

**MEDIDAS CAUTELARES DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO RECONOCIDO EN
EL PROCESO SUCESORAL EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO**

**RAFAEL IGNACIO GÓMEZ RICARDO
ZAMIR ELÍAS NASSER GAVIRIA
NADIA ELENA PÉREZ ROMERO
JULIÁN ESTEBAN URIBE PARRA**

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DEL CARIBE (CECAR)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO PROCESAL CIVIL
SINCELEJO – SUCRE
2015**

**MEDIDAS CAUTELARES DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO RECONOCIDO EN
EL PROCESO SUCESORAL EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO**

**RAFAEL IGNACIO GÓMEZ RICARDO
ZAMIR ELÍAS NASSER GAVIRIA
NADIA ELENA PÉREZ ROMERO
JULIÁN ESTEBAN URIBE PARRA**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de especialista
en derecho procesal civil.**

**Tutora
BERÓNICA NARVAEZ**

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DEL CARIBE (CECAR)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO PROCESAL CIVIL
SINCELEJO – SUCRE
2015**

RESUMEN

Mediante el presente trabajo de grado de la especialización de procesal civil, se busca identificar cuáles son los medios jurídicos con que cuenta el hijo extramatrimonial no reconocido dentro de un proceso sucesoral para que su legítima no sea ilusoria. Además identificar o detallar las normas aplicables en el ordenamiento jurídico colombiano para ello, como también establecer cuáles son las actuaciones que despliegan los operadores judiciales de familia en el Departamento de Sucre en el periodo judicial 2013-2014 como referencia primaria y por último realizar unacrítica a éstas actuaciones, todo ello basado en una investigación socio jurídica.

Palabras clave: hijoextramatrimonial, filiación, sucesión, hijo no reconocido, actuaciones judiciales.

ABSTRACT

The present work degree in civil process post grade looks for identifying which are the juridical means an extramarital non-recognized son has within an inheritance process so its legitimacy is not illusory. Besides identifying or detailing the applicable rules in the Colombian Legal System for it, as well as to establish which the interventions are the family judicial operators display in Sucre State in the judicial period 2013 – 2014 as main reference, and finally to criticize these interventions, all of these based on a socio – juridical research.

Keywords: Key words: Extra marital son, filiation, inheritance, non-recognized son, judicial interventions.

INTRODUCCIÓN

La legislación civil colombiana no establece una definición para esta figura, sin embargo el autor Aroldo Quiroz Monsalvo (2011) la define “con el vinculo biológico o adoptivo, por el cual una persona natural se identifica con su descendencia, ascendencia y parientes colaterales, dando origen a la personalidad jurídica, al parentesco y al estado civil”, por tanto, a través de ella nacen los derechos y obligaciones con los familiares paternos y maternos, de igual forma se entiende como la relación sanguínea entre hijos y padres, concebido por la Ley como un derecho en el artículo 25 de la Ley 1098/2006, el cual reza: *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una (...) filiación conforme a la Ley, y por la jurisprudencia constitucional como derecho fundamental al interpretar el canon 44 de la Constitución Política: “Uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona, y que, en este sentido, las personas tienen dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero derecho a reclamar su verdadera filiación”.*

Al desarrollar esta figura debemos traer a colación su naturaleza jurídica, para ello volvemos a citar los lineamientos doctrinales del autor precitado, quien manifiesta que esta institución es un acuerdo de voluntades expreso o tácito entre los presuntos padres, tendiente a generar consecuencias jurídicas, la concepción o procreación, y de darse, sobreviene tiempo después el nacimiento de una criatura que de nacer vivo, el derecho lo reconoce como persona, acto que ha de registrarse por disposición legal (D. 1260 de 1970) firmando para ello el padre,

con lo cual reconoce su progenitura y el registro expedido por el centro médico donde nació la criatura o, la certificación del médico con lo cual se establece la maternidad. Sin embargo hay padres renuente al reconocimiento para lo cual ha de acudirse a la acción de filiación con el fin de lograr la efectividad de los derechos del pretense hijo y los deberes y obligaciones a cargo de su padre. Por estas razones Quiroz Monsalvo afirma su naturaleza como negocio jurídico.

