

ne contemplando, habría una infracción de esa índole de acuerdo con la legislación colombiana, debido a que el deudor podría ya disponer de la cosa aprovechándose ilícitamente y ocasionando un perjuicio de carácter económico al acreedor prendario.

Quedaría por discutir, eso sí, si la transgresión penal se encontraba consumada o imperfecta, pues, como se sabe, el deudor puede oponerse a la restitución de la cosa previo el pago de todo lo debido.



## IDEAS PARA REFORMAR Y ADICIONAR LA LEY 45 DE 1936

Por el Dr. Germán Bula Hoyos

La siguiente es la importante tesis que para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Políticas en nuestra Facultad, presentó en 1954 el hoy representante a la Cámara, Dr. Germán Bula Hoyos, quien la ha cedido gentilmente para "Estudios de Derecho".

### TESIS DE GRADO

#### PLAN DE EXPOSICION

- 1º—Propósitos.
- 2º—Crítica al artículo 7º de la Ley 45 de 1936, en cuanto hace aplicable el artículo 398 del Código Civil a los casos de filiación natural y razones para su supresión en tal sentido.
- 3º—Necesidad de una prescripción de corto tiempo para el ejercicio de la acción de investigación de paternidad natural después de muerto el presunto padre natural. Razones para la creación de un texto legal en tal sentido.

#### PROPOSITOS

Nos proponemos confeccionar una tesis de grado. Para ello hemos escogido como tema, la interesante y últimamente combatida Ley 45 de 1936, llamada de los hijos naturales, ley que vino a poner término a una gran injusticia que, trepada sobre falsos conceptos de moral religiosa, negaba insistentemente sagrados derechos naturales y jurídicos, a personas humanas cuyo único pecado había sido el de venir al mundo, como fruto de relaciones sexuales extra-matrimoniales.

como si cada criatura antes de nacer pudiera escoger su condición social.

Pero no es la exégesis de la citada Ley, nuestro cometido. Ya esta labor la han desarrollado juristas de renombre, con tanto brillo y propiedad, que sería necio de nuestra parte volver sobre el tema.

Nuestro pensamiento es precisamente el de buscar solución a algunas fallas de la Ley, máxime cuando en los últimos tiempos no han sido pocas las embestidas que contra el estatuto de los hijos naturales se han producido, a raíz de sonados juicios de filiación natural, en que a la postre resultan falsificaciones de testamentos, testigos inescrupulosos que vendieron su conciencia y pruebas así por el estilo, tendientes a convertir este sagrado estatuto en jugosa industria.

Se ataca la Ley 45 de 1936 por los sonados casos antes mencionados, creyendo así solucionar una gran injusticia en defensa de la familia legítima, familia que durante muchos lustros era la única que ante la ley gozaba de rechos y generaba obligaciones entre sus miembros.

Pero es lo cierto, que quienes atacan la citada ley, se olvidan de mayores problemas sociales brillantemente expuestos por el Dr. Gustavo A. Valbuena en la exposición de motivos de la Ley 45 de 1936 y coadyuvados y ampliados por juristas de renombre nacional como los doctores Luis Felipe Latorre, Héctor José Vargas y otros.

Estos claros exponentes de nuestro derecho, con argumentos de irrefutable maestría, dieron al traste con la ominosa legislación que entre nosotros existía, que antes que una protección para los hijos naturales, constituía un desafiante latigazo a la dignidad humana.

La Ley 45 acabó con la absurda clasificación existente, en la cual los incestuosos y adulterinos, formaban algo así como una legión de infelices, despreciados por la sociedad y lo que es más aberrante, despreciados en grado sumo por nuestros legisladores. Como dijera el doctor Luis Felipe Latorre, "esa distinción marcada como un herrete infamante precisamente al ser inocente".

La citada Ley consagró también en nuestra legislación la acción para investigar la paternidad natural (artículo 4º), si bien es cierto que para ello optó por un criterio transaccionalista, tal vez para evitar el naufragio del estatuto en medio del enfurecido mar de incompreensión reinante, producto de la época en que los prejuicios sociales representaban un escarnio para la misma sociedad y un desconocimiento total de las doctrinas de Cristo y de profundos principios sociológicos preñados de humanitarismo.

Otra de las formidables conquistas de la Ley 45 de 1936, fue la de reglamentar la representación legal del hijo natural.

El artículo 14 del estatuto, viene a llenar un vacío inconcebible, ya que nuestro sistema jurídico en sus normas sobre protección de los incapaces cumple una nobilísima función social, de la cual estaban prácticamente privados los hijos habidos fuera de matrimonio, y si nos detenemos a pensar que la especie humana sufre un dilatado proceso para llegar a la madurez mental, en forma que le permita atender sin menester de terceras personas, sus problemas de diaria ocurrencia, la bondad de este precepto resulta ostensible en grado sumo.

Por último, como corolario obligado de las anteriores conquistas jurídicas, tenemos la consagración de los derechos patrimoniales de los hijos naturales (artículo 18).

Ningún comentario se hace necesario para significar la importancia de este artículo de la Ley de los hijos naturales, ya que su fundamento jurídico y humano, se presenta de bruce a la inteligencia de los estudiosos del derecho. Bástenos transcribir la frase que al respecto escribiera el doctor Luis Felipe Latorre, plena de sentido y ardor por la causa justiciera de los hijos nacidos fuera de matrimonio: "La justicia de esta disposición es tan evidente, que no hay para qué encarecerla. Es absurdo, es inhumano, aberrante y contrario a la misma naturaleza, que de dos hijos del mismo padre, el uno goce de todas las comodidades y cuidados desde su nacimiento, y al morir su progenitor recoja íntegramente su fortuna, y el otro, ser inocente que no pidió la vida, que no tiene culpa de ninguna clase, crezca en la miseria y el abandono y carezca hasta de la expectativa de recibir algún día un centavo del patrimonio paterno; que al primero se le den todas las oportunidades de hacer una brillante carrera, que aspire su porvenir, y el otro haya de ser casi siempre, limosnero, presidiario, o cuando mucho peón, si le va muy bien".

Hemos esbozado sucintamente las transformaciones fundamentales de la Ley 45 de 1936, con el ánimo de hacer resaltar más, la tremenda injusticia que pretenden quienes ahora abogan por la abolición del estatuto, o por lo menos, por una reforma que tendería naturalmente a un retroceso marcado de nuestra legislación, cuando por el contrario debemos avanzar algo, como pretendemos exponerlo y proponerlo en este trabajo.

Pero repetimos, no es nuestro propósito hacer un estudio exegético de la Ley 45, sino más bien hacer el estudio de algunos de sus artículos, proponer enmiendas y solicitar o propugnar por la creación de una disposición que creemos urgente y de mucha importancia pa-

ra la seguridad de los asociados en materia de bienes, cual es la de una prescripción de corto tiempo para entablar la acción de investigación de la paternidad natural después de muerto el presunto padre.

**Crítica al artículo 7º de la Ley 45 de 1936, en cuanto hace aplicable el artículo 398 del C. Civil a los casos de filiación natural y razones para su supresión en tal sentido.**

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

Nuestro estudio se referirá exclusivamente a la relación existente entre el acotado artículo 7º y el artículo 398 del Código Civil, o más técnicamente, a la aplicabilidad del último de los textos citados por mandato del primero, a los casos de filiación natural.

Pero antes de entrar en materia, transcribiremos los textos que tienen relación directa con el problema, para una mejor comprensión del mismo.

Son estos textos, el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, el 398 del Código Civil y el 7º de la Ley 45 transcrito arriba.

Artículo 6º — Ley 45 de 1936: "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".

Artículo 398 del Código Civil: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos".

Descomponiendo estas disposiciones en diversas partes, tenemos que se requieren las siguientes condiciones o requisitos para que la posesión notoria de hijo natural sea apta para que los jueces declaren la paternidad o la maternidad natural en su caso:

1º—Que la educación subsistencia del hijo hayan sido atendidas en debida forma por el padre o la madre;

2º—Que las necesidades de que se habla en el numeral anterior, hayan sido provistas por el padre o la madre en carácter de tal;

3º—Que ese tratamiento de que se habla en los numerales precedentes, de lugar a que los deudos y amigos del padre o madre y del hijo, o el vecindario del domicilio en general, los hayan considerado relacionados entre sí por el vínculo de filiación natural; y

4º—Que ese mismo tratamiento haya durado por lo menos diez años.

De estos cuatro requisitos en que hemos dividido las disposiciones referentes a la posesión notoria como prueba para obtener la declaración judicial de filiación natural, ningún reparo nos merecen los tres primeros, pues ellos constituyen un formidable trípode sobre el cual debe fundamentarse la certeza jurídica del fallador que ha de dar por probado, el complejo pero palpitante y viviente hecho de la posesión notoria del estado de hijo natural, considerado por algunos autores como "un estado de conciencia colectiva formado a virtud de lo que todo el mundo sabe y tiene por tal...".

No ocurre lo propio con el requisito que hemos señalado en el numeral 4º, el cual exige perentoriamente que el tratamiento que da origen al hecho jurídico de la posesión notoria del estado de hijo natural, tenga una duración mínima de diez años.

Este plazo arbitrario y sin ningún fundamento jurídico ni racional siquiera, producto del transaccionalismo imperante en nuestras cámaras legislativas, en el año en que se expidió la Ley 45 comentada, constituye sin lugar a dudas la negación misma de los sagrados derechos que la citada ley concedió a los hijos habidos fuera de matrimonio, si se tiene en cuenta que, como acertadamente lo expresó el doctor Luis Felipe Latorre en el prólogo de la obra "**Derechos de los hijos naturales**", de la cual es autor el doctor Gustavo Valbuena, el mismo jurista que elaboró el proyecto que luego hubo de convertirse en la Ley 45, "...Una de las más eficaces, valiosas y sólidas pruebas de la paternidad, tiene que ser, y lo es ya con la ley 45, la de posesión notoria del estado de hijo natural".

Cuáles fueron los argumentos esgrimidos para modificar en la forma ya conocida, el artículo del proyecto del doctor Valbuena?

El proyecto decía así en su artículo 7º: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba, debe haber durado diez años continuos, salvo que, tratándose de filiación, sea legítima o natural, el hijo no haya llegado a esa edad, en cuyo caso se referirá a la que tenga.

Las reglas de los artículos 395, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural".

Tal era el texto original del proyecto, que si bien no lleno nuestras aspiraciones en la materia, por lo menos amparaba en gran parte los derechos de aquellos infelices que, a más de haber nacido marcados socialmente por lo que sociedades amigas de rendir inflexible

tributo a la moral, consideran imperdonable pecado, permanecían carentes de los más elementales derechos inherentes a toda persona humana.

