Por el solo hecho de la concepción, el padre, para no hablar sino de él, CONTRAE EL DEBER MORAL de reconocer al hijo y de someterse así a las obligaciones que se derivan de la paternidad.

Además, cuál es el carácter del reconocimiento? El de prueba y nada más. La filiación es un hecho natural preexistente; el reconocimiento no hace más que establecer legalmente el hecho.

La filiación existe con anterioridad a todo reconocimiento que el padre y el hijo quieran efectuar o no; pero no consta legalmente. Para hacer constar se pueden idear varios modos, y entre ellos el reconocimiento; éste no es otra cosa que la confesión de un hecho". (Tratado de Derecho Civil Colombiano, número 579).

También nuestra jurisprudencia confirma en forma categórica y sin ambages el carácter declarativo del reconocimiento *ad libitum*, o del reconocimiento *invitus* de la paternidad o maternidad natural. En efecto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación, dice: "La sentencia, como el reconocimiento voluntario, no hacen sino declarar esa filiación u otorgar la prueba de ella. En el tratado de Derecho Civil Francés de Beudant (Tomo 3º, Nº 935), se lee: "En sí misma, la filiación no es sino el hecho fisiológico de la generación; de este hecho resulta la relación que une al hijo con sus autores". El estado civil, pues, encuentra su origen en el hecho generador. Otra cosa es que por falta de prueba en ciertos casos no pueda hacérsele valer; mas una vez demostrado por los medios legales vigentes en el momento de su alegación, todos los efectos jurídicos de aquél, se producen. Por eso Alessandri Rodríguez dice que "subsistiendo los hechos generadores, el estado civil subsiste". (Tomo 1º, pág. 231).

Y en Beudant se encuentra el siguiente concepto: "El juicio que estatuye sobre la acción de investigación de la paternidad tiene un carácter puramente declarativo: él no hace sino constatar una situación anterior. Por tanto, en esta situación misma la que desde que está de por sí legalmente establecida pueda producir sus efectos normales". (T. 3º, Nº 1189). Uno de esos efectos consiste en recibir la participación de la herencia y los alimentos a que da derecho la ley vigente al tiempo de la declaración de aquella o de la petición de éstos.

Por eso en Francia, mediante jurisprudencia uniforme, se les dió participación herencial a los hijos naturales nacidos antes de la Ley de 1912 que autorizó la investigación de su filiación por vía judicial, aún en las sucesiones abiertas antes de su vigencia. Y sabido es que nuestra Ley 45 de 1936 se basó en la ley francesa y contiene disposiciones casi idénticas en cuanto a investigación y causales para la declaración judicial. La única diferencia fundamental entre esos estatutos, es que la ley colombiana no establece plazos

para el ejercicio de la acción y aquélla sí los consagra". (La Filiación y El Estado Civil de los Hijos Naturales Ante la Corte por Gualberto Rodríguez Peña. Sala de Casación Civil. Bogotá, 7 de abril de 1953).

Posteriormente, nuestra más alta Corporación de Justicia en reciente jurisprudencia afirma una vez más el carácter declarativo del estado civil de hijo natural que conlleva el reconocimiento *ad libitum*, o la declaración judicial de la naturalidad, en estos términos: "En el campo del estado civil de las personas no puede sostenerse que el reconocimiento de la paternidad natural sea hecho por la inscripción en el registro de instrumentos públicos, sino por la propia declaración efectuada en la escritura y que se conserva en los protocolos notariales. El reconocimiento es declarativo y no constitutivo del estado civil, por lo que se entiende que el hijo tiene el carácter de natural desde el momento mismo en que comenzó a tener vida, esto es, desde la concepción. Y para que la escritura pública signifique el reconocimiento de la paternidad, le basta existir, tanto más cuanto que el registro puede cumplirse en cualquier tiempo con efectos que se retrotraen a la fecha del acto, con excepción de los gravámenes hipotecarios, cuyo término fatal de 90 días para el registro se encuentra predeterminado por la ley. (Art. 12, Ley 56 de 1904).

Lo que antecede se desprende nitidamente del artículo 2º de la Ley 45 de 1936. (Casación Civil, marzo 15 de 1955, T. LXXIX, N.º 2151).

El legislador colombiano de 1936 tuvo por guía la ley francesa de 16 de noviembre de 1912. "Esta ley, dice Jossierand, se dictó con espíritu de moderación y de conciliación, al mismo tiempo que con una finalidad de justicia y de humanidad". Por otra parte, el legislador de 1936, abrevó también en la abundante jurisprudencia existente de las Cortes y Tribunales de Justicia, amén de la doctrina de los autores para consumir y llevar a cabo su grandiosa obra que hace honor a la legislación colombiana, la cual vino a concretarse en la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural.

El carácter declarativo del reconocimiento de hijo natural despeja algunas incógnitas y facilita la solución de muchas cuestiones suscitadas en la aplicación de nuestra Ley 45. En virtud de este carácter, la persona se tiene por hijo natural del manifestante, no desde el reconocimiento-confesión o acto jurídico unilateral, sino desde el nacimiento, y aún más, todavía desde la concepción; debe adquirir retrospectivamente los derechos sucesorios en la sucesión de sus respectivos padres; también retrospectivamente se determina su nacionalidad. Otrosí, el reconocimiento puede hacerse en cualquier momento, antes del nacimiento, durante la existencia legal de la persona o después de la defunción del hijo natural. Asimismo, excluye la capacidad civil para celebrar el acto jurídico del reconocimiento y se consagra para el efecto la capacidad de hecho o bio-

lógica que empieza en la pubertad con el desarrollo de los órganos genitales masculino y femenino.

Nuestra legislación positiva guarda un absoluto silencio en torno a la posibilidad del reconocimiento de un hijo que está por nacer o hijo pre-natal, y también en cuanto a la posibilidad del reconocimiento de un hijo pre-muerto. La primera parte, o sea, el reconocimiento-confesión de un hijo que está por nacer aparece resuelta afirmativamente por la jurisprudencia nacional y extranjera, y también por la doctrina de los autores, las cuales coinciden en aceptar que la paternidad es un hecho preexistente y el reconocimiento la confesión o manifestación de ese hecho, cuyos efectos se retrotraen hasta el hecho biológico y jurídico de la concepción, fuente de la vida. A este respecto Jossierand, dice: "Este reconocimiento ha suscitado objeciones sacadas de la indeterminación del hijo cuyo sexo no se conoce, así como tampoco la fecha en que tendrá lugar el nacimiento, y también del artículo 334 que parece suponer que el reconocimiento se hace, lo más pronto en el acta de nacimiento; pero ninguna de estas consideraciones ha resistido al poder del adagio: *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*". El infante concebido se tiene por nacido siempre que se trate de su comodidad o conveniencia. En consecuencia, el hijo existe desde la concepción y no sólo desde que nace con vida por aplicación del principio: *Nasciturus pro jam nato habetur*. El que va a nacer se tiene por ya nacido.

También en la legislación española es admisible el reconocimiento del hijo concebido, pero no nacido o hijo pre-natal, según afirma el tratadista español Manuel Albaladejo García, en su obra titulada "El Reconocimiento de la Filiación Natural".

La segunda parte, o sea, la atinente al reconocimiento póstumo de un hijo natural pre-muerto está resuelta también afirmativamente, aunque por excepción, en las jurisprudencias colombiana y francesa, y aún en la doctrina de algunos autores. Nuestra jurisprudencia acepta el reconocimiento póstumo de los hijos naturales pre-muertos, por excepción, pero siempre y cuando se acredite la existencia de herederos legítimos del reconocido para que éstos reclamen sus derechos sucesorales, y también cuando se acredite plenamente la calidad de abuelo natural para el efecto de reclamar los alimentos, o que se contrae el artículo 25 de la ley.

Esta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se originó en una providencia sobre reconocimiento póstumo de un hijo prematuro, proferida por el H. Tribunal Superior de Bucaramanga en el año de 1946, la cual fue objeto de recurso para ante la Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal Superior de Bucaramanga en uno de los apartes de la sentencia en mención, expresó: "En el caso concreto que se estudia no tendría motivo el tribunal para decir que el demandante es un audaz atrapador de herencias, que quiso aprovechar el silen-

cio de la tumba para caer sobre los bienes de un hombre de padre desconocido, que por casualidad llevaba su apellido. Puede que el demandante sea en verdad el padre del causante Moreno Vargas; pero fue culpa suya no reconocerlo mientras pudo y debió hacerlo, pues si el hijo a quien iba a reconocer no tenía hijos legítimos, el reconocimiento póstumo era imposible".