La filiación como derecho fundamental

La filiación como derecho fundamental se encuentra consagrada en los artículos 1, 5, 14, 42 y 44 de nuestra carta magna y jurisprudencialmente el Máximo Órgano Constitucional ha dicho:

“De esta manera la filiación, entendida como la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado, constituye un atributo de la personalidad jurídica, en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas, además como un derecho innominado (C.P., art. 94) que viene aparejado adicionalmente, con el ejercicio de otros derechos que comparten idéntica jerarquía normativa superior, como sucede con el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y la dignidad, de conformidad con los criterios expuestos en la referida sentencia C-109 de 1995 y bajo los siguientes presupuestos:

“(...) Ahora bien, para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. Así, en reciente decisión, esta Corporación tuteló el derecho de una persona a su filiación, por considerar que ésta se encuentra vinculada al estado civil, y por ende constituye un atributo de la personalidad.”

(...) Este derecho a la filiación en particular, así como en general el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se encuentran además íntimamente articulados con otros valores constitucionales.

De un lado, estos derechos aparecen relacionados con la dignidad humana, que es principio fundante del Estado colombiano (CP art. 1). Así, la Corte ya ha señalado que el reconocimiento de la personalidad jurídica a toda persona presupone la idea misma de que todos los seres humanos son igualmente libres y dignos pues son fines valiosos en sí mismos. Según la Corte, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica el "repudio de ideologías devaluadoras de la personalidad, que lo reduzcan a la simple condición de cosa. Debe en consecuencia resaltarse que este derecho, confirmatorio del valor de la sociedad civil regimentada por el derecho, es una formulación política básica, que promueve la libertad de la persona humana; y que proscribire toda manifestación racista o totalitaria frente a la libertad del hombre.(...)

Todo lo anterior muestra que la filiación legal, como atributo de la personalidad, no puede ser un elemento puramente formal, sino que tiene que tener un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad. (...)”¹.

En cuanto a la prueba de filiación, tenemos que el único medio idóneo para acreditar el parentesco para los nacidos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, es el registro civil de nacimiento, tal como lo indica el artículo 105 del Decreto 1260/1970, y los acaecidos bajo la vigencia de la memorada ley 92, la partida de bautismo. Por su parte los hijos nacidos tienen a su haber la presunción establecida en el artículo 214 del Código Civil y se denominan legítimos o matrimoniales, en contraposición a los habidos fuera del matrimonio llamados extramatrimoniales, antes naturales. Los hijos matrimoniales acreditan su estado civil de tales con el registro de nacimiento y el de matrimonio de sus progenitores, en tanto que para los extramatrimoniales, la ley contempla varios mecanismos como son: 1) Reconocimiento espontáneo: a) suscribiendo el padre el competente registro civil de nacimiento del hijo; b) reconocimiento por escritura pública; c) testamento; d) por manifestación ante un juez aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único del acto que lo contiene; y 2) Reconocimiento Provocado, acudiendo la madre del pretense hijo menor o directamente el sedicente hijo mayor ante las autoridades judiciales para que en sentencia judicial que haga tránsito a cosa juzgada se tenga como padre del accionante el demandado. Por último, gracias al avance de la ciencia el

¹Sentencia de Tutela T-488/99. Corte Constitucional

asunto es más objetivo y certero, ya que se determina la progenitura con el examen de DN o cualquier otro que científicamente pruebe la paternidad en probabilidad de 99,9 %, prueba que obligatoriamente debe decretarse en los procesos de investigación de la paternidad por disponerlo así la ley 721 de 2001.

Por otra parte, uno de los derechos que surge de la filiación junto con el de solicitar y obtener alimentos y otros, es la de heredar a título universal o sea recibir del difunto sus bienes derechos y obligaciones o, como acertadamente lo define el artículo 1008 del C.C., “... *sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos...*”, en el primer orden sucesoral (Art. 1040 del CC modificado por el artículo 2 de la Ley 29 de 1982).