Qué pecado tan terrible haber venido al mundo sin voluntad de ello y tal vez, casi seguramente, como producto de un pasatiempo de sujetos sin moral, amigos de engrosar fácil e impunemente la ya vasta legión de aquellos desgraciados que han de ser carne fácil para el hambre, la miseria y el delito!!

Pero nos preguntábamos, cuáles fueron los argumentos esgrimidos por nuestros legisladores, para aprobarlo en la forma restringida en que lo hicieron, hasta el punto de hacerse acreedores a la cita del célebre aforismo de derecho: **Summum jus, summa injuria.**

Se dijo que, "es conveniente que la posesión notoria se refiera siempre a un tiempo largo y predeterminado, pues el proveer a la subsistencia de un recién nacido por los primeros meses de su vida, por ejemplo, no puede considerarse como demostración de paternidad; muchas veces puede ser actuación de mera beneficencia".

Es decir, el legislador presumió que la regla es, que las atenciones dispensadas a los infantes habidos extramatrimonialmente siempre tienen como benefactores a personas distintas de los padres de estos infantes. De lo contrario, si no hubiera considerado esa la regla sino la excepción, no habría dado las razones que ya resumimos, para aprobar el vigente artículo 7º de la Ley 45 de 1936 en concordancia con el 398 del Código Civil. Pero esto será materia de comentarios más adelante.

En el fondo de aquella sustitución, existían razones de otra índole, expuestas por nuestros legisladores al estudiar el artículo 4º del proyecto del doctor Valbuena, que propugnaba por una completa libertad probatoria para acreditar judicialmente la paternidad natural.

Se argumentó la falta de madurez mental de nuestro elemento humano para consagrar sistema tan avanzado; se dijo que los abusos judiciales germinarían a granel; se temió que la facilidad probatoria acompañada de la carencia de elementos y conocimientos científicos para ello, constituyera un grave peligro social; por último, la convicción creciente de la venalidad de la prueba testimonial entre nosotros, fueron las "poderosas" razones para que se restringiera la investigación de la paternidad natural en la forma expresada antes, restricción que tuvo su culminación con la inclusión del artículo 29 de la Ley 45, que prohíbe la comprobación de ella por medios distintos de los estatuidos en la misma Ley.

Como puede verse, los argumentos expuestos por nuestros legis-

ladores carecen de consistencia jurídica y están matizados de cierto temor a una reacción social, fundada en falsos conceptos de moral, que constituyen un baldón para los imperecederos postulados de la justicia.

De dónde nace, preguntamos, a la luz del derecho, la conveniencia de que la posesión notoria se refiera a un tiempo largo y predeterminado, porque muchas veces la persona que atiende a las primeras necesidades de un recién nacido fuera de matrimonio, es distinta de sus padres?

Semejante argumento no resiste el menor análisis.

En primer lugar debemos observar que una persona que atiende a las necesidades de un recién nacido, y más aún, una persona que prolonga esas atenciones por espacio de dos, tres, cuatro o más años, en la forma prevenida por nuestros legisladores en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, es porque generalmente es el padre de esa criatura, por no decir que siempre.

Son observaciones nacidas de la cotidiana ocurrencia y que además tienen como base sólida, razones de orden biológico, natural, y social.

No se educa caprichosamente a un extraño a la familia, como regla general. Existirán casos aislados que constituyen la excepción.

No se atiende a la subsistencia de un extraño ni se le establece debidamente, como cosa de común ocurrencia. Sucederá igual que en el primer caso.

Hecha esta observación, que mentalidades de alto vuelo jurídico han desarrollado brillantemente, diremos en segundo lugar que no es el caso particular, la excepción, lo que contempla la ley en sus disposiciones.

Por el contrario, la norma legislativa tiende a cristalizar, teniendo en cuenta para su aplicación y efectos, lo que comúnmente ocurre, es decir, lo general.

Esta es una verdad universal en materia de derecho, tan ampliamente conocida que nos releva de comentario alguno.

Qué decir de las otras razones traídas a este trabajo, como dadas por nuestros legisladores para restringir en la forma en que lo hicieron, la posesión notoria del estado de hijo natural, como prueba para establecer la filiación?

La falta de madurez mental de nuestro elemento humano, los pretendidos abusos judiciales, la facilidad probatoria acompañada de la carencia de medios científicos, y la venalidad ostensible del testi-

monio entre nosotros, son circunstancias que de darse por sentadas proyectan su influencia funesta sobre todas las relaciones jurídicas que se debatan entre nosotros, entre las cuales existen muchas de mayor trascendencia social y económica, que la declaratoria judicial de la paternidad natural. Sin embargo, tal circunstancia no ha propiciado la tendencia a restringir en forma análoga la prueba de tales relaciones.

Además, refiriéndonos concretamente a la prueba testimonial, la situación actual en materia probatoria por lo que toca a la posesión notoria del estado de hijo natural, constituye ni más ni menos que un flagrante desconocimiento de los sabios principios de la sana crítica, necesariamente obligatorios para todo juez, en el trascendentalísimo acto de apreciar las pruebas aportadas a los debates jurídicos sometidos a su juicio, competencia y rectitud.

No existe norma alguna escrita entre nosotros, como tampoco existe doctrina o jurisprudencia, que obligue a los jueces a aceptar sin dilación el dicho de los testigos arrimados a todo juicio, si esos testigos no han pasado airoso el filtro de la sana crítica, por su honestidad, por su posición social, por su ocupación, por la claridad y precisión de su exposición y en fin, por esa serie de condiciones que hacen respetable la palabra de un ciudadano.

Como vamos a demostrarlo más adelante con un ejemplo de dramática injusticia, tomado precisamente de la sabia jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de justicia, en nombre del artículo 7º de la Ley 45 de 1936 en cuanto se refiere al artículo 398 del Código Civil, se cometen y se seguirán cometiendo graves atropellos a los derechos de seres inocentes, si no se pone coto a la situación reinante.

El juez a que corresponda fallar un negocio en que invoque la posesión notoria del estado de hijo natural, para acreditar la paternidad natural, lógicamente tiene que hacer un estudio concienzudo y a fondo de la prueba aportada para tal efecto, que no podría ser otra que la testimonial, si bien es cierto que no descartamos otros medios probatorios, como por ejemplo, inspecciones oculares con testigos actuarios a los libros de matrícula del colegio o escuela en que haya podido educar el presunto padre al hijo natural.

Si de ese estudio, que se presume será honesto y sereno, por cuanto no es posible partir de la base de la mala fe o de la ignorancia de funcionarios judiciales, si de ese estudio repetimos, el juzgado concluye terminantemente, sin lugar a dudas, o para usar una frase gráfica de nuestra H. Corte Suprema de Justicia, si el juez encuentra que

los actos del padre de proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del que se pretende hijo natural, se comprueban por... "un conjunto de testigos fidedignos que establezcan de un modo irrefragable esos actos...", debe declarar judicialmente la paternidad natural respecto de ese hijo.

Si por el contrario, del estudio del acervo probatorio allegado al expediente, el juez no puede formarse un criterio definido, preciso e irrefragable acerca de la verdadera relación de parentesco entre el presunto padre y quien se pretenda su hijo natural, el fallador debe desear la acción instaurada (*reus is absolvendo*).

Para ambas situaciones, tanto para declarar la paternidad natural como para desecharla, el juez necesariamente debe atender a los principios científicos o como dice nuestro Código de Procedimiento Civil "a los principios generales de la sana crítica".

Al respecto conviene citar a Corphe, quien considera indispensable para una científica valoración del testimonio, la contemplación de los siguientes factores: "1º aptitudes del sujeto o valor del testigo; hay que examinarlo bajo sus múltiples relaciones de moralidad, capacidad intelectual, disposiciones afectivas y estado psíquico; 2º Propiedades del objeto: distinguiendo las personas, los objetos materiales y sus cualidades, las acciones y movimientos, los lugares, las palabras y lo que no sea susceptible de evaluación; y 3º La relación del sujeto con el objeto, o condiciones de formación del testimonio en sus diferentes fases de percepción, memoria y declaración".

La tremenda responsabilidad que apareja a nuestros jueces, la apreciación del testimonio, a la luz de los factores expuestos por Corphe como presupuestos para una perfecta valoración del mismo, es lo que ha llevado a muchos expositores y en especial a nuestros legisladores, a restringir en forma desesperante la prueba de la paternidad natural, cuando ella deba ser declarada judicialmente.

A nadie se escapa —repetimos— el deber en que está el juez de desechar la prueba cuando ella no puede llevar a su inteligencia luego de valerse de los principios científicos de la sana crítica, la convicción plena de los hechos alegados en juicio.

Entonces, dónde está el temor a esa "terrible" conmoción social que causarían los juicios sobre filiación natural para acreditar la paternidad natural, si se prescinde del restricto sistema probatorio vigente, rezago de organizaciones feudales y de sociedades que aún creen en la preeminencia de los títulos nobiliarios?

## ALGUNOS EJEMPLOS DE LA INJUSTICIA DE LAS NORMAS COMENTADAS

Para una mejor ilustración de lo que hemos dado en llamar una gran injusticia consagrada legalmente, traemos a continuación algunos ejemplos, producto de nuestra experiencia en un juzgado civil de circuito.

**PRIMER EJEMPLO:** En un juicio para obtener la declaración judicial de paternidad natural respecto de un menor de quince años de edad, en el cual se demanda a los hijos legítimos del presunto padre natural por haber muerto éste, se invoca como causal la contemplada en el numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es decir, la posesión notoria del estado de hijo natural.

La parte actora presenta seis o más testigos de probidad moral incuestionable, de reconocida solvencia intelectual y de prominente posición social, todos ellos escogidos del seno de la sociedad en que se desarrolló la vida de relación entre el fallecido presunto padre natural y el hijo cuya filiación se trata de acreditar en relación con ese presunto padre.

En las respectivas declaraciones, los ciudadanos citados manifiestan equívocamente, con razones poderosas dignas de todo crédito por parte del más exigente juez, que en realidad el presunto padre natural trató al menor demandante, desde el nacimiento de éste hasta la muerte de aquél, como a un verdadero hijo, proporcionándole lo necesario para su subsistencia, educación y establecimiento, por cuya causa ellos y el vecindario en general, reputaron siempre a dicho menor como hijo de ese presunto padre.