En la jurisprudencia francesa se admite también el reconocimiento del hijo pre-muerto, sin reserva alguna, cuando el reconocido deja posteridad legítima. En el caso contrario, puede subordinarse la validez del reconocimiento a la existencia de motivos legítimos de parte de quien procede a él o declararse nula la confesión póstuma de paternidad o maternidad cuando los móviles son la codicia y el interés.

Algo similar acontece en la doctrina y la jurisprudencia española, según afirma Manuel Albaladejo García, en su obra titulada "El Reconocimiento de la Filiación Natural", el cual considera factible el reconocimiento póstumo cuando el hijo reconocido deja descendencia. En el caso contrario, la doctrina se halla dividida, pero la mayoría la acepta.

Los efectos del reconocimiento con relación a los hijos: el reconocimiento *ad libitum* y el reconocimiento *invitus* de hijo natural producen idénticos resultados con relación a los hijos extra-matrimoniales reconocidos en la forma legal, artículos 2º, 4º y 8º de la Ley. En consecuencia, adquieren unos mismos derechos y quedan en igual situación frente a sus padres. Poco importa que el hijo haya sido reconocido voluntariamente o que su calidad de hijo natural provenga de una declaración judicial en los casos del artículo 4º de la Ley 45, en uno y otro evento la ley les otorga los mismos derechos y beneficios contenidos en la nueva ley, tales como alimentos congruos, esto es, los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social; la patria potestad, o sea, "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", la cual, en materia de filiación natural o de hijos naturales, corresponde preferentemente a la madre por disposición del artículo 14 de la ley; los derechos hereditarios en concurrencia con hijos legítimos en la forma y condiciones expresadas en los artículos 18 y 28 de la citada ley; a concurrir a la cuarta de mejoras personalmente o representados por su descendencia legítima en las sucesiones testamentarias, etc.

Los efectos del reconocimiento con relación a los padres: En este caso hay que distinguir si el reconocimiento de hijo natural es *ad libitum* o *invitus*. Si acontece lo primero, se sigue la regla general; pero si lo segundo, entonces se aplica el artículo 14 in fine, de la ley que ad literam dice: "No tiene la patria potestad ni puede ser nombrado guardador el padre o madre declarado tal en juicio



contradictoria", con todas sus consecuencias anexas, contenidas en los artículos 288 y ss., del C. Civil.

En algunas legislaciones modernas la renuencia y contumacia de los padres para reconocer a sus hijos naturales, fuera de la privación de la patria potestad, se les priva además del derecho a suceder abintestato a éstos y sólo es legítimo el padre o madre que le haya reconocido voluntariamente con arreglo a la ley. En otros términos, el padre o madre a quien se le impuso el reconocimiento por declaración judicial, a guisa de sanción, carece de derechos hereditarios en la sucesión de su hijo natural reconocida judicialmente. Otrosí, el derecho de alimentos legales que tienen los padres naturales declarados tales en juicio contradictorio, se reduce únicamente a los necesarios, es decir, a los indispensables para sustentar la vida. Tal ocurre en la nueva legislación chilena de 1952 que introdujo reformas sustanciales al Código Civil de don Andrés Bello, en 1857.

El profesor y tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez, interpreta el espíritu del acto legislativo que priva de los derechos antes anotados al padre o madre declarado tal mediante declaración judicial, así: "La razón que ha tenido el legislador para proceder en la forma indicada, es obvia. Si los alimentos son esenciales para la vida, no acontece lo mismo con los otros derechos. Es racional suponer que un padre o una madre a quien el hijo ha debido demandar y vencer en juicio no habrá de tener ningún interés por la suerte de ese hijo. Más aún, quedará resentido para con él. No parece, por lo tanto, razonable conferirle derechos, como algunos de los que acabo de indicar, que, para ser ejercidos en debida forma, suponen en el padre cierto afecto para con el hijo o un cierto interés en su bienestar".

Asunto de especial importancia es el relativo a los derechos sucesorios de los hijos naturales con ocasión de la nueva jurisprudencia de la Corte sobre el carácter declarativo del estado civil de hijo natural que conlleva el reconocimiento de la paternidad natural. En efecto, el carácter declarativo establece retrospectivamente un *status filii* determinado que arranca desde la concepción y vincula jurídicamente a sus progenitores. El ser intra-uterino tiene capacidad de goce, adquisitiva o de derecho. En otras palabras, está en aptitud para ser titular de derechos. Por eso, el artículo 93 del C. Civil vigente, dice: "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se deferirían. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido".

El caso sería el siguiente para hablar con ejemplos: X institu-

ye por herederos a los hijos de Y., y a ésta le nace un hijo antes de cumplirse trescientos (300) días contados desde la institución de la herencia, en este caso expuesto el recién nacido participará de la herencia porque se le supone concebido antes de la institución de heredero.

La jurisprudencia francesa acorde con el carácter declarativo del reconocimiento de hijo natural hubo de conceder el derecho herencial a los hijos naturales nacidos con antelación a la vigencia de la Ley de 16 de noviembre de 1912, que abrió las puertas a la investigación de la paternidad natural, aún en las sucesiones abiertas antes de su vigencia. En cambio, nuestra Ley 45 de 1936, similar a la francesa de 1912, hizo caso omiso de los hijos extra-matrimoniales en idénticas condiciones, sin razones jurídicas valederas que fundamenten la omisión.

La nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia inspirada en el derecho natural, en la jurisprudencia y en la doctrina modernas, exige perentoriamente una reforma de entidad en la Ley 45, vigente desde el 30 de mayo de 1936, con relación al artículo 28 de la ley, que a la letra dice: "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 aquélla, sólo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir".

Este artículo fue objeto de largas y acaloradas discusiones en la Cámara y en el Senado de la República. La Cámara de Representantes era de opinión "que todos los hijos naturales nacidos antes de la Ley como los nacidos posteriormente, llevaran la cuota que señala el artículo 18, en concurrencia con hijos legítimos, nacidos de matrimonios anteriores a la Ley". El artículo 18 citado participa al hijo natural con una cuota del patrimonio herencial equivalente a una mitad de lo que corresponda a un hijo legítimo, sin perjuicio de la porción conyugal. El Senado de la República era de opinión "que solamente debían concurrir los hijos naturales nacidos después de la Ley, con hijos legítimos nacidos de matrimonios verificados antes de la Ley".

Ambas tesis fueron ampliamente debatidas hasta acordarse una fórmula transaccional o conciliatoria introducida por la comisión del Senado, la cual dice: "La concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45, sólo tendrá efecto en favor de los naturales concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir".

El artículo 28 entraña tres formas de concurrencia, a saber:

1a.—Los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la nueva ley, no concurren con los hijos legítimos del causante provenientes de matrimonios contraídos también con antelación a la vigencia de la ley, aunque la concepción haya sido posterior a ella.

2a.—Los hijos naturales concebidos con anterioridad a la vigen-

cia de la ley, concurren con los hijos legítimos de matrimonios celebrados con posterioridad a la vigencia de aquélla.

3<sup>o</sup>—Los hijos naturales concebidos después de la vigencia de la ley, concurren con los hijos legítimos de matrimonios anteriores a posteriores a la vigencia de ésta.

Los momentos determinantes de las consecuencias en cuanto a la concurrencia a la participación herencial del causante, en la proporción indicada en el artículo 18 de la ley, son dos, a saber: el matrimonio del causante y la concepción del hijo natural. En el momento de la concepción tiene un papel importante el artículo 92 del C. Civil tantas veces citado, por cuanto del nacimiento del hijo se presume de derecho la época de la concepción mediante la aplicación de las reglas allí expresadas.

La reforma en referencia estriba en la parte final del artículo 28, en cuanto a la concurrencia de hijos legítimos y naturales con anterioridad al 30 de mayo de 1936 en que entró a regir la Ley 45, en relación a las sucesiones no causadas.

La razón radica en que a la muerte de uno cualquiera de los padres es cuando se opera la subrogación personal del causante y los causahabientes adquieren la posesión legal de los bienes relictos, según el artículo 757 del C. Civil. En consecuencia, antes de la muerte de los padres su descendencia está apenas en potencia de heredar *mortis causa*, se tiene la mera expectativa sucesoral, la cual no constituye derecho alguno contra la nueva ley que la anule o cercene.