Fallecido el supuesto padre, el heredero debe acreditarse su calidad para abrir la mortuoria o para ser reconocido en ella si es que ya ha sido abierta por otro u otros interesados. Para ello debe aportar el competente registro civil de nacimiento, empero, el hijo extramatrimonial no reconocido o cuya paternidad no haya sido declarado, por carecer de tal prueba, previamente ha de intentar, fallecido el supuesto padre, un proceso ordinario hoy declarativo en procura de que se le declare la calidad de hijo extramatrimonial del causante.

Análisis normativo de la acción de filiación extramatrimonial

La filiación en sí persigue que se tenga a una persona como hijo de otra. Es de contenido extra-patrimonial, pero con la sentencia debidamente ejecutoriada puede reclamar su legítima acudiendo a la sucesión o mediante la acción de petición de herencia a la que puede acumular si es del caso, la reivindicatoria para obtener del usurpador de los bienes sucesorales su entrega.

Anteriormente en casi todos los distritos judiciales se había venido ordenando la suspensión de la partición de la mortuoria como medida cautelar con fundamento en el artículo 1387 del Código Civil que prevé la suspensión de la partición entre tanto la justicia ordinaria resuelva controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamientos, incapacidad o indignidad de los **asignatarios**. Esta disposición exige para su aplicación de un sujeto cualificado denominado **asignatario**, que son de dos (2) clases: asignatarios a título universal que son los herederos y a título singular que son los legatarios (Arts. 1155 y 1162). Entre tanto no se tenga la calidad de **asignatario**, se carecerá de legitimación por activa para obtener la suspensión de la partición, empero, algunas autoridades judiciales vienen decretando la suspensión de la partición a petición de un sedicente hijo extramatrimonial, para que una vez reconocida dicha calidad acudir a la sucesión a recoger su legítima o en caso de resultar impróspera la acción de filiación continuar con el trámite sucesoral, con la concebida pérdida de tiempo porque el proceso de filiación es demorado debido a que la interposición del recurso extraordinario de casación (el cual procede: Art. 366-4 del CPC, y, 334, núm. 3, párrafo) suspende la ejecutoriedad de la sentencia de segunda instancia

hasta tanto se resuelva la demanda de casación, en el evento de ser interpuesto ese recurso extraordinario (Art. 371 del CPC y, 341 del CGP).

Desde mediados del siglo pasado se han alzado voces disidentes contra la costumbre de jueces que atendiendo la petición de pretensos hijos extramatrimoniales vienen suspendiendo la partición. Uno de ellos fue el maestro Hernando morales Molina (QEPD), en su obra, Curso de Derecho Procesal Civil, parte especial, 8ª Ed, Editorial ABC, Bogotá, 1983, acogiendo las voces del El Tribunal de Bogotá: *“No todo el que establezca controversia judicial sobre derechos a una sucesión puede hacer suspender la partición mientras aquélla se decide por la justicia ordinaria, porque al emplear el artículo 1387 la palabra asignatarios, da a entender que son las controversias que se susciten entre ellos sobre derechos a la sucesión las que ser deben decidir antes de proceder a la partición, de manera que para una partición de suspensión prospere, deberá establecerse que quien la hace es de aquellos que la ley o el testamento llaman a suceder al difunto. Así, v. gr., un hijo desheredado podrá, con la prueba de su filiación legítima, ser admitido a la sucesión testada de su padre a pedir la suspensión de la partición, mientras se decide lo relativo a su derecho, porque es asignatario forzoso; un hijo natural con la prueba de su filiación también deberá ser admitido al juicio de sucesión de su padre natural a pedir la suspensión de la partición porque la Ley lo llama a suceder y es en consecuencia asignatario, pero mientras no constituya la prueba de su filiación es un extraño, no tiene el carácter de asignatario, y no tiene cabida en el juicio para los efectos del artículo 1387 citado. Cuando en un testamento el testador deshereda a un heredero, o cuando lo excluye, o cuando violando las*

disposiciones legales le deja una asignación menor de la que le corresponde, ese heredero tiene derecho a pedir la suspensión de la partición a fin de demostrar que no hay causa legal para dicho desheredamiento, para esa exclusión, para esa disminución de lo que le corresponde en su caso, pero es porque es heredero en principio, es decir, porque tiene el derecho y puede ejercitarlo. El puede demostrar que no ha incurrido en ninguna de las causales que ha fijado la ley para que se le declare desheredado, o para que se le haya excluido, o para que se le dé la parte que les corresponde según su carácter de heredero. Pero si no es heredero, mal puede pedir que se suspenda un acto que le perjudique en un carácter que no tiene. Conceder el derecho a un tercero que no es parte en un juicio de sucesión de solicitar y obtener la suspensión de la partición sería darle una personería que no le corresponde y establecer el funesto precedente de que cualquier persona podría entabrar una partición y de hacer nugatoria la voluntad de los interesados en la terminación del juicio de sucesión” (Auto de octubre 4/1938. L.R. 122).