Pero a renglón seguido, los mismos testigos con igual lujo de detalles y dando perfectas razones para sus dichos, afirman que no solo ese menor demandante fue tratado en la forma expresada, sino que lo propio ocurrió también con sus dos hermanitos, el primero de ocho años de edad y de nueve el segundo.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, el menor demandante de quince años de edad, obtiene la declaración judicial en el sentido de que tiene la calidad de hijo natural del fallecido padre natural de los demandados y con tal declaración, todo el cortejo de derechos y deberes jurídicos que tal calidad impone.

Pero no ocurre lo mismo con los menores de ocho y nueve años de edad respectivamente, quienes promovieron juicios separados, pues esta acción no es acumulable.

Estos últimos obtienen fallo desfavorable no obstante militar en favor de ellos dentro de sus respectivos procesos, la misma prueba que sirvió a su hermano de quince años de edad, pues los testigos que depusieron en el juicio seguido por éste, también lo hicieron en el de sus otros dos hermanos.

Como puede verse, este ejemplo de mucha ocurrencia en los medios judiciales encierra indudablemente una tremenda injusticia, a la cual debe buscarse remedio inmediato por nuestros legisladores.

Por qué los menores de ocho y nueve años respectivamente no obtuvieron fallo favorable y en cambio si lo logró el hermano de éstos de quince años de edad, siendo que los tres aportaron a sus respectivos juicios la misma prueba que sirvió al último para conseguir sus fines?

Cuál es la razón de índole jurídica para que semejante situación se presente en los fallos de nuestros jueces y magistrados?

Todo obedece a lo preceptuado por nuestro estatuto de filiación natural en su artículo 7º, en cuanto hace aplicable el artículo 398 del Código Civil a los casos de filiación, preceptos éstos cuyos fundamentos ya comentamos.

**SEGUNDO EJEMPLO:** Muere A dejando tres hijos legítimos. Un menor —B—, de catorce años de edad pretende obtener declaratoria judicial de filiación natural, en el sentido de que es hijo del finado A y para tal fin promueve demanda ante juez competente, alegando la misma causal del ejemplo anterior.

Los señores A y B vivieron en la ciudad de Andes por espacio de ocho años consecutivos, los cuales coinciden con los ocho primeros años de vida del menor B.

Cumplidos esos ocho años, A resuelve ausentarse para Bogotá por razón de negocios, dejando al menor B en Andes, y a los seis años de estar en Bogotá muere.

Dentro del juicio promovido por B contra los herederos legítimos del finado A., se reciben más de seis declaraciones de personas probas moralmente, de reconocida posición social, intelectual y económica, que acreditan de manera eficiente, que durante el tiempo que A y B vivieron en la ciudad de Andes, es decir, durante los primeros ocho años de vida del menor B, el presunto padre de éste o sea A, siempre atendió a las necesidades del menor B proporcionándole la subsistencia, educación y establecimiento, a causa de lo cual los testigos y el vecindario en general siempre tuvieron al menor B como hijo natural del señor A.

Obsérvese bien que los testigos se refieren solo al lapso de ocho años, pues la ausencia del finado señor A más tarde, rompió la solución de continuidad aparente de las relaciones de éste para con su hijo B.

No obstante tener el menor B la edad de catorce años, es decir, los años suficientes para haber obtenido el trato de hijo natural por espacio de diez años como lo ordena la ley, éste no alcanzará a obtener lo que por derecho natural le corresponde y debía corresponderle también por derecho positivo.

TERCER EJEMPLO: Este ejemplo es tomado de la Gaceta Judicial de nuestra H. Corte Suprema de Justicia y ya lo habíamos anunciado.

Para una mayor fidelidad, procedemos a transcribir los pasajes pertinentes del referido fallo: "La Sala considera:

Conforme al artículo 6º de la Ley 45 de 1936: "La posesión notoria de 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 y el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquél tratamiento".

Y el artículo 398 del C. C., de aplicación rigurosa en este caso por lo prevenido en el artículo 7º de la misma Ley 45, agrega: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos".

Ahora bien: En el caso que es materia de este juicio, el menor José Gustavo Morantes, nació el día 1º de mayo de 1939, según lo acredita la partida visible a folio 34 del cuaderno principal; y el Dr. Cote Bautista, su presunto padre, falleció el día once de febrero de 1947 (fl. 38 *ibídem*). De donde resulta que entre las dos fechas, apenas transcurrieron menos de ocho años, por lo que este supuesto trato del padre para el hijo y a virtud del cual los deudos y amigos del doctor Cote Bautista o el vecindario de su domicilio en general pudieron reputarlo como padre natural de José Gustavo, no alcanzó ni pudo alcanzar el término de los diez años "por lo menos" que exige la ley para que la posesión notoria se reciba como prueba del estado civil. Luego al declarar la sentencia aquél estado con base en la referida posesión erró manifiestamente en la apreciación de la prueba y como consecuencia, infringió por indebida aplicación los artículos 1º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936 y 398 del C. C.

Tampoco es procedente mantener el sentido de la decisión del Tribunal con base en ninguna de las otras dos causales....

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este negocio y **confirma** en su lugar la de primer grado, proferida por el juzgado 6º Civil de este mismo Circuito".

Hasta aquí las partes motiva y resolutive de la H. Corte. Ahora veamos las pruebas que obraron en este proceso civil y su análisis respectivo.

Lo que a continuación transcribimos pertenece al análisis juicioso y sereno de las pruebas aportadas al debate, hecho por el Tribunal Superior de Bogotá en el fallo que se analiza: "Los testimonios de Ortega Rangel, Serrano Villamizar y Carmen Rosa Rico, son conducentes a establecer las dos primeras circunstancias preindicadas, o sea, que el doctor Guillermo Cote Bautista proveyó desde la época del embarazo de Ana Rita Morantes y luego después del nacimiento y bautismo del infante Gustavo a las necesidades de crianza y subsistencia de éste, en su calidad de presunto padre natural del mismo.

"Además la testigo Rosa María Ibáñez de Jaimes declara al respecto que conoce desde hace más o menos diez años a Ana Rita Morantes y a su hijo menor Gustavo Morantes, a éste desde cuando tenía unos dos años de edad; vivió con Ana Rita y su hijo en la calle 24 con carrera cuarta de esta ciudad y allí conoció también de vista y comunicación al doctor Guillermo Cote Bautista que iba con frecuencia a visitar a la Morantes y a su hijo, dándole a ella el tratamiento de señora y haciendo con ella vida marital o común; le consta a la declarante que el doctor Cote Bautista le daba el tratamiento de hijo al menor José Gustavo, le obsequiaba dinero y regalos y sufragaba los gastos necesarios de Ana Rita y de su hijo. A la declarante le manifestó también el doctor Guillermo Cote Bautista que el manor José Gustavo era su hijo.

"La testigo María Luisa Calderón de Cardoso conoció trató durante más de veinte años al doctor Guillermo Cote Bautista y a la señorita Morantes Cote, como también conoce al menor José Gustavo desde que tenía pocos meses de nacido; afirma que Ana Rita Morantes y su hijo vivieron en casa de la declarante, a donde concurría frecuentemente el doctor Guillermo Cote Bautista que daba al menor el tratamiento de hijo suyo, aún en presencia de amigos diferentes de la declarante, le hacía regalos y lo sacaba a pasear.

“El Dr. Jorge Lamus Girón, actual magistrado del Consejo de Estado, certifica bajo juramento; “2º—Que lo que sabe con respecto a las relaciones del doctor Guillermo Cote Bautista, quien falleció ya, y la señora Ana Rita Morantes, es que esta última tuvo un hijo cuyo padre es el mencionado doctor Guillermo Cote Bautista, y que corresponde al nombre de Gustavo; que de lo anterior tiene conocimiento desde hace varios años y que es una cosa pública y notoria para la colonia santandereana residente en esta ciudad capital, pues los mencionados Cote Bautista y Morantes son oriundos del Departamento Norte de Santander.

“Fuera de este conjunto de testimonios fidedignos cuyo contenido obra en el proceso, de la lectura de la demanda, del memorial de pruebas de la parte actora en primera instancia (fl. 14), del alegato de conclusión de primera instancia, del libelo de reconstrucción y del auto que la decretó con fecha 30 de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, aparece sin lugar a duda que en el proceso destruido obran ya como pruebas legales que debieran estimarse en este fallo, las declaraciones de Lucrecia Solano de Guisa, Beatriz de Jiménez, Carlos Guillermo Jiménez Medina, Ana Salazar de Foschi, Carmen Ana de Langlade y otros cuyo contenido analiza el precitado alegato de conclusión expresando:

“Pruebas producidas en demostración de los hechos de la demanda. Con la demanda presenté sendas declaraciones extrajudiciales dadas por Lucrecia Solano de Guisa, etc., etc. . . . las que por haber sido ratificadas en el término probatorio y provenir de personas de insospechable moralidad, ofrecen credibilidad absoluta, y conforme a las cuales aparece ampliamente demostrada la paternidad natural que sobre el menor José Gustavo le corresponde al difunto Guillermo Cote Bautista, así como la posesión notoria de que invistió éste durante su vida, de hijo natural suyo al citado menor. . . .”

“En otro aparte del mismo alegato se lee:

“Obran también en autos algunas fotografías en las que aparece el doctor Guillermo Cote Bautista acompañado de mi mandante y por su hijo natural José Gustavo, fotografías que fueron reconocidas por todos y cada uno de los declarantes ‘en forma precisa e inequívoca’, para emplear las propias palabras usadas por el señor juez a quien me dirijo.

“Todos estos datos probados en el incidente de reconstrucción conducen en sana lógica jurídica a presumir judicialmente que dentro del juicio destruido la parte actora tenía suficientemente acredi-

tada la posesión notoria de hijo natural del menor José Gustavo Morantes Cote con respecto al doctor Guillermo Cote Bautista, ya fallecido, y que sería injusto desconocerle a este nuevo proceso esa situación favorable y legítimamente adquirida dentro del juicio, por simple efecto de un hecho o suceso completamente ajeno y a la actividad y voluntariedad de dicha parte”.

Como puede observarse de las transcripciones hechas, todas ellas tomadas de un interesante fallo de la H. Corte Suprema de Justicia como ya se dijo, la prueba arrojada al juicio de que se trata allí (Gaceta Judicial - Tomo LXXII - Nos. 2116 y 2117 - págs. 517 y s. s.), en que el señor José Gustavo Morantes pretendía hacerse declarar judicialmente hijo natural del doctor Guillermo Cote Bautista, es insuperable.

Obran allí testimonios de altas personalidades como por ejemplo, la certificación jurada del doctor Jorge Lamus Girón, consejero de estado en esa oportunidad y damas prestantes de la sociedad nortesantandereana como también de algunos distinguidos caballeros de esa misma tierra.