La posesión legal del derecho de herencia se opera *ipso jure*, aunque el heredero lo ignora, a la muerte del causante. Por lo tanto, el hecho jurídico de la muerte de una persona hace que la hasta entonces mera expectativa de herencia, se convierta en derecho de herencia propiamente dicha por el ministerio de la ley.

El hijo es un continuador jurídico de la persona del *de cuius* activa y pasivamente considerado, se predica en todas las legislaciones modernas. Ahora bien: la calidad de hijo sin discriminación alguna conlleva la calidad de heredero por aplicación del principio: *Filius, ergo haeres*, hijo, luego heredero.

La concesión de derechos herenciales a los hijos naturales en concurrencia con los hijos legítimos en el lapso comprendido entre 1887 y 1936 es inocua a los intereses patrimoniales de los hijos legítimos relativamente a las sucesiones no causadas, por las razones arriba indicadas. Muy distinto sería la concurrencia de hijos naturales con hijos legítimos en sucesiones causadas con anterioridad al 30 de mayo de 1936, porque entonces si aparece un derecho consolidado en cabeza de los hijos legítimos del causante: la posesión legal de los bienes relictos, la cual se produce *ipso jure* por disposición del artículo 557 del C. Civil. Por consiguiente, antes de la muerte del causante es impropio e injurídico hablar de perju-

cios ocasionados a los herederos en una sucesión, por sustracción de materia.

En el proyecto primitivo de la Ley 45 de 1936 se establecía que los hijos naturales serían llamados a recibir igual porción que los hijos legítimos, cualquiera que hubiera sido el tiempo de la concepción de los hijos naturales y el tiempo del matrimonio fuente de la descendencia legítima, pero al recibir el proyecto el curso legal en la Cámara y en el Senado de la República con la colaboración de la Corte Suprema de Justicia, vinieron a concretarse los diversos criterios y pareceres en los artículos 18 y 28 de la ley que comentamos.

El fundamento total aducido por los impugnadores de la igualdad herencial entre los hijos legítimos y naturales con efecto retrospectivo a la vigencia de la Ley 45, fue la protección de la familia legítima. Esto se desprende del informe rendido por la Comisión del Senado que estudió el proyecto que iba a ser ley de la República, en uno de cuyos apartes dice: "De acuerdo con las razones que dejamos expuestas, hemos considerado que el artículo objetado por la Honorable Cámara puede modificarse en forma menos restrictiva, pero conservando su ídea cardinal, que es la de mantener los intereses de la familia legítima, originados por situaciones anteriores a la nueva ley. La fórmula que con tal fin nos permitimos proponer tiende a dejar protegidos esos intereses y a conceder, al mismo tiempo, mayores ventajas a los hijos naturales, estableciendo, al efecto, que la restricción que contiene el artículo objetado por la Honorable Cámara sólo tenga efecto en relación con los matrimonios anteriores a la fecha de la vigencia de la Ley".

En consecuencia, el artículo 28 crea una situación anómala y asaz injusta relativamente a la sucesión *mortis causa* cuando de la concurrencia de hijos legítimos y naturales se trata. Según esta norma legal, puede haber hijos naturales llamados a la sucesión intestada de sus padres, personalmente o representados por su descendencia legítima, e hijos de esos mismos padres sin derecho a participación alguna en la herencia ni personalmente, ni representados por su descendencia legítima. Un ejemplo sería este: X, hijo natural de B nace en el año de 1930; poco después B, padre natural de X, se casa en 1936. Después B padre natural de X engendra otro hijo natural en 1937. Este último hijo natural hereda en concurrencia con los legítimos concebidos antes o después del 30 de mayo de 1936, lo cual no ocurre con X hijo natural del mismo padre B.

La conservación y defensa de la familia legítima primera célula de la sociedad, deben depender también de los cónyuges o jefes de ella, de los miembros constitutivos de la familia y no exclusivamente de la ley, reguladora de las actividades humanas. Si el padre familia mediante un hecho jurídico que es la generación, engendra e introduce un elemento foráneo a su familia legítima, mal podría ser este elemento foráneo, inocente vida que arribó al mundo sin su culpa, el que recibiera las consecuencias de la maldad de su

para, la cual debe trascender fatalmente con la muerte a su descendencia legítima por aplicación en parte de la máxima: **haeres succedit in virtutes et vitia possessionis defuncti**. El heredero sucede en las virtudes y vicios de la posesión del difunto.

Pero es obvia que la institución matrimonial, fuente de la familia legítima tiene de defenderse a toda costa. La honorable Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia invalidó una providencia emanada del Tribunal Superior de Bogotá que había autorizado a un marido adúltero la recepción de la herencia de su esposa, a pesar de ser reo de adulterio, declarado por una autoridad de orden eclesiástica. Otra forma de proteger la familia legítima sin detrimento de los derechos de los hijos extra-matrimoniales, sería la erección en delito la inasistencia familiar o abandono de los deberes de familia a imitación de Francia, la cual por ley de 4 de febrero de 1924 constituyó el abandono de familia en una infracción penal, ejemplo éste seguido por Holanda, Austria, Dinamarca, Inglaterra, España, Italia, Alemania, Canadá, Noruega, Brasil, etc.

Finalmente, la República Argentina por Ley 13944 de 1950, de cuyos estudios preliminares y considerandos transcribo este interesante aparte: "El derecho penal no puede permanecer por más tiempo en postura de indiferencia ante la tarea programada de consolidar la institución de la familia — núcleo elemental y primario, del que el hombre es criatura y en el cual ha de recibir insustituiblemente la formación sobre la que construirá todo el curso de su vida—, según las palabras vertidas en la reciente Convención Nacional. A este propósito tiende, precisamente, este proyecto de ley complementaria del Código Penal que el Poder Ejecutivo tiene el honor de someter a la consideración de vuestra honorabilidad, por el que se crea el delito de —incumplimiento a los deberes de asistencia familiar—, previendo sanciones de multa y privativas de libertad para aquellos que maliciosamente se substraieren a las primordiales obligaciones debidas a los componentes del núcleo familiar. Con ello, el Poder Ejecutivo entiende que se fortificará con eficacia lo que constituye uno de los pilares de nuestra estructura social". (Nuevas Leyes de Familia comentadas y concordadas por Norberto José Novellino).

Otrosí, el código penal argentino establece entre los delitos contra la honestidad el adulterio, el cual castiga con prisión de un mes a un año. Posibles son de esta pena: la mujer que cometió el adulterio; el codelincuente de la mujer; el marido, cuando tiene manceba dentro o fuera de la casa conyugal; y la manceba del marido. El adulterio, en otro tiempo figuraba delictiva en la legislación colombiana, constituye, por otra parte, una violación al deber impuesto a los esposos de guardarse mutua fidelidad.

La erección del adulterio en infracción penal es útil y conveniente a los intereses de la familia legítima por cuanto aquél si constituye una verdadera amenaza contra la institución sagrada del ma-

rimonio, mina y socava la fe conyugal, el cariño y el afecto de los hijos y, finalmente, desquicia y derrumba la organización de la familia, célula pristina y vital de la sociedad humana.

El egregio paladín de la Iglesia Católica, Excelentísimo señor Guillermo Escobar Vélez, obispo de la diócesis de Antioquia, en elocuente pastoral para su grey, se expresa acerca del adulterio, así: "Cuanto vaya contra el amor conyugal, debilita y enferma la textura de la sociedad doméstica. Y qué podrá minar más los cimientos de la sociedad conyugal que el adulterio? Qué podrá oponerse más franca y eficazmente a la procreación y educación de los hijos y a la mutua ayuda de los esposos, fines sagrados del matrimonio, que el adulterio?".

"Todo fracasa en el hogar por el adulterio. Dice el ilustre Pastor de la Iglesia. El amor había creído en una fidelidad perenne conservado por una fidelidad perpetua, y vino un terrible desengaño. Un rival que se llevó el amor que, con sagrado juramento se habían prometido para siempre. El llanto, la protesta, la ira hacen insoportables la vida doméstica. Se niega a los pobres hijos el amor tierno y entusiasta, escasea el alimento y el vestido; qué nubes de inexplicable negrura ven los hijos en los ojos de sus padres, qué asomo de tempestad los agita aún cuando ignoran el deshonor de la casa! Dolorosas, nunca bien lamentadas consecuencias del adulterio!"