Continúa el maestro: El referido tribunal reiteró la citada doctrina así: “Supuesto que al declarar el tan citado Art. 1387 del C.C., que “antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento a *ab intestato*, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios”, estableció dos órdenes de controversias y como lo sostiene el reclamante, no se puede seguir de aquí la procedencia de dicha suspensión en el caso de que el punto fundamental de aquella sea precisamente el

determinar si quien lo ha propuesto tiene o no un determinado estado civil de donde ha de proceder su calidad de *asignatario*.

“Porque no es exclusivo, ni mucho menos, del primer orden de controversias, el que éstas tengan por objeto el reconocimiento de un estado civil; dentro de dicho orden se hallan comprendidas también las que tienden a obtener el reconocimiento o rechazo de una calidad que inicialmente se aceptó dentro del juicio de sucesión, con perjuicio de los derechos herenciales de otra persona que al no mediar ese reconocimiento, vendría a recibir el monto de la asignación; como cuando reconocida la calidad de cónyuge sobreviviente a una persona para que se declare que esa calidad reconocida no existe, y que por lo tanto no se le debe adjudicar a él los bienes sucesorales. Pero como, se ha dicho, la personería sustantiva dentro de los juicios se halla determinada por el legítimo interés de quien figura o aspira a figurar como parte, y dentro de los juicios mortuorios y para los efectos herenciales ese interés sólo existe en quien cuenta con una vocación cierta de la ley o del testamento, aún cuando esa vocación puede solamente ser de simple origen, es claro que por la naturaleza de las cosas quien no cuenta con esa calidad cierta sino que apenas se halla controvirtiéndola para que se le reconozcan, carece de legítimo interés dentro del sucesorio, y por lo tanto de personería para obtener dentro de él la suspensión de la partición. Si así no fuera, si como se ha sostenido, ésta pudiera darse por el simple hecho de una controversia que fundamentalmente se dirige a obtener una asignación, existiría entonces la posibilidad, no por improbable menos cierta, que terceros extraños al interés hereditario pudiera intervenir en el juicio; y lo que es más grave aún, desde el punto de vista estrictamente jurídico

tendríase consagrada para este caso una única excepción al principio universal de procedimiento conforme al cual es el interés legítimo la única causa de la acción (pretensión).

“He aquí por qué el concepto de asignatario de que se vale el precepto legal, no puede limitarse –dentro de la discusión formulada por el reclamante- al primer orden de las controversias, sino que ha de comprenderlas ambas; y el por qué de la distinción que el Tribunal ha hecho entre asignatarios con actual vocación y asignatarios de origen: para ver en los primeros a los que contando con una vocación actual de la ley o del testamento son perjudicados por otros que no obstante tener una vocación incierta o subsidiaria han sido reconocidos preferentemente dentro del juicio de sucesión; y para ver en los segundos a quienes tuvieron un llamamiento cierto a recoger bienes del difunto, pero que sin embargo les fue luego reconocido a virtud de hechos sobrevivientes propios o del testamento” (*Justicia. Nos. 74 a 78*).

Remate el maestro: “De las doctrinas transcritas se infiere que el pretense hijo extramatrimonial que ha promovido proceso para obtener la declaración de tal, no está legitimado para pedir la suspensión de la partición del presunto padre. Y aquí no es superfluo recordar que dicho demandante tiene garantizados sus posibles derechos sobre bienes de la herencia, con la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles.”