Además, las fotografías en que aparecen el doctor Cote Bautista, el menor José Gustavo Morantes y la madre de éste, todas ellas reconocidas por los testigos mencionados, constituyen también motivo de fundada presunción que unida al resto de las pruebas ya analizadas, dan la certeza jurídica y por qué no decirlo, moral también de que el menor José Gustavo Morantes es hijo natural del finado doctor Guillermo Cote Bautista.

Cómo es posible, nos volvemos a preguntar, que la ley obligue a nuestros jueces y magistrados a sancionar con sus augustas firmas semejantes injusticias?

Los ejemplos puestos podrían aparecer como casuísticos y por ello ser tachados de ineptos para probar el aserto de que las disposiciones que criticamos encierran una grave injusticia consagrada legalmente.

Pero ello no es así. Nuestra experiencia como juez civil de circuito por el espacio de tres años, nos está gritando diariamente que esa injusticia merece remediarse en bien de la misma sociedad de la moral y de la justicia.

La prueba de que tales ejemplos no son casuísticos la está dando el mínimo porcentaje, casi nulo podríamos decir del éxito de las acciones de investigación de la paternidad natural, no obstante la existencia de las pruebas analizadas en los ejemplos propuestos.



Si quisieramos traer a este trabajo más ejemplos que como los primeros, ilustren el fondo del problema, a fe que nos sobrarían. Pero creemos haber esbozado nuestros conceptos al respecto en los casos propuestos.

No obstante queremos hacer la siguiente reflexión al Jurado de Tesis: Cuántas criaturas nacidas dentro de la institución privilegiada del matrimonio, son abandonadas por sus padres legítimos antes de cumplir los diez años de edad, o a la inversa, ellas abandonan el hogar, sin que lógicamente, se quiebre la relación legítima de parentesco cuando uno de los dos hechos ocurre?

La respuesta tiene que ser muy afirmativa en el sentido de que los casos son muchos y muy alarmantes.

Pierden por ventura, los niños que se encuentran en esa situación, la calidad de hijos legítimos del padre que los abandonó o al cual abandonaron?

Ciertamente no la pierden. Todo el mundo sigue hablando del hijo del señor X o del señor Z, no obstante esa desvinculación total.

Entonces, por qué, se presenta el caso de nuestro segundo ejemplo, es decir, si existe prueba inequívoca y de aceptación legal para demostrar judicialmente que durante ocho años, o menos si se quiere, el presunto padre trató al hijo natural como hijo suyo, en la forma prevenida por el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, y luego ese presunto padre se aleja del lugar donde ocurrió ese trato o lo hace el hijo, quebrándose así la continuidad del mismo, por qué repetimos, la ley considera que ese trato inicial como padre, deja de tener fuerza legal y moral ante nuestros jefes y magistrados?

No se podría llegar al absurdo de afirmar que fue hijo durante los ocho años en que el padre o presunto padre lo trató como tal y después dejó de serlo por el abandono expresado. Si fue hijo durante esos primeros años, lo seguirá siendo siempre.

Francamente, ninguna razón de orden jurídico poderosa se vislumbra siquiera para sustentar tal tesis, denegatoria de elementales derechos naturales.

#### OTRA RAZON DE INDOLE JURIDICA

Pero algo más. Existe otra razón poderosa a nuestro parecer para propiciar la derogatoria del artículo 7º de la Ley 45 de 1936 en cuanto se remite al artículo 398 del Código Civil, para hacerlo aplicable de manera perentoria a los casos de filiación.

En efecto, la naturaleza de la sentencia que provee sobre la in-

vestigación de la paternidad natural, es de carácter declarativo. En esto están de acuerdo ilustres tratadistas de derecho, entre otros Beudant cuando expresa: "Ella no hace sino constatar una situación anterior. Por lo tanto es esta situación misma la que desde que está por sí legalmente establecida puede producir efectos".

Igual criterio tienen nuestros ilustres expositores de derecho doctores Carrizosa Pardo y Juan Francisco Mújica; de éste último es la siguiente frase: "La acción de investigación de la maternidad o paternidad natural es declarativa porque su objeto lo forma la relación jurídica de la filiación, la cual no se constituye por su reconocimiento, sino que brota del hecho fisiológico de la generación".

Es evidente que el carácter de las sentencias citadas es declarativo, toda vez que ellas vienen a poner a flote, o mejor dicho, a dar a la publicidad una relación que existía naturalmente por el hecho biológico del nacimiento, antecedido por la concepción como es de rigurosa lógica.

El hecho de que un juez diga en la sentencia respectiva, que en vista de que la prueba aportada al juicio en que se ventiló la paternidad natural de determinada persona, es apta para que el fallo se produzca en sentido afirmativo, es decir, declarando al hijo natural, hijo de determinado individuo, no quiere decir que desde ese momento es hijo y que antes no lo era.

En absoluto; esa sentencia, repetimos, tiene alcances declarativos y sostener lo anterior sería sencillamente absurdo, máxime si se tiene en cuenta que no puede existir ser humano alguno sin un progenitor.

Cómo es posible imaginar siquiera que una persona es hija de otra a los diez, once o más años, porque así lo declara una sentencia judicial y que por el contrario no lo era antes de pronunciarse esa sentencia? De quién era hijo mientras esa sentencia no se había dictado?

Sentencia declarativa es aquella que se limita exclusivamente al reconocimiento judicial de la existencia de una relación de derecho o de su inexistencia, según el caso.

Encaja entonces en esta definición el carácter de la sentencia destinada a desatar la litis trabada para acreditar judicialmente la paternidad natural.

No obstante, muchos tratadistas han considerado que la sentencia que pone fin a tales litigios, es de carácter constitutivo.

Aunque diferimos de tal consideración, por cuanto creemos firmemente que la principal característica de tal providencia es la de ser declarativa, no dejamos de aceptar parcialmente el anterior con-

cepto, toda vez que la providencia cuya naturaleza se estudia no solamente declara una relación jurídica que existía naturalmente, sino que a virtud de tal ocurrencia, viene a modificar de manera sustancial una situación jurídica existente al tiempo de producirse la providencia.

Por ejemplo, la estructura jurídico-patrimonial existente al momento de declararse judicialmente la filiación natural de una persona, sufre modificaciones de interés superior, tanto para la familia legítima del padre natural como para el hijo natural, en virtud de lo estatuido por los artículos 18, 19, 20, 21 y demás pertinentes de la Ley 45 de 1936.

Pero lo último viene a ser una consecuencia de la declaración de paternidad natural, lo que viene a poner de presente una vez más el carácter declarativo de la providencia cuya naturaleza estudiamos.

Lo anterior nos está diciendo, cómo es de aventurado sostener la vigencia del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, en relación con el 398 del Código Civil, ya que la oportunidad para acreditar la calidad de hijo natural respecto de otra persona, no tiene más edad ni limitación de tiempo que, como mínimo, la edad del hijo natural.

No obstante, como pudimos expresarlo en nuestros ejemplos, tampoco la edad del hijo debe ser la base de esa posesión notoria como prueba del estado civil.

Pero expresamos que la oportunidad para acreditar la calidad de hijo natural mediante la posesión notoria, no tiene más edad ni limitación de tiempo que, como mínimo, la edad del hijo, solo para señalar la tremenda injusticia en que incurrieron nuestros legisladores al negar el proyecto primitivo en su artículo 7º, que decía: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba, debe haber durado diez años continuos, salvo que, tratándose de filiación, sea legítima o natural, el hijo no haya llegado a esa edad, en cuyo caso se referirá a la que tenga".

Es que la existencia legal de las personas está nítidamente definida por nuestro Código Civil en su artículo 90 que así dice: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre".

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás".

De haber aprobado el artículo original del proyecto del doctor Valbuena, la ley no aparecería tan notoriamente injusta como aparece

(volver los ojos al ejemplo del caso del doctor Cote Bautista), aunque tampoco hubiera sido lo suficientemente justa para merecer la aceptación sin reservas, por parte de los estudiosos del derecho (volver los ojos al ejemplo segundo de este trabajo).

Las razones expuestas hasta aquí, nos llevan a la conclusión inequívoca de que debe consagrarse en nuestro Estatuto de los Hijos Naturales, una completa libertad probatoria para acreditar judicialmente la posesión notoria del estado de hijo natural.

Esta idea se encuentra reforzada por la casi ecuménica preocupación de las legislaciones modernas, de establecer la libertad probatoria para estos casos, lo mismo que implantar legalmente la igualdad de derechos para los hijos naturales cuando concurren en la sucesión de su padre con los hijos legítimos del mismo.

Pero este último tópico, el de la igualdad de derechos, no es materia de este trabajo, el cual se encuentra limitado por el escaso tiempo de que disponemos para presentarlo a la consideración del Jurado, por razones de índole personalísima.

Nos dedicaremos exclusivamente como lo hemos venido haciendo, al tema de la libertad probatoria para los juicios de filiación natural, en cuanto toca con la posesión notoria del estado de hijo natural.

Al expresar nosotros que debe existir una completa libertad probatoria, se entiende naturalmente que esa libertad no es absoluta, sino que tiene como muro de contención el criterio jurídico predominante en nuestro sistema probatorio.

En efecto, se caracteriza el sistema probatorio colombiano por la fijación de una tarifa legal de pruebas a la cual debe acudir todo litigante para probar los hechos y actos jurídicos alegados en juicio, si bien es cierto que tales medios probatorios pueden ser combinados entre sí para tal fin. Por la valoración predeterminada de cada medio probatorio, no obstante tener el juez en algunos casos la facultad de apreciar hasta donde llega su valor de convicción. Y por la ritualidad procesal a que está sometida la producción de cada prueba en el proceso.

No parece que existieran hechos o actos jurídicos que no sean posibles de probar por la tarifa legal vigente entre nosotros. Tales medios de prueba conducen por sí solos o combinados, a la prueba completa, que es aquella que de por sí es lo suficientemente apta para dar por sentada la verdad de un hecho o de un acto jurídico.

Ahora bien, como regla general de nuestro sistema probatorio existe, la de que a las partes o litigantes les corresponda la elección

de los medios de prueba que ellos consideren más eficaces y conducentes a probar lo que pretenden, salvo que la ley disponga otra cosa.