Tampoco en el Derecho Penal colombiano ni el abandono de los deberes de familia, inasistencia familiar de la Ley penal francesa de 1924, ni el incumplimiento a los deberes de asistencia familiar de la ley penal argentina de 1950, ni el abandono de familia del Código Penal español de 1944, están expresamente constituidos en infracciones penales, lo cual sería benéfico para la institución del matrimonio. Sin embargo, nuestra Ley 83 de 1946, denominada Código del Niño, reprime severamente a los padres que dólida o voluntariamente incumplen sus obligaciones de *pater* familia, según se desprende de los artículos 77 y ss., los cuales, en mi opinión, revelan la existencia en embrión del delito de abandono de los deberes de familia, como puede deducirse del artículo 78 de la misma Ley, que ad litteram, dice: "El padre sentenciado a servir una pensión alimenticia y que pudiendo no la cumpla durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año."

Otro precepto de la Ley 45 que requiere una interpretación más justa y equitativa es el contenido en el artículo 25, que dice: "Se deben alimentos cóngruos a los ascendientes naturales, a los hijos naturales a su posteridad legítima". Los alimentos cóngruos son aquellos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, los cuales entrañan, a la vez, la obligación de proporcionar al alimentario, menor de veintinueve años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión

u oficio, según el artículo 413 del C. C. in fine.

En virtud del artículo 25 pre-inserto, se deben alimentos congruos a los ascendientes naturales, esto es, a los padres naturales y a los ascendientes legítimos de éstos sin que a su vez correspondan a ese derecho un deber correlativo, en armonía con la máxima jurídica: **Jus et obligatio sunt correlativa**. En consecuencia, el hijo natural está inhibido para exigir alimentos, educación primaria y aprendizaje de una profesión u oficio, de los ascendientes de sus padres, sino tan sólo de éstos; pero a la inversa, el ascendiente de su padre natural, sí puede por autorización de la ley exigir alimentos congruos al hijo natural de su hijo legítimo. No obstante se afirma que el parentesco natural no pasa de padre a hijo. Otrora, esta norma constituye una excepción al principio consagrado en el Código de Napoleón, según el cual, "fuera de su padre y de su madre, el hijo natural no tiene más parientes".

Otra de las consecuencias de entidad que genera el carácter declarativo del reconocimiento de hijo natural es la determinación de la nacionalidad por razón del nacimiento.

El profesor Alfredo Constain, dice: "La nacionalidad representa, sin duda, la etapa más alta en la evolución de los pueblos, a partir de las formas primitivas de su organización: familia, clan, tribu, ciudad, etc. Significa, a la vez, una nación geográfica y una nación política porque es el vínculo que crea obligaciones recíprocas entre los individuos y el estado".

En nuestra Carta fundamental hay tres sistemas para determinar la nacionalidad por razón del nacimiento, a saber: el **jus sanguinis**, el **jus soli** y el **jus domicilii**. El artículo 8º de la Constitución Nacional vigente combina estos tres sistemas en la siguiente forma: un individuo cuyo padre o madre sea colombiano (**jus sanguinis**), y haya nacido en territorio colombiano (**jus soli**), tiene esta nacionalidad aunque fije su domicilio en el extranjero. Un individuo hijo de padres extranjeros, nace en Colombia (**jus soli**) y establece su domicilio en nuestro país (**jus domicilii**), es de nacionalidad colombiana. Finalmente, un individuo nace en el extranjero, pero de padre o madre colombianos (**jus sanguinis**) y luego se domicilia en nuestro país (**jus domicilii**), es también colombiano.

Esta es la interpretación objetiva del ordinal 1º del artículo 8º de nuestra Carta Fundamental, el cual aplicado a la filiación natural pueden presentarse los siguientes casos: un hijo de una mujer de nacionalidad francesa nace extra-matrimonialmente en Colombia (**jus soli**), pero de padre desconocido. El **jus soli** por sí sólo es incapaz de producir la nacionalidad colombiana por la razón arriba anotada. Pero posteriormente un colombiano hace el reconocimiento de la paternidad natural (**jus sanguinis**) y entonces surge con retroactividad la nacionalidad del reconocido. Un niño expósito, cuyos padres son ignorados, carece de nacionalidad aparente o virtual. Ahora bien, si más tarde se descubre que el niño expósito na-

ció extra-matrimonialmente en Colombia (*jus soli*) y de una humilde mujer colombiana (*jus sanguinis*), entonces si aparece claramente la consiguiente nacionalidad colombiana del hijo natural, la cual surte sus efectos retrospectivamente al reconocimiento, dada el carácter declarativo del estado civil de hijo natural que encierra el reconocimiento.

Otro elemento importante que atañe a la naturaleza jurídica es la irrevocabilidad del acto-confesión por parte del confesante, no importa la forma en que el reconocimiento se opere.

El tratadista doctor Antonio Rocha, en su obra titulada "De la Prueba del Derecho", se refiere a la irrevocabilidad de la confesión en los siguientes términos: "Aunque la confesión es una manifestación unilateral de la voluntad, no hay necesidad de que el adversario la acepte o la recoja para que produzca sus consecuencias adversas al confesante; éste no puede retractarse, salvo el caso dicho del error de hecho o de que el confesante no estuvo en el uso completo de su razón al tiempo de hacerla. La confesión no es una oferta, es una declaración unilateral, aunque pueda y suele ser provocada, por ejemplo en posiciones. Es porque la palabra pronunciada no puede ser recogida. No hay necesidad de aceptación de parte de quien la aprovecha. No estamos en presencia de una convención".

Por lo visto, todo parece indicar que el reconocimiento de hijo natural, acto unilateral de voluntad, no requiere la notificación previa ni siquiera la aceptación de la persona reconocida o favorecida con el reconocimiento para que el acto-confesión produzca con relación a la parte confesante los efectos y vinculaciones propios de un acto jurídico de esa índole. Tanto es así que la legislación colombiana consagra una acción de impugnación a favor de toda persona que pruebe tener algún interés actual en el reconocimiento, según el artículo 58 de la Ley 153 de 1887 y, otra acción de repudiación a favor del hijo reconocido precisamente para enervar y contrarrestar los efectos producidos por el acto-confesión de naturaleza unilateral, por cuanto en principio a nadie se le puede imponer una paternidad contra su voluntad por aplicación del aforismo jurídico: *invito beneficium non datur*. A nadie se le hace un beneficio contra su voluntad.

Esta es también la doctrina sentada por algunos autores nacionales y extranjeros. La confesión de la paternidad —*probatio probata*— es obvio, no hace más que destacar, poner en plena luz, una filiación preexistente, la cual, en sí misma, no es sino el hecho fisiológico de la generación, según Beudant.

El tratadista de derecho civil, doctor Arturo Alessandri Rodríguez, comentador de la reciente Ley chilena N° 10.271 de 1952, reformatorio del C. Civil de 1857, se expresa así: "Se mantiene el reconocimiento voluntario por parte del padre o de la madre. Pero, a la vez, se establece el forzado mediante la investigación judicial



de la paternidad o maternidad. Ya no será necesario notificar el reconocimiento voluntario al hijo, ni que éste lo acepte dentro de cierto plazo. Si se trata del reconocimiento N.º 1.º del Art. 271, esto es, del voluntario, el hijo podrá naturalmente repudiarlo, y en tal caso son aplicables las reglas que rigen en materia de legitimación (Art. 273). O sea, las formalidades requeridas para completar este reconocimiento se simplificarán también al máximo.

El jurisperito y tratadista argentino doctor Norberto José Novellino, en su obra titulada "Nuevas Leyes de Familia", dice: "De acuerdo con la ley, el reconocimiento se produce "ex lege" por la simple declaración del progenitor (Art. 2), sin acreditación alguna. Pero nadie puede ser obligado a aceptar un estado que no le corresponde. De ahí que, para invalidar tal reconocimiento, el interesado puede interponer una acción judicial a fin de probar la veracidad de su impugnación".

Finalmente, el doctor Jorge Ramón Reyes M., en su obra intitulada Situación Jurídica del Hijo Natural, expone: "Siendo el reconocimiento voluntario, esencialmente, la confesión espontánea del hecho natural preexistente de la paternidad, una vez realizado, produce todos los efectos jurídicos que la ley establece, aún a pesar de la voluntad del reconocedor, pues el hecho en su existencia indestructible, y las consecuencias jurídicas asignadas a la confesión espontánea de él, no dependen, racional y legalmente considerada la cuestión, de la voluntad particular, sino de la naturaleza misma y de la voluntad del legislador.

Por tanto, una vez realizado el reconocimiento voluntario, —genuina confesión—, no puede revocarse, aun cuando no sea conocedor de ella el reconocido, pues las confesiones, como es sabido, no pueden revocarse. Es en este punto en el que discrepamos de la corriente encabezada por Good y Fabres, pues ellos creen que el reconocimiento innotificado e inaceptado aún, puede revocarse.