Al respecto conviene transcribir aquí una jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia que dice: "Sea pues, por el concepto positivo, pruebas establecidas por la ley para comprobar un hecho, sea por el concepto negativo, pruebas no admisibles para demostrar un hecho, el legislador **ha establecido un criterio taxativo** en esta materia, de modo que cuando no existe ni el extremo positivo ni el negativo, rige la regla general, o sea que dentro de **la tarifa legal de pruebas** pueden las partes presentar las que crean pertinentes a la defensa de sus derechos y demostración de sus pretensiones". (G. J. número 1900, fallo de agosto 21 de 1935, págs. 375 y s. s.).

Si probar es lograr el convencimiento del juez y si el resultado de toda buena prueba es la convicción, como tan autorizadamente lo sostiene el profesor Antonio Rocha, eminente jurista nacional recientemente designado para formar parte de la H. Corte Suprema de Justicia, nada impide que cuando el juez se halla jurídicamente convencido de un hecho jurídico como lo es el parentesco natural entre un hijo y su padre, así lo declare, teniendo en cuenta que el fallo debe responder a una plena convicción, producida ésta por pruebas conducentes y eficaces para demostrar ese hecho; que tales pruebas estén comprendidas en alguno o algunos de los ocho medios de prueba que rigen entre nosotros y que se hayan producido dentro del juicio con las ritualidades prescritas por la ley, que son de orden público.

Este es nuestro concepto de completa libertad probatoria de que hablamos arriba, que unido a los principios de la sana crítica que deben asistir al juez para apreciar las pruebas, debe regir para demostrar el estado de posesión notoria de hijo, sea éste legítimo o natural.

Algunos tratadistas se han orientado por una especie de combinación de la libertad probatoria con otros elementos especiales, como por ejemplo, con un principio de prueba por escrito.

No creemos conveniente tal sistema. Cuando existe una prueba testimonial apta para declarar la filiación natural, de conformidad con la ley 45 de 1936, y a la vez existe en el proceso una prueba escrita incompleta, o sea, un principio de prueba por escrito, ello quiere decir que en esta última encuentra el fallador una confirmación más de la convicción a que lo llevó la prueba testimonial.

Y si la prueba testimonial a pesar de ser buena no es lo suficientemente apta por sí sola para llevar al criterio del juez el pleno convencimiento de esa filiación, y se encuentran en el proceso otros me-

dios probatorios incompletos, como un principio de prueba por escrito —por ejemplo—, que unidos a la prueba testimonial llevan al juez el pleno convencimiento que exige la ley para los fallos, entonces quiere decir que el sistema de la libertad probatoria ha surtido sus benéficos efectos mediante la combinación de medios de pruebas, todos ellos conocidos en nuestra tarifa legal probatoria.

En este orden de ideas, debe reformarse el estatuto de los hijos Naturales en el sentido de establecer la libertad probatoria para demostrar la filiación, como lo expresamos antes; y aunque nos parece redundante, bien podría agregarse al artículo respectivo un inciso en que se encareciera al juez, aplicación estricta de los principios de la sana crítica con tanto o más celo que en los demás litigios.

El fundamento de nuestras ideas al respecto, estriba en que es natural apenas, y así ocurre y debe ocurrir en todos los campos del derecho, que aquellas personas a quienes la ley les concede algún derecho, tengan al propio tiempo la posibilidad de probarlo para hacerlo efectivo.

De lo contrario, la consagración de ese derecho se hace completamente inútil, y en veces, cuando su desconocimiento por carencia de posibilidad probatoria vulnera delicados intereses sociales, se convierte en una verdadera fuente de infamias que a la postre podría generar graves consecuencias de trascendencia imprevisible.

Es lo que ocurre en la actualidad con aquellos hijos naturales menores de diez años a la muerte de su presunto progenitor, que aunque como en el caso del menor José Gustavo Morantes (tercer ejemplo) puedan llevar a los autos prueba inequívoca del trato recibido por su padre, en la forma prevenida por el artículo 6º de la ley 45 de 1936, no alcanza la efectividad de sus impostergables derechos, a causa de la misma ley que los concedió.

Es lo que ocurre también con aquellos hijos naturales que, como los del ejemplo segundo, a pesar de tener una edad superior a diez años, al acaecer la muerte del padre natural, no pueden acreditar por espacio de esos diez años la posesión notoria, por las circunstancias expresadas en el citado ejemplo.

Sostener semejante situación significa en rigurosa lógica jurídica, mantener una imposibilidad probatoria a todas luces aberrante.

Por todo lo anterior propugnamos por la derogatoria del artículo 7º de la ley 45 de 1936, en cuanto se remite al 398 del Código Civil, implantando, en la forma expresada en este trabajo la libertad probatoria para la exposición notoria del estado de hijo natural, sin li-

mitación de tiempo ninguno en cuanto a duración, lo que naturalmente se haría extensivo a los casos de filiación legítima.

Necesidad de una prescripción de corto tiempo para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural después de muerto el presunto padre natural. Razones para la creación de un texto legal en tal sentido.

En la actualidad la Ley 45 de 1936 consagra un ejercicio de la acción de filiación natural, ilimitado en el tiempo.

En este punto se separó de la Ley francesa de 1912, su fuente de inspiración, dejando así un vacío considerado con razón como un tremendo error legislativo, dada la prolongación de la incertidumbre de los bienes del presunto padre después de su muerte, que prácticamente pone a sus herederos en dificultad para contrarrestar pruebas en caso de litigio, por la lejanía de ellas en el tiempo.

Más sabia la Ley francesa en este aspecto, consideró que la acción para investigar la paternidad natural debía tener un corto plazo, pero no instituyó esa especie de prescripción que Josserand llamó una simple decadencia, para después de la muerte del padre sino para todo tiempo, distinguiendo desde luego los casos en que la prescripción afecta a la madre o al tutor dativo y aquéllos en que afecta directamente al hijo natural, lo cual no podría ser de otra manera si tenemos en cuenta que la orientación moderna del derecho tiende cada vez más a la protección de los incapaces.

Veamos primero cuál es la situación en Francia, más concretamente, lo preceptuado por la ley de 16 de Noviembre de 1912 de aquella Nación, que como ya dijimos sirvió de fuente de inspiración a nuestro estatuto de 1936.

En Francia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 340 del Código Civil, la madre o el curador dativo del hijo natural, tienen un plazo de dos años a partir del parto para hacer uso de la acción tendiente a obtener la declaración de paternidad natural.

Ese término bastante corto por cierto, se ve modificado por circunstancias especiales que lo suspenden, como ocurre por ejemplo cuando ha existido concubinato notorio o cuando el presunto padre natural ha proporcionado la subsistencia y educación del hijo natural.

En el primer caso la prescripción de corto tiempo empieza a correr solamente cuando el concubinato ha cesado y en el segundo, cuando el presunto padre ha cesado de mantener y educar al hijo natural.

Tratadistas y magistrados franceses han encontrado explicación a esta especie de suspensión de la prescripción, en el hecho de la persistencia de las relaciones sexuales y en el cumplimiento de los deberes del padre para con su hijo.

El último inciso del artículo 340 del Código Civil francés, consagra la regla general de derecho de la suspensión de la prescripción en favor de los incapaces.

En realidad, en Francia cuando la acción tendiente a obtener la declaratoria de paternidad natural no se ha intentado durante la menor edad del hijo natural, éste tiene derecho a ejercitarla hasta un año después de llegar a la mayoría de edad.

Al explicar las razones de orden jurídico que asistieron a los legisladores franceses para estatuir tales prescripciones para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural, Josserand expone: "La Ley ha incluido la acción de investigación de la paternidad natural en plazos bastante breves; es urgente terminar con un problema irritante y evitar un retraso malicioso, con fines ilícitos, tanto más temibles cuanto las pruebas son menos seguras a medida que se borran en la lejanía. En semejante materia es preciso obrar de prisa y a golpe seguro".

En el anterior párrafo del ilustre expositor francés se nota la dificultad con que se abrió paso hacia la realidad, la causa de los hijos naturales.

Llamar problema irritante precisamente en desprecio del ser inocente, el problema de los hijos naturales, es tanto como apoyar al causante de una situación social y jurídicamente aberrante, que no es otro que el padre natural.

Pues bien, entre nosotros, nuestros legisladores se olvidaron de introducir en la Ley 45 de 1936, normas que limitaran en el tiempo la acción de investigación de la paternidad natural, lo que desde luego ha causado serios problemas como pasamos a verlo.

Nuestro estatuto, que se preocupó demasiado en restringir la prueba para la investigación de la paternidad natural, fue interpretado en un principio —hasta el año de 1945— en el sentido de que la muerte del padre o presunto padre natural constituía el único límite en el tiempo para intentar la acción de investigación de paternidad natural.

Por espacio de diez años se sostuvo esa tesis, con base en lo dispuesto en los artículos 403 y 404 del Código Civil que así dicen:

Artículo 403: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad

es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo”.

“Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad”.

Artículo 404: “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”.

Tales disposiciones son de rigurosa aplicación en los juicios de filiación natural por mandato expreso del artículo 7º de la ley 45 de 1936”.

El último inciso del artículo 403 transcrito “...siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad” ...constituyó el principal caballo de batalla de nuestros jueces y magistrados, para sustentar la tesis de que la acción de investigación de la paternidad natural se extinguía con la muerte del padre.

Tan claros preceptos hicieron creer a nuestros falladores que era absurdo entrar a interpretar el sentido de ellos, mediante las complicadas reglas de la hermenéutica.

En juicios de esta naturaleza solo es legítimo contradictor el padre contra el hijo y el hijo contra el padre y si el padre no interviene en los juicios en que se ventile la paternidad natural, tal circunstancia acarrea la nulidad del proceso, era lo que se sostenía en nuestro más alto Tribunal de Justicia hasta el año de 1945.

La vigencia de esta tesis por tanto tiempo, dio al traste con multitud de juicios intaurados después de muerto el padre, juicios en los cuales la prueba podía ser magnífica, insuperable, pero siempre se resolvía el negocio en la declaratoria fría y sistemática de la ilegitimidad de personería como excepción.

La H. Corte Suprema de Justicia no obstante compartir la tesis general de derecho sobre la “legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia”, creyó no vulnerar tal criterio sosteniendo a la vez, que la Ley 45 de 1936 en su artículo 7º, al remitir a los artículos 403 y 404 del Código Civil, habría consagrado una verdadera excepción al principio de la legitimidad de personería en quien tenga un interés jurídico en la materia.

Tales artículos, se decía por nuestra H. Corte, estatuyen que solo es contradictor legítimo el padre contra el hijo y el hijo contra el pa-

dre, sus herederos lo representan como contradictor legítimo únicamente cuando ha fallecido antes de pronunciarse la sentencia.

Esta última parte debe entenderse naturalmente, en el sentido de que la muerte del presunto padre natural ocurriera después de promovida la acción de investigación de la paternidad natural, pero sin que se hubiese dictado el respectivo fallo.

También se dijo por la H. Corte antes de la revaluación de la tesis comentada, que de conformidad con el Artículo 402 del Código Civil, que así dice: “Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario:

1º—Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

2º—Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor.

3.—Que no haya habido colusión en el juicio”, es necesario que la sentencia se haya dictado contra legítimo contradictor para que surta los efectos previstos en el artículo 401 del mismo Código, es decir, efectos erga omnes, efectos contra toda persona de manera obligatoria, lo cual debía ser característica esencial de esta clase de fallos.

El Doctor Alberto Zuleta Angel, eminente jurista colombiano, también recientemente designado para ocupar un puesto en la H. Corte Suprema de Justicia, al presentarse la polémica sobre si después de muerto el padre cabía la acción de investigación sobre paternidad natural, sostuvo que “en todos los juicios que se refieren a la paternidad deberá intervenir forzosamente el padre si vive, y si este ha muerto, sus herederos”.

Para sustentar la anterior tesis, el eminente jurista citado manifiesta: “Siendo los sucesores a título universal continuadores de la persona del **de cuius**, aquéllos sustituyen completamente a éste tanto desde el punto de vista pasivo como desde el punto de vista activo, de suerte que todos los derechos, bienes, obligaciones y cargas del **de cuius** pasan en principio a sus sucesores, pues la sucesión no es sino una trasmisión de todos los bienes y cargas, salvo de aquéllos que por disposición de la ley o por la convención se extingan con la muerte del **de cuius**”.

Al estudiar la anterior tesis del Dr. Zuleta Angel, la H. Corte encontró de nuevo la misma razón para desechar la acción de investigación de paternidad natural después de muerto el padre: los artículos 401 a 404 del Código Civil consagran una excepción a la regla general expuesta.

Esta era la doctrina vigente antes del primero de octubre de 1945, cuyas funestas consecuencias analizaremos más adelante.

La anterior tesis fue revaluada a partir de la fecha indicada arriba por nuestro más alto Tribunal de Justicia, con argumentaciones de irrefragable solidez jurídica, impregnadas además de una mayor lógica frente a los derechos que el estatuto de 1936 concede a los hijos naturales.

En primer lugar se observará que el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 remite entre otros, a los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil, pasando por alto el 402 de la misma obra.

La ausencia de esta disposición, o mejor, la inaplicabilidad de ella a los casos de filiación natural según se estimaba, reforzaba los argumentos de quienes sostuvieron por largo tiempo la tesis de la extinción de la acción de investigación de la paternidad natural después de muerto el padre.

Pero con una mayor lógica jurídica y con una más acorde interpretación del conjunto de los citados artículos de nuestro Código Civil, la H. Corte Suprema llegó a la conclusión de que el artículo 402 del Código Civil no se puede desligar de los otros textos citados, por lo cual, al aplicar éstos es de rigurosa aplicación aquél.

En realidad, parece de más aceptación esta tesis, toda vez que los mencionados artículos escalonan una serie de consecuencias que no se darían por separado.

El artículo 401 del Código Civil establece el alcance jurídico de los efectos del fallo que declara "verdadera o falsa" la calidad de hijo (natural en nuestro caso), previniendo que no solo vale contra las personas que intervinieran en el juicio sino respecto de todos, es decir, erga omnes.

Ahora bien, para que tales efectos se produzcan en los fallos citados, el artículo 402 del mismo Código exige algunos requisitos entre los cuales está el de que tales fallos se hayan pronunciado contra legítimo contradictor (numeral 2º del citado artículo).

Analizando conjuntamente estos dos preceptos, como es de rigor hacerlo, tenemos sencillamente que si el fallo obtenido en el juicio de filiación natural no fue con audiencia del contradictor legítimo (artículo 403 Código Civil), los efectos de ese fallo son relativos en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 del Código Civil que así dice: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es por lo tanto prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".

El artículo 403 señala el legítimo contradictor y el 404 provee acerca de la representación del contradictor legítimo por sus herederos,

cuando su muerte ocurra después de presentada la demanda y antes de producirse el fallo.

Es evidente que la revaluación de la tesis anterior se basa en argumentos de mayor juridicidad, que unidos a otras razones de orden práctico, salvaron el espíritu de la Ley de los Hijos Naturales.

Pero hay algo más. Se sostuvo la tesis de que la muerte del padre extinguía la acción de investigación de la paternidad natural, como si el titular del derecho fuera el padre fallecido.

No es de recibo legal semejante tesis, que acarrea ingentes perjuicios precisamente a quien no se debe el insuceso que configura la extinción de la acción.

Lo auténticamente jurídico es, que mientras viva el hijo viva con él su derecho a accionar ante juzgados y tribunales para alcanzar la declaratoria de paternidad natural, pues ese derecho lo tiene el hijo con independencia de toda otra consideración externa, es decir, lo que jurídicamente se denomina un derecho *per sé*.

Pero no solamente argumentos de orden moral y social indujeron a la H. Corte a reevaluar la tesis anterior al 1º de octubre de 1945, sino que con gran sentido práctico y lógica contundente aquella corporación expuso en fallo del 1º de octubre de 1945 lo que sigue: "Además, este no puede entenderse simplemente como estado desde el punto de vista familiar o social o moral, sino también desde el punto de vista patrimonial. Y sería un contrasentido dar por extinta la aludida acción con la muerte del padre, la que señala el momento de la apertura de su sucesión según el artículo 1012 del C. C., y determina la vocación, al llamamiento de que habla el artículo 1013 *ibidem*...".

Y naturalmente, revaluada la tesis de la extinción de la acción de investigación de la paternidad natural con la muerte del padre, surge inmediatamente la operancia del artículo 1155 del Código Civil, para hacer responsables a los herederos de éste, quienes en consecuencia pueden ser demandados por el hijo natural o quien lo represente legalmente, para ventilar ante juez competente la paternidad natural del *de cujus* en relación con ese hijo natural.

Hace poco, la prensa capitalina dio suscitadamente algunas noticias acerca de las actividades de las comisiones reformadoras de los códigos y allí se podía leer que la tendencia reformista pretende volver a la tesis del legítimo contradictor, o lo que es lo mismo, que muerto el padre se extingue la acción de la paternidad natural.

Por eso creemos oportuno exponer algunas ideas acerca de las consecuencias funestas que acarrearía tal retroceso, distintas de las inconsecuencias de orden jurídico anotadas atrás.

## LO QUE OCURRIRIA EN EL ORDEN PATRIMONIAL

Ya anotamos arriba una frase precisa de la H. Corte que expone la idea de que sería aberrante por decir lo menos, que al momento de abrirse la sucesión del presunto padre natural, se extinga la acción de investigación de la paternidad natural, desconociendo así la importancia del aspecto patrimonial del estado civil.

Dos importantes preguntas surgirían en caso de que la tesis del legítimo contradictor volviera a tener vigencia.

Ganaría algo el hijo natural obteniendo la declaratoria judicial de su estado civil en vida del padre?

Cuál sería la relación patrimonial resultante de tal declaratoria en vida del padre?

Supongamos que se intente la acción en vida del padre natural y que la prueba allegada al debate judicial sea lo suficientemente apta para alcanzar la declaratoria de hijo natural mediante sentencia judicial. Desde ese momento el hijo adquiere todos los derechos y contrae todas las obligaciones que la ley le concede y le impone.

Pero una cosa es tener ciertos derechos latentes, digámoslo así, como los que le conceden a los hijos naturales los artículos 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley 45 de 1936 y otra cosa distinta es, lograr la efectividad de tales derechos en la oportunidad legal.

Sabemos que uno de los principales atributos de la personalidad humana es el patrimonio.

El concepto clásico del patrimonio consiste en considerarlo como una universalidad jurídica diferente e independiente de los elementos que la forman e inherente a la propia personalidad humana.

Toda persona tiene un patrimonio mientras exista y no se puede desprender de él de conformidad con la teoría clásica mientras viva.

Por patrimonio se entiende el conjunto de derechos y obligaciones de carácter patrimonial que posee una persona, convertibles en dinero.

De la anterior definición surgen los conceptos del activo del patrimonio y del pasivo del mismo, pero no es el caso ahondar en tales materias, pues nuestro interés al tratar este tópico es otro naturalmente.

El activo del patrimonio que sería el que vendría a interesar económicamente al hijo natural declarado tal, como a todo heredero, se compone de los derechos que posee una persona convertibles en dinero.

Tales derechos pueden ser reales (jus in re) o personales o créditos (jus ad rem).

También es evidente, que el principal de los derechos reales de que puede ser titular una persona, es el de dominio, que es un derecho natural, exterior y superior a la naturaleza humana e independiente de la voluntad del legislador.

Tal derecho de dominio o propiedad conlleva la idea de facultad o poder moral de los seres dotados de inteligencia y voluntad como el hombre, para disponer libremente de los bienes que le pertenecen.

A este concepto del derecho de propiedad queríamos llegar precisamente, pues él ha de servir a nuestro criterio acerca de la inconveniencia de volver a la teoría del legítimo contradictor.

El concepto moderno del derecho de propiedad ha socavado notoriamente el absolutismo jurídico que al respecto existía, pero no hasta el punto de quitar al titular de él, la exclusividad que le es inherente y que le permite usar y disponer de sus bienes sin contar con nadie para ello y ejercitar las acciones que consagra la ley para su conservación, recuperación, etc.

Nuestro Código Civil define el derecho de dominio en su artículo 669 que así dice: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente no siendo contra la ley o derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad".

Nótese en esta definición de nuestro Código Civil el concepto absolutista del dominio o propiedad, que ciertamente difiere bastante del concepto de función social que le imprimió la reforma constitucional de 1936.

Los tributos en que se puede descomponer el derecho de propiedad son tradicionalmente conocidos: JUS UTENDI, JUS FRUENDI y JUS ABUTENDI.

Pues bien, para nuestros fines solo interesa uno de los atributos en que se descompone el derecho de propiedad: el JUS ABUTENDI.

Consiste tal atributo en la facultad que tiene el titular del derecho de disponer de la cosa, bien sea para consumirla, transformarla, enajenarla, etc.

Esto en cuanto a derechos reales sobre cosas corporales bien sean ellas muebles o inmuebles.

Pero la facultad de disposición de que goza el titular de un derecho personal o crédito considerado como un sub-tipo de dominio, aun-

que más limitada por la naturaleza misma de estos derechos integrantes del patrimonio, también le permite desprenderse en vida de ellos sin que nadie pueda impedirselo comúnmente.