Nosotros sostenemos, en cambio, que siendo el reconocimiento esencialmente la confesión del hecho personal de la paternidad, él es irrevocable, precisamente por su carácter confesorio, aun cuando el reconocido no tenga ni siquiera noticia de él.

Ahora bien, permaneciendo intacta la confesión de paternidad hasta no hacerse la notificación al reconocido, no podrá invalidarse por el reconocedor sino cuando hubiere sufrido un error de hecho inculpable o explicable, o se hubiere encontrado carente del completo uso de sus sentidos al tiempo de rendirlo".

El legislador de 1936, con razón o sin ella, dejó vigente el Artículo 57 de la Ley 153 de 1887, que literalmente dice: "El reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación, según el Título XI del Código Civil". Este artículo establece terminantemente la necesidad u obligación de la notificación y aceptación previas del reconocimiento de la naturalidad.

La vigencia en el Código Civil de 1873 del artículo transcrito da base para sostener también que antes de la notificación y aceptación del reconocimiento *ad libitum* de la paternidad natural es inocuo para ambas partes el acto jurídico del reconocimiento y, por consiguiente, incapaz de producir, siquiera sea unilateralmente, efectos y consecuencias jurídicas. Don Fernando Vélez al comentar el artículo citado, asimila el reconocimiento de hijo natural a un verdadero contrato por cuanto exige para la validez del acto el consentimiento y la voluntad del reconocedor y del reconocido para que produzca efectos jurídicos, criterio esté impugnado por la doctrina de algunos autores modernos.

Por consiguiente, parece más aceptable sostener, con fundamento en las nuevas tendencias jurisprudenciales y doctrinales, la insubsistencia e inoperancia del artículo 57 de la Ley 153 de 1887 por razones obvias. El legislador de 1936 tuvo en mientes reglamentar íntegramente la materia sobre filiación natural, lo cual se desprende fácilmente de los artículos 1º, 2º, 4º, 7º, 8º, 29 y 30 de la Ley 45 del mismo año. Ahora bien, la reglamentación íntegra de una materia por una ley posterior hace insubsistente una disposición anterior, en armonía con el artículo 3º, de la Ley 153 de 1887 *in fine*. Otrósí, la naturaleza jurídica del reconocimiento de la naturalidad es un acto-confesión, acto jurídico unilateral, declarativo del estado civil de hijo natural, irrevocable por disposición de la ley, el cual debe estar fuera del comercio humano y de las veleidades de los hombres por ser de orden público.

Por esta razón la Corte Suprema de Justicia, dice: "Por otra parte, siendo el reconocimiento una declaración certificativa por medio de la cual se fija un estado civil con fundamento en el hecho de la procreación, el acto puede repudiarse por el hijo, conforme al artículo 57 de la Ley 153 de 1887, o bien impugnarse por cualquiera que tenga interés actual en ella, interés económico o moral, demostrando que el reconocido no ha podido tener por padre al reconocedor, según el artículo 58 de la ley 153 de 1887. Son interesados para impugnar el reconocimiento, además del propio hijo, sus verdaderos padres, los parientes próximos del autor del reconocimiento (padres e hijos) y los terceros a quienes este acto perjudique, como por ejemplo, los donatarios y legatarios expuestos a una demanda de reducción. Es indudable que basta un simple interés moral, como lo ha aceptado la doctrina y jurisprudencia francesa. (Casación Civil, Sept. 22 de 1955, T. LXXXI, Nros. 2157-58).

Con relación a la repudiación e impugnación del reconocimiento de la naturalidad, es preciso hacer las siguientes observaciones: sólo puede repudiarse el reconocimiento *ad libitum* verificado por el padre o madre en las formas indicadas en el artículo 2º de la Ley 45. En cambio, en el reconocimiento voluntario y ficto a que se refieren los artículos 68 y 69 de la Ley 153 de 1887, aplicables también en el nuevo estatuto sobre filiación natural por dis-

posición del artículo 8º de la ley, es inadmisibles la repudiación por razones obvias. Cómo podría repudiar el hijo un reconocimiento que él mismo ha provocado y perseguido? Si ello es así, a fortiori, será también inadmisibles la repudiación en los casos del reconocimiento *invitus* de la naturalidad a que se contrae el artículo 4º de nuestra ley.

No acontece los mismo respecto de la impugnación, la cual puede formularse en todos los casos por toda persona que pruebe un interés actual en ella, interés económico o moral, en el tiempo y forma previstos en el artículo 248 del C. Civil in fine, excepto en el caso de reconocimiento *invitus*. La razón es muy clara. El reconocimiento *invitus* es la resultante de un juicio en el cual se ha controvertido ampliamente el reconocimiento de la paternidad o maternidad natural, y toda sentencia debidamente ejecutoriada encierra una presunción de verdad, en armonía con el principio jurídico: **Res iudicata pro veritate habetur.**

Finalmente, el carácter individual y personal del reconocimiento de hijo natural es un óbice para que los causahabientes legítimos del presunto padre natural y terceras personas puedan verificar el reconocimiento-confesión en nombre del *de cuius* sin poder especial para ello con las formalidades legales. En cambio, sí pueden ser los causahabientes legítimos del presunto padre natural sujeto pasivo de la acción de declaración judicial de paternidad o maternidad natural, puesto que son ellos los continuadores jurídicos de la persona de sus padres.

El reconocimiento voluntario de hijo natural es muy distinto a la declaración judicial de paternidad natural. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, dice: "A nadie escapa que la declaración judicial de paternidad es algo no solamente distinto sino opuesto al reconocimiento voluntario, ya que aquélla tiene lugar cuando el padre no ha querido ejecutar el acto libre que éste implica. Son dos medios diferentes de prueba de la filiación natural o del estado civil; el uno emana de la voluntad del padre y tiene pleno valor sin necesidad de llevarlo a juicio; el otro, por el contrario, se produce contra la voluntad del padre o de sus representantes herederos, mediante juicio controvertido. El reconocimiento no puede otorgarlo sino el padre, jamás sus herederos, porque es un acto dependiente en forma exclusiva de la voluntad del progenitor y la facilidad de realizarlo deviene intransferible; la declaración judicial debe seguir siempre que se lleve al Juez el pleno consentimiento provocado mediante algunos de los medios de prueba admitidos por la ley, y ella excluye toda idea de espontaneidad, de acto voluntario de las partes". (Sala de Casación Civil, Bogotá, 7 de abril de 1953).

La nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el carácter declarativo del estado civil de hijo natural que entraña el reconocimiento *ad libitum* o *invitus* de la naturalidad, dió lugar a

controversias en torno a la aplicabilidad que a la Ley 45 pudiera darse, respecto de los hechos previstos en la reforma, y que hubieran ocurrido con antelación al 30 de mayo de 1936, fecha en que comenzó a regir la nueva ley. La Corte Suprema de Justicia dirime las controversias suscitadas en reciente jurisprudencia, bajo el título de "La Ley 45 no cambió el estado civil", la mencionada jurisprudencia dice así: "La Ley 45 de 1936, como se deduce de lo expuesto hasta aquí, no vino a cambiar el estado civil de los hijos antes ilegítimos, sino a darles el instrumento legal para que pudieran establecer su verdadero estado civil, y a regular en forma distinta los efectos, los derechos y obligaciones que de tal estado deben deducirse, tal como lo preceptúan los artículos 19 y 20 de la Ley 153 de 1887. Al hacerlo así no pudo violar ningún derecho adquirido por los presuntos padres y muchísimo menos por los mismos hijos.

Es cierto que la Ley 45 no expresó que las causales señaladas en su Art. 4º servían para modificar estados civiles ya vigentes por consecuencia de la legislación anterior. Pero, en primer término, ningún estado civil constituido se modifica cuando el hijo obtiene la declaración judicial o el reconocimiento voluntario de su filiación natural, como se dejó expuesto; y, en segundo lugar precisamente debido a que la Ley 45 no limitó la aplicación de sus normas a los hijos nacidos con posterioridad a ella, para el efecto de investigar y declarar o reconocer su filiación, es imperativo concluir que se aplican tanto a éstos como a los nacidos antes de su vigencia. Es obvio, pues se trata de probar la filiación y no de crearla, desde luego que ella tiene origen en el hecho de la concepción.

La conclusión expuesta aparece en forma nitida del contexto de la misma ley. En efecto, para que los hijos naturales concebidos con anterioridad a su vigencia no tuvieran derechos herenciales en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a dicha ley, fue necesario decirlo expresamente en el artículo 28 de la misma. Esto significa que el legislador tuvo en cuenta el principio universal de derecho que le da efectos generales inmediatos a las leyes que establecen derechos y obligaciones anexas al estado civil de las personas, y el no menos importante que regula la sucesión por la ley vigente en el momento de producirse la delación de la herencia, a sea el de la muerte del causante. Hubo necesidad de consagrar una excepción a dichos principios para excluir del beneficio de la ley, pero solamente en el aspecto herencial en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a ella, a los hijos naturales concebidos antes de su vigencia. Pero ni siquiera en tal caso la ley imposibilitó para obtener la declaración de filiación o el goce de los demás derechos reconocidos por ella.

Y si, con la única excepción mencionada, ninguna razón existe para que el hijo natural concebido antes de la ley quede excluido de sus beneficios, mal puede afirmarse que le están vedados los

medios nuevos de prueba admisibles conforme el Art. 4º de la ley. Porque solamente cuando la prueba se requiere como una solemnidad esencial al acto (tal como la escritura pública en la compraventa de inmuebles) no es dable demostrar su ejecución válida por medios distintos que una nueva ley establezca. Pero cuando se trata de simples formalidades *ad probationem* rige siempre la ley vigente en el momento de la calificación de la prueba en el juicio, como lo enseñan todos los autores de derecho procesal". (Sala de Casación Civil, Bogotá, 7 de abril de 1953).

En contraposición a la reciente jurisprudencia sentada por la Corte Suprema sobre el carácter declarativo del estado civil de hijo natural que conlleva el reconocimiento de la naturalidad, existe una doctrina adversa, la cual sostiene que el reconocimiento de hijo natural es meramente constitutivo del estado civil de hijo natural. Niega que la generación o procreación sea el hecho biológico-jurídico generador de la filiación natural, cuya consecuencia es el estado civil de la persona. Esta doctrina afirma que el reconocimiento practicado o el fallo expedido son la causa formal de la filiación y el estado civil de hijo natural. Item, desconoce esta doctrina la aplicabilidad de los hechos previstos en la reforma conducentes a la investigación de la paternidad o maternidad natural, que hubieran ocurrido con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936. La doctrina en mención es sostenida por Juan Carlos Florencia Demalombe, en Francia; por el ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Gualberto Rodríguez Peña, en Colombia; por el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez, en Chile.

La susodicha doctrina distingue entre la causa natural (la generación y nacimiento) de la filiación y el estado civil, y la causa formal (la voluntad o el querer legislativo) de la filiación y el estado civil de la persona. Según esta doctrina, la causa formal del querer legislativo es la determinante del estado civil, y no el simple hecho de la concepción y nacimiento del ser. En consecuencia, el reconocimiento *ad libitum* o *invitus* de la naturalidad crea el estado civil, no lo declara.

El ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Gualberto Rodríguez Peña, en su obra titulada "La Filiación y el Estado Civil de los Hijos Naturales Ante la Corte", se expresa de la siguiente manera: "La generación y posterior nacimiento de la persona, como hechos biológicos de la naturaleza, son fenómenos de carácter universal, en virtud de los cuales se produce entre generantes y generado la relación consiguiente de la causa con su efecto, para todos los lugares —en Asia como en América, en Colombia como en la Patagonia—, y para todos los tiempos, ayer, hoy y mañana, gobernados en su objetividad y consecuencias por la ley natural, a cuyo imperio ninguna legislación, tan soberana como quiera suponérsele, puede en momento alguno sustraerse. Pero esos hechos de paternidad y filiación en que se traducen la generación

y el nacimiento, no determinan por sí solos ningún estado civil; en razón de ellos, se es hijo, claro está, pero no se es hijo legítimo, ni ilegítimo, ni natural, etc. Como denominador común de cualquier estado civil de filiación, representan en el concepto filosófico la simple condición de una causa formal o determinable, susceptible de transformarse a través del tratamiento de la ley positiva de cada país y en cada época, que es la causa formal o determinante, en una especie determinada. A la manera que el mármol, causa material o determinable de la estatua plasmada por el artista, sólo adquiere esa calidad o condición de estatua, cuando recibe de él las formas sustanciales que sirven para diferenciarla de la simple materia, o de cualquier otro artefacto en que el mármol hubiera podido convertirse. Quienes dentro del régimen federal que precedió al unitario de 1886, tuvieron la fortuna de nacer al amparo del matrimonio católico de sus padres que la legislación civil vigente entonces desconocía, no alcanzaron sin embargo el estado civil de hijos legítimos, por esa causa: porque el trato que esa ley positiva les dispensa, apenas correspondía al de los hijos extramatrimoniales. Cuando, en homenaje al sentimiento católico de la inmensa mayoría de los colombianos, se rectificó el error, otorgándose a tales matrimonios la plenitud de sus efectos civiles, los hijos procreados en ellos, pasaron del estado de ilegitimidad en que se les mantenía, al de la filiación legítima. La causa formal del querer legislativo, era la que determinaba su estado civil, y no el simple hecho de su concepción y nacimiento". (Casación Civil, 7 de abril 1953).

Finalmente, el tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra titulada "Reformas Introducidas al Código Civil y a otras leyes por la Ley N<sup>o</sup> 10.271 de junio de 1952", dice: "El reconocimiento de hijo natural, sea voluntario o forzado, es constitutivo o, como dicen otros, atributivo del estado civil de hijo natural, o simplemente declarativo? La solución de este problema tiene un evidente interés práctico, porque si se adopta el primer criterio, los efectos del reconocimiento sólo se producen a contar desde que se efectúa, en tanto que si se admite el segundo, tales efectos se producirían desde el nacimiento del hijo, retrotrayéndose, por lo tanto, a esa fecha.

Para resolver este problema con acierto, debemos distinguir el reconocimiento voluntario y el forzado, esto es, entre el que emana de la mera voluntad del padre o madre y el que se produce mediante sentencia.

Respecto del primero, en mi concepto, no hay la menor duda de que el reconocimiento es constitutivo o atributivo de estado civil. Tratándose del reconocimiento a que se refieren los Nros. 1<sup>o</sup> y 5<sup>o</sup> del artículo 271, la Ley N<sup>o</sup> 10.271 mantuvo en todas sus partes el criterio establecido por el Código Civil. No hizo nada nuevo, salvo elevar a la categoría de causal de filiación natural algunos actos,

como el del inciso 2º del N.º 1º del Art. 217 y el del N.º 5º de este artículo, que antes sólo daban derecho para demandar alimentos”.

## EL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL Y SU PRUEBA

El estado civil de hijo natural surge a la vida jurídica con el nacimiento o existencia legal de la persona, previos el reconocimiento *ad libitum* o *invitus* de la naturalidad. También, por ordenamiento legal, artículo 1º de la Ley 45 de 1936, el estado civil de hijo natural se tiene con relación a la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento. Ahora bien: sin prueba no hay derecho ante la ley positiva, se dijo en otra parte de esta conferencia. Probar en materia de filiación natural sería entonces establecer la verdad jurídica del hecho de la naturalidad, el cual puede constar en un testamento, en una escritura pública, en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce, en un acto o diligencia judicial o notarial, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que la contiene, según una doctrina del Tribunal Superior de Medellín, en un documento privado reconocido por el otorgante ante Juez competente o ante Notario Público, o inscrito en el registro, según doctrina del mismo Tribunal Superior de Medellín.

También en una declaración juramentada sobre la renta por ante testigos con la firma clara está, del contribuyente, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; en el acto o diligencia de la confesión ficta o presunta de paternidad a que se contrae el artículo 69 de la Ley 153 de 1887, conforme al artículo 8º de la Ley 45. Finalmente en la sentencia o declaración judicial de la paternidad o maternidad natural mediante juicio controvertido, reconocimiento *invitus* de la naturalidad, por aplicación del aforismo jurídico: *Res iudicata pro veritate habetur*, la cosa juzgada se tiene por verdad.

## LEGISLACIONES COMPARADAS

La Ley 14.367 argentina, de once de octubre de 1954, sobre supresión de discriminaciones y calificaciones filiales, tiene puntos de contacto con nuestra Ley 45 de 1936 sobre filiación natural. En cuanto a reconocimiento de la naturalidad se refiere, el artículo 2º de la precitada ley argentina, dice: “El reconocimiento del hijo es irrevocable, no puede someterse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere la aceptación del hijo. Podrá ser hecho por el padre o por la madre, conjunta o separadamente:

1º) Por declaración ante el oficial del Registro Civil, formulada en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente.