Todos los derechos y obligaciones que encierra el concepto de patrimonio, radican en cabeza de su propietario, mientras viva naturalmente.

Entonces debemos temer fundadamente que los derechos patrimoniales del hijo natural declarado tal mediante sentencia judicial en vida de su padre, se hagan ilusorios al llegar el tiempo u oportunidad legal para hacerlos efectivos.

En realidad, quién puede oponerse a que el padre natural enajene antes de morir sus bienes, de manera paulatina si se quiere, y cuando sienta cerca la hora definitiva o antes si así lo quiere, disponer libremente también de ese dinero efectivo producto de aquellas ventas, en beneficio exclusivo de sus herederos procedentes de matrimonio?

Muchos son los medios que el ingenio humano se crea para desconocer claros derechos legal o contractualmente consagrados y por esa gama de ingeniosos artilugios, el hijo natural vendría a quedar burlado en sus más urgentes necesidades.

Las simulaciones se vendrían como por arte de magia, en número igual a cuantos bienes pudieran beneficiar en su calidad de heredero al hijo natural. y ya sabemos cuán expedito es este recurso en estas sociedades modernas en donde casi que podríamos decir, que la norma general es la mala fe y la buena fe la excepción.

No otra cosa se puede esperar de quien quiso negar ante la justicia y ante los hombres su calidad de padre natural respecto de determinado hijo, y quien seguramente continuará negando tal calidad a su cónyuge e hijos legítimos, para evitar problemas conyugales de incalculable gravedad, dada la idiosincrasia de nuestro pueblo.

Y cuántos no serán los esfuerzos desplegados por esa familia legítima para que el padre natural demuestre esa negativa, no precisamente por la importancia moral del asunto cuanto por su trascendencia económica, poniendo a buen recaudo sus bienes para que solo la beneficien a ella?

Y conste que en nuestro medio es de común ocurrencia disponer del buen nombre y de la fama de los jueces y magistrados cuando se pierden los pleitos, máxime en este caso en que a más del aspecto patrimonial va envuelto un aspecto moral de honda trascendencia social.

Reiteramos pues nuestro concepto acerca de la poca o ninguna trascendencia económica de la declaratoria de hijo natural en vida del padre, quien es dueño de sus bienes mientras viva, pudiendo hacer de ellos lo que a bien tenga, estando solo obligado a respetar preceptos legales de conveniencia pública y el derecho de los demás asociados, que le sirve como límite a su propio derecho.

Sólo al morir deja el padre de ser dueño de los bienes que en vida tenía como tal. En tal oportunidad se abre la sucesión de ese difunto padre, ofreciéndose entonces a los herederos o sucesores dos títulos para obtener el dominio de los bienes del de cujus: La ley y el testamento.

Cuando esa oportunidad se presente, el hijo natural bien puede haber sido burlado intencional y deliberadamente por quien le discutí su estado civil ante la justicia de manera obstinada y tenaz.

Y se cae de su peso, que quien afronta ante la justicia la litis correspondiente o a que da origen la acción de investigación de la paternidad natural, es porque no está dispuesto a conceder voluntariamente lo que por ley corresponde a quien es declarado su hijo natural.

Todo esto aparece más lógico si nos detenemos a pensar que ese hijo natural ya reconocido, solo tiene como heredero, una mera expectativa para hacerse dueño de lo que la ley o el testamento le asigne. De tal suerte que solo la muerte del padre viene a permitir la conversión de esa expectativa en un auténtico derecho.

De tal suerte, que de volver a la vigencia de la tesis del contradictor legítimo, o lo que es lo mismo, volver a consagrar legítimamente la extinción de la acción de paternidad natural con la muerte del padre, equivaldría a aceptar\* que el heredero natural solo alcanzara la efectividad de irrisorios derechos que le harían recordar la época oscura en que legisladores y jueces lo despreciaban.

Así, el hijo natural tendría derecho a los alimentos congruos de que habla el artículo 25 de la Ley 45 de 1936 y como una ofensa más a su condición discutida, tendría igualmente derecho al beneficio que consagra el artículo 26 de la misma ley.

#### NECESIDAD DE LEGISLACION POSITIVA AL RESPECTO

En presencia de tales peligros para los hijos naturales los cuales se encuentran latentes en toda jurisprudencia, que hoy es y mañana no, creemos necesario y conveniente que nuestros legisladores pro-



vean sobre el tema, de manera clara e inequívoca como compete a toda sabia legislación.

Que el estatuto de los hijos naturales sea adicionado con una disposición expresa que consagre la acción de investigación de la paternidad después de muerto el padre, como lo pensamos nosotros, es decir, de una prescripción de corto tiempo para el ejercicio de dicha acción.

Es que nosotros consideramos inseparables estos dos aspectos del problema de los hijos naturales y la conjugación de ellos en la forma expuesta antes, resultaría a no dudarlo, de incalculables beneficios para todos: hijo natural, familia legítima del padre natural, justicia y sociedad en general.

### DE LA PRESCRIPCION DE CORTO TIEMPO

Como habíamos dicho en un principio, la Ley 45 de 1936 no avocó el problema de la extensión de la acción de investigación de la paternidad natural en el tiempo.

La facultad de ejercitar esa acción quedó ilimitada en nuestro estatuto, apartándose así nuestros legisladores del severo criterio empleado para su elaboración.

Es evidente que un precepto como el que rige en la nación francesa o por lo menos informado en su mismo espíritu, se hace de imperiosa necesidad entre nosotros, lo cual constituiría un serio paso hacia la salvación de la Ley 45 de 1936, que a pesar de todas sus bondades y a pesar de existir en países como Bélgica, Francia, Italia y otros, legislaciones más avanzadas o por lo menos semejantes, tiene sus enemigos soterrados que solo esperan la oportunidad para desvirtuarla esencialmente.

La finalidad jurídico-social que cumple la institución de la prescripción resultaría con mayor eficacia en el caso propuesto, dados los complejos problemas sociales y económicos que entorpecieron por espacio de tantos años el nacimiento de un estatuto de la categoría científica, cristiana y humana de la Ley 45 de 1936.

Si bien es cierto que esta figura jurídica de la prescripción no satisfaría los anhelos de quienes pretenden negarle todo derecho a los hijos naturales por la sola razón de serlo, sí cumple la sabia y equitativa finalidad de limitar en el tiempo la duración de un estado de incertidumbre patrimonial y moral, clarificando así los derechos en aras de la tranquilidad social.

De conformidad con el artículo 2512 del Código Civil, la prescripción extintiva es un modo de extinguir las acciones ajenas por el hecho de no haberse ejercitado éstas durante cierto tiempo legalmente fijado.

De tal suerte que el fundamento jurídico de la prescripción extintiva está precisamente en la inercia del acreedor frente a su deudor, entendiéndose tal inercia como un abandono voluntario por su parte, del derecho de accionar que le conceda la ley.

La prescripción, sea ella adquisitiva o extintiva, pertenece a la órbita del orden público por su tendencia a dar firmeza a los derechos de los asociados y de garantizarlos en forma tal, que garantiza a la vez la seguridad social.

Las sociedades modernas, tan complicadas de por sí, han encontrado en el fenómeno jurídico de la prescripción una especie de muro de contención para los innumerables litigios que acarrearían los múltiples encontrados intereses materiales que se agitan en su seno.

Ella lleva al derecho su influencia apaciguadora desde los tiempos de los romanos y es esa la razón para que todas las legislaciones contemporáneas la consagren inevitablemente.

La prescripción extintiva o liberatoria que lleva en algunos casos el agotamiento definitivo de la acción, propicia lógicamente esa seguridad jurídica tan ambicionada por las sociedades actuales, que no quieren dejarla a la acción destructora del tiempo el resultado de litigios cuyos fundamentos primordiales se encuentran en hechos de bastante antigüedad.

Como regla general de derecho, todos los créditos, los derechos y las acciones, están sometidos al fenómeno jurídico comentado.

Así, una prescripción de corto tiempo consagrada legalmente por nuestros legisladores, para accionar en busca de la declaratoria de paternidad natural, no solo se acomodaría a tal principio general de derecho por tratarse de una acción establecida en nuestra ley positiva, sino que alcanzaría más importancia y una mayor justificación por la alta finalidad jurídico-social que vendría a cumplir.

### PRESCRIPCION SUI-GENERIS

Es evidente que la prescripción o lo que nos hemos dado en llamar tal en el caso que nos ocupa, vendría a diferir notablemente de la auténtica prescripción establecida en nuestro derecho, por sus modalidades y efectos especiales.

Pero no es el caso de ponernos a buscar nombre especial a esta prescripción sui-géneris, pues la finalidad perseguida quedaría satisfecha con la precisión de que gozaría cada una de las voces de la disposición que vamos a proponer.

En realidad, la importancia que en el orden jurídico y social vendría a cumplir la prescripción en los juicios tendientes a investigar la paternidad natural, requiere que la excepción a que da origen esta figura jurídica, deba declararse de oficio por el fallador, sin necesidad de que se proponga a su consideración por el interesado en su declaratoria.

En tal sentido se diferenciaría notablemente de la prescripción común, en la cual el fallador está inhibido para declarar probada oficiosamente esta excepción, aunque ella esté plenamente demostrada en el expediente.

Tampoco podría ser modificada por convenio de las partes, toda vez que el orden público está interesado en su efectividad, ni siquiera en el sentido de acortar el tiempo requerido para que se produzca la extinción de la acción, por razones obvias.

Y así veremos que aparecen más diferencias, de conformidad con nuestras ideas al respecto y lo que existe en nuestro derecho en materia de prescripción.

### CONDICIONES DEL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN

Para una perfecta valoración de la institución de la prescripción, se hace indispensable pre-establecer acerca del plazo de ella, lo siguiente:

- 1º—La extensión de ese plazo.
- 2º—El punto de partida, o sea desde cuando empieza a contarse ese plazo.
- 3º—Los casos de prolongación de ese plazo, por razón de suspensión o interrupción; y
- 4º—Las modificaciones que la convención podría introducirle a ese plazo.

Veamos cual es nuestra idea acerca de estos factores, cuando se trata de la prescripción especial de corto tiempo por la cual propugnamos, en los juicios de la investigación de la paternidad natural.

1º—**Extensión del plazo.**—Ya vimos cuál es la legislación vigente en Francia al respecto, en la cual la prescripción para estos casos no cuenta para nada con la muerte del padre o presunto padre natural.