2º). Por instrumento público o privado.

3º). Por disposición de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental”.

No obstante el precepto legal argentino que autoriza el reconocimiento del hijo por instrumento privado, el tratadista y profesor Norberto José Novellino, en su obra titulada “Nuevas Leyes de Familia”, considera necesaria la autenticidad del documento privado destinado a establecer la filiación natural.

El artículo 4º de la citada ley argentina, dice: “La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, reconocidos por sus padres, podrá ser contestada, en cualquier tiempo, por los propios hijos, o por los herederos forzosos de quien hiciera tal reconocimiento, dentro del plazo de 90 días, desde que el reconocimiento les fuere notificado”.

El mencionado tratadista argentino Norberto José Novellino comenta este precepto legal, en su obra arriba anotada, de la siguiente manera: “POR CONTESTACION debe entenderse, no la simple denegación, sino una acción judicial con la respectiva prueba a cargo del propio hijo. De acuerdo con la ley, el reconocimiento se produce —ex lege— por la simple declaración del progenitor (Art. 2), sin acreditación alguna. Pero nadie puede ser obligado a aceptar un estado que no le corresponde. De ahí que, para invalidar tal reconocimiento, el interesado puede interponer una acción judicial a fin de probar la veracidad de su impugnación”. Aquí también se aplica en parte el principio jurídico: *Invito beneficium non datur*. A nadie se le hace un beneficio contra su voluntad.

En materia de derecho sucesorio, el artículo 7º dice: “... las disposiciones de esta ley se aplicarán en las sucesiones que se abran con posterioridad a su promulgación; pero, en ningún caso, alterarán los derechos resultantes de actos cumplidos con anterioridad a su promulgación”. La sucesión, es obvio, se abre cuando fallece el causante. Finalmente, el artículo 8º de la Ley argentina, similar al artículo 18 de nuestra Ley 45, dice: “Los hijos nacidos fuera del matrimonio tendrán en la sucesión del progenitor un derecho igual a la mitad del que asigna la ley a los hijos nacidos dentro del matrimonio”.

El Código del Niño de la República del Uruguay, sancionado en 1934, tiene también puntos de contacto y disposiciones idénticas con nuestra Ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño, denominado así mismo “Código del Niño”, complementaria de la Ley 45, en estudio. Efectivamente, el artículo 173 del estatuto uruguayo, dice: “Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres”. Este precepto legal es idéntico al contenido en el artículo 85 de nuestra Ley 83 de 1946.

El artículo 204 del mismo estatuto uruguayo, está concebida en los siguientes términos: “Todo niño, cualquiera que sea su condición legal, debe disfrutar por ministerio de la Ley, de las condiciones necesarias para su desarrollo corporal y su bienestar social. En con-



secuencia, los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos". *Mutatis mutandis*, esta norma legal es la misma consagrada en el artículo 69 de nuestra Ley 83. Estas similitudes y afinidades llevan a pensar que el legislador colombiano de 1946 se inspiró en el Código del Niño de la República del Uruguay, sancionado en 1934 y transcribió de él textualmente algunas de sus disposiciones.

La indiscriminación filial vigente en la Argentina donde sólo existe tres tipos de filiación, a saber: matrimonial, extra-matrimonial y adoptiva se vislumbra también en el Código del Niño de la República uruguaya y en nuestra Ley 83 de 1946, en las expresiones: "... los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos", y en esta otra: "Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres". Existe, pues, una marcada tendencia a la supresión de discriminaciones y calificaciones filiales en algunas legislaciones por considerarlas deprimidas y ofensivas para seres que no tienen la culpa en la constitución de su estado. En Hungría, la Ley XXIX de 1946 suprime toda diferencia entre hijos matrimoniales y extra-matrimoniales, rompe con la noción de familia, basada en el matrimonio y la reemplaza por la de la familia natural. Italia, en un justo equilibrio, reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio, y señala que es un deber y un derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, sean o no matrimoniales.

Las legislaciones de México y Perú presentan también grandes analogías, similitudes y puntos de contacto con nuestra Ley 45 de 1936, especialmente en cuanto a investigación y reconocimiento de la paternidad se refiere.

El tratadista argentino doctor Roberto A. M. Terán Lomas, en su obra titulada 'Los Hijos Extra-matrimoniales', se expresa así: "Merecen mención especial los códigos de México y Perú, y la Ley 45 de Colombia. Sintetizaremos a continuación los principios básicos sobre la materia, contenidos en estos cuerpos legales. La filiación natural (compreensiva de la adulterina e incestuosa) resulta, respecto de la madre, del solo hecho del nacimiento; un hijo de mujer casada no puede ser reconocido por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada, se haya declarado que no es hijo suyo; se consagra análoga restricción acerca de la investigación de la maternidad que la establecida por el artículo 362 de nuestro Código Civil, salvo si ella se declara en sentencia civil o criminal; la investigación de la paternidad se admite en los siguientes casos: a) por sesión del estado; b) la existencia de escrito indubitable del padre en que se reconozca la filiación; c) caso de violación, estupro o rapto, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción; d) concubinato o relaciones sexuales continuas durante un cierto período; e) seducción con abuso de autoridad, promesa de matrimonio, o hechos dolosos (este último requiere íntegra la fórmula de la ley de Colom-

bia). El reconocimiento voluntario es ampliamente admitido (Cód. Fed. de México, Arts. 360, 373, 374, 383, 385, 386; Cód. del Perú de 1936, Arts. 348, 349, 350, 366, 367, 372; Ley 45 de Colombia, 1936, Arts. 1º a 5º)".

Voy ahora a referirme, siquiera sea someramente, a la ley chilena Nº 10.271, de 2 de abril de 1952, obra del Instituto Chileno de Estudios Legislativos, en cuanto se relaciona con nuestra Ley 45 de 1936. La Ley 10.271 de 1952 introdujo indubitablemente reformas sustanciales en el Código Civil chileno en materia de filiación natural, similares a las reformas y modificaciones introducidas ya por el legislador colombiano de 1936 a nuestro Código Civil de 1873, cuya fuente inmediata fue el Código Civil de Chile de 1857, redactado en su mayor parte por el egregio humanista venezolano don Andrés Bello. No obstante, pues, ser el Código Civil chileno fuente y origen inmediato de nuestro Código Civil, el legislador de 1936 ávido de justicia y equidad, logró adelantarse varios años en materia de filiación natural a la legislación chilena, gracias a la influencia decisiva ejercida en nuestras Corporaciones Legislativas y Jurisdiccionales por la jurisprudencia de las Cortes y Tribunales de Justicia, omén de la doctrina de los autores, especialmente franceses y argentinos.

El profesor y tratadista chileno, doctor Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra titulada "Reformas Introducidas al Código Civil y a otras Leyes por la Ley Nº 10.271 de 1952", hace un interesante análisis comparativo de las reformas aludidas, así: "En el sistema del Código Civil, la filiación natural no tenía otra fuente que la voluntad del padre o madre. El reconocimiento, decía el artículo 271, es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En Chile no había, pues, otro reconocimiento apto para conferir a una persona el estado civil de hijo natural que el voluntario. La ley no admitía la investigación de la paternidad o maternidad natural.

El reconocimiento, una vez efectuado, debía ser notificado al hijo y aceptado o repudiado de la misma manera que lo era la legitimación (Art. 273), es decir, el procedimiento para completar el reconocimiento era el mismo que debía seguirse en materia de legitimación y con sus mismos inconvenientes. El hijo natural estaba totalmente excluido de la herencia por los hijos legítimos, no podía ser asignatario de la cuarta de mejoras y, en cuanto a alimentos, sólo tenía derecho a reclamar los necesarios".

En otra parte de esta conferencia se comentó ampliamente el alcance del reconocimiento *ad libitum* de hijo natural "por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que le contiene", ordinal 4º del artículo 2º de la Ley, y se hizo hincapié en la expresión "expresa y directa", es decir, que debía hacerse de viva voz o por escrito, sin vaguedades ni formas objetivas en cuanto a la primera dicción y personalmente por el reconocedor en cuanto a la

segunda. Pero que sin embargo se aceptaba por la jurisprudencia y la doctrina el reconocimiento también por medio de mandatario o apoderado especial.

El doctor Alessandri Rodríguez, intérprete de la Ley 10.271 de 1952 sobre el particular, dice: "El reconocimiento voluntario por acto entre vivos puede hacerse por medio de mandatario; no así el que se haga por acto testamentario, porque la facultad de testar es indelegable".