Allá, la madre o el tutor dativo en su caso, del hijo natural, tienen un plazo de dos años a partir del parto para hacer uso de la acción en caminata a obtener la calidad de hijo natural, con las modalidades ya expuestas por razón de la persistencia de las relaciones sexuales y del cumplimiento de los deberes del padre para con su hijo.

El hijo por su parte, cuando durante su menor edad no se ha intentado la acción por alguna de las personas mencionadas arriba, tiene un plazo de un año para accionar jurídicamente, a partir del cumplimiento de su mayor edad.

Como ya dijimos, esta especie de suspensión de la prescripción de que gozan en Francia los hijos naturales menores de edad, encuentra plena justificación a la luz de la ciencia del derecho y encaja perfectamente en la tendencia proteccionista cada vez más creciente, de las legislaciones modernas en favor de los incapaces, pues no sería equitativo el agotamiento de una acción cuando aún no está el titular de ella en capacidad de intentar la efectividad del derecho que protege.

Al implantar en Colombia la prescripción de corto tiempo, es indispensable tener presente una variación importante respecto de la legislación francesa.

Para ser consecuentes con lo ya expresado acerca de la ineffectividad de los derechos patrimoniales de los hijos naturales, cuando estos alcanzan la declaratoria de tal calidad en vida del padre, el punto de partida para la prescripción, debe serlo la muerte del padre o presunto padre natural.

Pero esto ya es materia de segundo factor enunciado, es decir del momento en que empieza a contarse el tiempo para que la prescripción surta sus efectos legales.

Como lo consignaremos en el artículo que a manera de proyecto elaboramos al final de este trabajo, creemos suficiente no solo para el titular de la acción, sino también para la justicia y para la sociedad en general, un plazo de dos años contados a partir de la muerte del presunto padre natural.

Este plazo es más que suficiente para hacer surgir a la vida jurídica una condición social conocida por los interesados en ella y cuya demora en hacerlo redundaría en perjuicio para todos: justicia, hijo natural, familia legítima del padre natural y sociedad.

Naturalmente, este plazo sufrirá una modalidad especial de prolongación, o más técnicamente de suspensión, en favor de los incapaces por razón de la edad, como lo consignaremos a su debido tiempo, pues de no ser así la justicia se resintiría y se violarían claros y an-

tiguos principios de derecho, vigentes en las naciones más civilizadas del universo.

Si pasamos los dos años de la muerte del padre, la madre o el tutor dativo en su caso, no han intentado la acción pertinente ante juez competente para obtener la declaración judicial del estado de hijo natural, o si pasamos esos mismos dos años después de llegar a la mayor edad, el hijo natural, ya muerto el padre por supuesto, aquel no lo ha hecho, esa acción consagrada por la ley 45 de 1936 se destruye definitivamente, clarificándose así una situación jurídica ambigua, contentiva de múltiples aspectos de reconocida importancia, no solo para las familias legítima y natural, sino también para los asociados en general.

2º— **Punto de partida del plazo para la prescripción.** Aquí es donde diferimos del criterio de los legisladores franceses en el problema jurídico que veníamos estudiando.

Como ya lo hemos repetido varias veces y como puede verse de las claras voces del artículo 340 del Código Civil francés, en aquella nación no cuenta para nada la muerte del padre natural para efectos de computar el tiempo legalmente consagrado para que se configure la prescripción de corto tiempo establecida para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural.

En efecto, en Francia la madre o el curador dativo tienen el plazo de dos años de que ya se habló, pero tal plazo empieza a contarse a partir del parto.

Y el propio hijo natural que se pretende hijo de determinada persona, tiene derecho a accionar ante la justicia hasta un año después de cumplir la mayor edad, sin que hable la disposición del Código Civil francés de la muerte del padre natural para nada, lo que lógicamente debe entenderse en el sentido de que, una vez llegado el hijo a su mayor edad y pasado un año después de tal acontecimiento, sin que haya ejercitado la acción correspondiente, ésta prescribe aun cuando viva el padre.

Para no repetir conceptos ya expresados, queremos resumirlos aquí y agregar un nuevo argumento para la conveniencia de establecer como punto de partida del plazo de la prescripción, la muerte del presunto padre natural.

Ya habíamos dicho que los derechos patrimoniales del hijo natural se verían burlados fácilmente por el padre, en el caso de alcanzar el primero la declaratoria respectiva, pues ese padre haría uso inmoderado quizá, de artimañas y simulaciones tendientes a favorecer

a su familia legítima antes de morir, dejando así exhausto su patrimonio, en perjuicio del hijo natural declarado tal por sentencia judicial.

Los argumentos expuestos entonces, nos sirven ahora para proponer que al insertarse en nuestra legislación positiva un artículo consagratorio de la prescripción de corto tiempo de que venimos hablando, la muerte del presunto padre natural sea su punto de partida.

Pero hay algo más en favor de la anterior tesis. En efecto, lo que en derecho conocemos con el nombre de temor reverencial, vendría a interferir necesariamente en la mayoría de los casos, el libre ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural, con el consiguiente perjuicio para el hijo natural, la parte débil de la relación jurídico-procesal a trabarse.

El temor reverencial, operante a nuestra legislación positiva en los artículos 1.513 y 1.029 del Código Civil, consiste en el... "...temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto".

Ese temor reverencial tendría su campo de acción privilegiado en los casos de investigación de la paternidad natural, pues es apenas lógico que sean los padres y en general los ascendientes, quienes merezcan la reverencia y sumisión por parte de sus hijos y descendientes en general.

Analizado así el punto de partida de la prescripción de corto tiempo que pretendemos proponer para la acción de investigación de la paternidad natural, consideramos indispensable que sea el hecho natural de la muerte del padre el que marque la iniciación del plazo respectivo de que hablamos en el punto primero, so pena de caer en la ineffectividad de los derechos consagrados por la Ley 45 de 1936, en favor de la familia natural.

3º— **Casos de prolongación del plazo por suspensión o interrupción.** Dice el artículo 2538 de nuestro Código Civil, que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho; y a renglón seguido el artículo 2539 de la misma obra dice que la prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Que se interrumpa naturalmente por el hecho de reconocer el deudor su obligación de manera expresa o tácita. Que se interrumpa civilmente por la demanda judicial, exceptuando los casos del artículo 2524 del Código Civil.

La interrupción natural en la forma prevista en el último artículo citado, no se daría en los casos de filiación natural, de conformidad

con nuestro criterio al respecto. Si de conformidad con el artículo 2º de la ley 45, solo el padre o la madre pueden reconocer en la forma establecida allí, a un hijo natural, mal puede darse este fenómeno en la prescripción propuesta, pues ella empieza a correr después de muerto el padre. Y si el reconocimiento ya existía a la muerte del padre, la acción no tiene objeto, lógicamente.

No ocurre lo propio con la interrupción civil de que habla el último inciso de la misma disposición, pues si por cualquier circunstancia el fallador declara probada una excepción perentoria temporal, como sería por ejemplo la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, debe considerarse interrumpida la prescripción, con todas las consecuencias que tal fenómeno acarrea.

En cuanto al fenómeno de la suspensión de la prescripción, él se impone categóricamente en el presente caso, pues como lo hemos venido diciendo a través de este trabajo, las legislaciones más avanzadas se preocupan hondamente por proteger los intereses de aquellas personas que por su estado o condición no tienen capacidad legal para hacer valer sus derechos ante la justicia, como ocurre con los menores de edad por ejemplo.

Creada la prescripción de corto tiempo para la acción de la investigación de la paternidad natural, y fijado el plazo de esa prescripción en dos años después de muerto el padre, no sería raro el caso de llegar a la ineffectividad obligada, por la ley, de los derechos de los hijos naturales.

Si muere el padre o presunto padre natural cuando aún es menor el hijo natural y pasan dos años después de la muerte del padre, cuando aún el hijo no haya llegado a la mayor edad, y sin que la madre o el curador dativo haya ejercitado la acción correspondiente, ese hijo natural se vería ante una auténtica denegación de justicia, pues la impotencia legal en que se encontraría, le impidió hacer efectivo un estado jurídico de suma importancia para su existencia.

Por eso es indispensable suspender la prescripción en tales casos, o lo que es lo mismo, legislar en el sentido de que cuando el hijo natural sea menor de edad a la muerte del presunto padre natural, no empiece a correr el plazo de los dos años sino a partir del cumplimiento de la mayor edad del hijo, que lo habilite para comparecer en juicio por sí mismo, sin necesidad de representate legal de ninguna índole, distinto de su apoderado judicial.

4º—**Modificaciones que la convención podría introducirle a ese plazo.** La naturaleza misma de los juicios de filiación natural que se

sumerje profundamente en el concepto de orden público, hace que el plazo que legalmente se fije para la prescripción de corto tiempo estudiada, no sea susceptible de modificaciones producto de la convención.

Precisamente el espíritu que tendría esta disposición se vería resentido por la intromisión convencional de los interesados en que corra o no corra el plazo prefijado para la prescripción.

La conveniencia social no puede supeditarse a la voluntad de los particulares y el hecho de que éstos pudieran modificar el plazo legal de la prescripción especial porque propugnamos, equivaldría ni más ni menos a esa supeditación.

Sería tautológico volver sobre los fundamentos jurídico-sociales de la prescripción para demostrar lo anterior, por lo cual nos contentamos con lo que de manera tan sucinta expusimos atrás.

Analizados como se encuentran los fundamentos de la prescripción extintiva y su especial y precisa operación en los casos de investigación de la paternidad natural y estudiadas las condiciones del plazo de esa prescripción en cuanto toca con nuestra tesis, nos permitimos elaborar el proyecto de artículo que sugerimos sea intercalado en la Ley 45 de 1936.

---

**Artículo.... La acción de investigación de la paternidad natural prescribe en dos años, contados a partir de la muerte del presunto padre natural.**

**El plazo de que habla este artículo se suspende en favor de los hijos naturales menores de edad, los cuales podrán ejercitar la acción hasta dentro de los dos años siguientes al día en que cumplan la mayor edad.**

**La prscripción de que habla esta disposición, se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524 del Código Civil.**

---

## OBRAS CONSULTADAS

Derechos de los Hijos Naturales .....	Gustavo A. Valbuena
Derecho Civil .....	Josserand
Las Sucesiones .....	H. Carrizosa Pardo
J. de la H. Corte .....	Germán Orozco Ochoa
Curso de Derecho Procesal Civil .....	Hernando Morales

### — Parte General —

Derecho Civil .....	Valencia Zea
Institución de Derecho Civil .....	B. Bruggi
Curso de Derecho Civil .....	Alessandri
De la Prueba en Derecho .....	Antonio Rocha