En otra parte se habló también del reconocimiento póstumo del hijo natural, es decir, del hijo natural pre-muerto, reconocimiento éste aceptado excepcionalmente por la jurisprudencia y la doctrina de los autores. Algo similar acontece ahora en la nueva legislación chilena donde además se autoriza y concede la acción de filiación natural a los herederos del hijo natural pre-muerto.

El tratadista Alessandri Rodríguez, comentador de la citada Ley Nº 10.271, se expresa así: "Podrán intentar la acción destinada a obtener el reconocimiento los herederos del hijo fallecido? Nos pronunciamos por la afirmativa. La regla general es la transmisibilidad de los derechos y acciones; ninguna ley ha declarado intransmisible esta acción, y del reconocimiento pueden derivarse efectos patrimoniales, que son los que interesa reclamar a los herederos. Además, si la ley permite reconocer como natural a un hijo muerto, según se desprende del Art. 273, no se ve por qué no se ha de poder demandar el reconocimiento forzado de ese mismo hijo".

Por otra parte, la Ley 10.271 de 1952 vigente en la República de Chile, impone que el reconocimiento *invitus* de la paternidad o maternidad natural conlleve la privación del ejercicio de la Patria Potestad, la cual es suplida por la guarda dativa y, además, hace indigno de heredar al padre o madre contumaz en la sucesión abintestato del hijo natural. Las razones son obvias. La paternidad se traduce en amor, abnegación, desprendimiento, respecto de un ser inocente que requiere para vivir amorosa protección y amparo por parte de los autores de su vida primeramente y, subsidiariamente, por parte del Estado. En cambio, la paternidad forzada se traduce en desamor, desinterés y, en veces, ojeriza hacia aquellos seres imbeles, fruto de las pasiones insanas de los hombres. Por consiguiente, se presume que el padre o madre natural declarada tal por sentencia judicial, no tiene interés fuera del económico en la persona y en los bienes de su hijo.

Sería aceptable sin detrimento de la justicia y la equidad el mismo anterior sistema en nuestra legislación colombiana en casos análogos? Prima facie, existe fundamento plausible para ello. Pero sin embargo cabe este razonamiento: si el hijo natural reconocido forzosamente entre nosotros, tiene con relación a sus padres contumaces derechos a alimentos congruos y a herencia en la forma y protección indicadas en los artículos 18, 25 y 28 de la Ley 45 de 1936, el padre o madre contumaz en el reconocimiento del hijo de-

be tener iguales derechos y obligaciones por aplicación del principio jurídico: *jus et obligatio sunt correlativa*. Derecha y obligaciones son correlativos.

### NOMBRE PERSONAL DEL HIJO NATURAL

El nombre de toda persona está constituido fundamentalmente de dos elementos, a saber: el nombre propiamente dicha, o de pila, o de bautismo, o pre-nombre; y el nombre de familia, patronímico o apellido. El pre-nombre distingue a las personas dentro de una misma familia, y el patronímico es el calificativo común de una misma familia.

La Ley 45 de 1936 sobre filiación natural guarda absoluto silencio en torno al apellido o patronímico del hijo natural y sólo se considera por algunos autores que el hijo extra-matrimonial debe llevar el apellido de la persona que primero lo reconozca, lo cual quiere decir que llevará el patronímico de su madre, pues, se es natural respecto de la mujer soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento por disposición expresa del artículo 2º de la ley in fine nada importa que el reconocimiento sea posterior al hecho fisiológico del nacimiento en razón de su carácter declarativo del estado civil de hijo natural. Este vacío de la ley debe llenarse en el sentido de que el hijo natural puede elegir el apellido o patronímico que mejor le convenga cuando el reconocimiento de la paternidad o maternidad natural sea la resultante de un juicio contradictorio. La razón es muy clara. Si la paternidad o maternidad natural es forzada, ninguna tiene interés en participar al hijo de su apellido, entonces que éste tenga la elección. Ahora bien: si ambos padres lo reconocen simultáneamente, no se ve la razón para desconocerle al hijo natural el derecho de llevar sendos patronímicos de sus progenitores, los cuales aceptarían gustosos.

El tratadista chileno, Manuel Somarriva Undurraga, en su obra titulada "Derecho de Familia", dice: "Nuestra legislación se caracteriza por una total ausencia de reglamentación del derecho al nombre. Por eso no encontramos ningún precepto según el cual el hijo natural tenga el derecho a usar el nombre patronímico o apellido del padre o madre que lo reconoce o el de ambos si de los dos emana el reconocimiento; pero, es evidente que tiene este derecho.

En caso que el hijo aparezca en la inscripción del nacimiento con otro apellido, el reconocimiento puede dar origen a una rectificación para que se incluya en la inscripción el apellido del padre o madre que lo ha reconocido, o el de ambos según los casos, como lo estudiaremos en su oportunidad".

En la nueva legislación argentina se reglamenta expresamente la materia. En efecto, el artículo 6º de la Ley 14.367 de 1954 sobre supresión de discriminaciones y calificaciones filiales, ad litteram, dice: "Los hijos reconocidos voluntariamente o los declarados tales por

dección judicial, usarán el apellido del tutor de ese reconocimiento o del progenitor declarado por la sentencia. Si el padre y la madre estuvieran en tal caso, corresponderá usar el apellido de quien primeramente se encontrara en el supuesto indicado, pero el hijo podrá substituir el apellido materno por el paterno, o anteponer éste o aquél cuando la paternidad resultase acreditada con posterioridad a la maternidad".

El verbo "podrá" que trae el artículo pre-inserto, indica la libertad o facultad que tiene el hijo natural para elegir a su arbitrio el patronímico que mejor le convenga "cuando la paternidad resultase acreditada con posterioridad a la maternidad", y lo mismo podría decirse si ambos progenitores le reconocieron simultáneamente y se hace imposible establecer el orden cronológico de los reconocimientos, según se desprende de la ley.

Finalmente, vale la pena revelar y destacar el artículo 1º de la susodicha ley argentina que suprime las discriminaciones y calificaciones públicas y oficiales entre los hijos matrimoniales y extra-matrimoniales por cuanto esta norma puede tener eco en nuestras Corporaciones Legislativas. El artículo en mención, dice: "Suprimense las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que la legislación vigente establece respecto a estos últimos.

Los derechos y obligaciones de los padres y de los hijos resultarán de las disposiciones legales vigentes, modificadas por las de la presente ley.

Las personas comprendidas en la ley 13.252 continuarán sometidas al régimen de la misma".

Sin embargo, la legislación argentina vigente mantiene, a cambio de la abolición de las discriminaciones y calificaciones filiales, diferencias jurídicas y sociales con base en tres tipos de filiación: la matrimonial, la extra-matrimonial y la adoptiva. Pero dentro de la filiación extra-matrimonial es inadmisibles calificación o discriminación alguna.

Esta reforma es inocua a la familia legítima, cuya única fuente es el matrimonio, porque los derechos y las obligaciones son los mismos. El calificativo de natural es mirado en nuestra sociedad con cierta displicencia y muchas veces con desprecio hacia aquellos seres que son inocentes de su naturalidad.

Los objetivos de la ley argentina Nº 14.367 de 1954, están comprendidos en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, por el doctor Paolis, según se desprende de la obra Nuevas Leyes de Familia de Novellino, así: "... 1º) borrar para siempre como agravante la calificación de los hijos naturales, incestuosos y adulterinos, incompatible con el principio de la dignidad humana del Justicialismo. 2), excluir definitivamente la categoría hasta ahora de ilegítimos, dándole a éstos todos los derechos en la medida de la

ley. 3), concilia la dignidad de los hijos, cualquiera sea su filiación, con el propósito esencial de consolidar la familia y de respetar la institución del matrimonio. 4º), la menor proporción hereditaria de los hijos nacidos fuera del matrimonio no implica un desmedro por su calidad de tales, sino que responde al propósito de no causar una injusticia a quienes con su esfuerzo han contribuido a la formación del patrimonio paterno, que casi siempre es producto del esfuerzo de la comunidad familiar y no sólo del padre. 5º), en un extremado celo por la integridad de la familia y la no desintegración del hogar, célula de la sociedad, el proyecto desecha la acción de filiación en el caso de la mujer casada; y 6º), tiende a robustecer el deber de fidelidad entre los esposos y a evitar la actual impunidad de los padres frente a los hijos no matrimoniales, y en tal sentido, a la vez que otorga derechos a los hijos, restringe el derecho de los padres en el supuesto mencionado".

---