El interés **incierto** de un pretendido ASIGNATARIO no puede afectar a quienes tienen reconocidas su calidad de tales, Por ello, la Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil

en sentencia de casación del 8 de noviembre de 2000 con ponencia de Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno, dijo:

“1. Tratándose de las acciones restitutorias que promueva el heredero, es natural entender que en primer término el demandante debe tener definida dicha calidad, porque sólo así quedará legitimado para exigir todo o parte de la herencia, o, en su caso, porciones singulares de bienes pertenecientes al haber sucesoral. Por consiguiente, las discusiones referidas a la reclamación de estado de hijo en relación con un determinado causante deben quedar esclarecidas previamente para que se puedan deducir inmediatamente, o después, los efectos patrimoniales inherentes a ese estado particular, sin que, en principio, sea obstáculo que todo se resuelva en un mismo proceso en el que simultáneamente quede definida la filiación y los consiguientes efectos patrimoniales; e incluso que en él se promuevan las acciones que conduzcan a que éstos se hagan efectivos frente a quienes ostentan título de herederos aparentes o reales que deban compartir la herencia con el demandante, o frente a quienes detentan la posesión material de los bienes relictos.

2. La protección de los derechos del heredero también puede darse dentro del respectivo proceso de sucesión siempre que no se haya proferido la sentencia que aprueba la partición, mediante la proposición de un incidente en el que el interesado pida el reconocimiento como heredero de igual o de mejor derecho respecto de los que ya han obtenido ese reconocimiento, en la forma que establece el numeral 3° del artículo 590 del Código de Procedimiento Civil.

3. *Empero, puede pasar, como aquí sucedió, que las demandantes de la filiación hayan obtenido sentencia favorable en la que, además, se les haya otorgado los efectos patrimoniales que devienen de esa condición, cuando el proceso de sucesión de su padre ya había terminado o había vencido el término procesal para hacer valer sus derechos dentro del mismo, caso en el cual deben acudir a las acciones de petición de herencia, o, en su caso, a la acción reivindicatoria si los bienes han salido de manos de los herederos adjudicatarios de los bienes herenciales.”*

“Es claro, entonces, que si de alguien se dice que es heredero de otro como hijo extramatrimonial suyo sin que medie la prueba del reconocimiento o de la declaración judicial de paternidad, esa afirmación carecerá por completo de fundamento...” (C.S. de J. Sentencia de la Sala de Casación Civil del 29/05/1996, expediente 4466. M.P. José Antonio Castillo Rugeles. G.J. t. CCXL, No. 2479, Vol. I, pág. 679)

El Juez constitucional se pronunció de igual manera:

No hay razón para suspensión del proceso cuando está en curso proceso de mejoras.

“No encuentra esta Sala una razón que justifique la suspensión del proceso sucesorio iniciado por los actores hace más de doce años, pues es claro que lo que se discute y llegue a

decidir en el proceso ordinario, en el que los jueces de instancia basaron esa decisión, en nada afecta la partición que en éste se debe aprobar, por las siguientes razones: Primera, porque mientras el proceso ordinario no se falle en favor de quien dice haber plantado las mejoras, no existe certeza alguna sobre el derecho que éste dice tener y como tal, no puede hacer parte de la masa herencial como un pasivo, como equivocadamente lo planteó el Juez Once de Familia, pues en ésta, sólo pueden incluirse los créditos que consten en títulos ejecutivos, artículo 600 del Código de Procedimiento Civil. Segunda, porque no es cierto que, en caso en que las mencionadas mejoras lleguen a reconocerse, se afecte la partición. Tercera, porque no es cierto que se afecte el derecho alguno que le pueda asistir a quien está alegando el reconocimiento y pago de mejoras. Cuarta, la orden que en su momento emitió la jurisdicción constitucional, no implicaba de suyo la suspensión del proceso sucesorio. Los jueces acusados no podían decretar la suspensión del proceso de sucesión, por cuanto no se daban los supuestos legales para el efecto, suspensión que sin tal fundamento, resulta vulneradora de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, entre otros.”²

La C.S.J., Sala de Casación Penal, en sede de tutela con ponencia del Dr. Mauro Solarte Portilla. Aprobado Acta No. 013. Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil uno (2001) dijo:

“Así las cosas, el pretendido hijo extramatrimonial cuenta con otros medios de defensa judicial una vez obtenga el reconocimiento de hija extramatrimonial del de cujus, situación

²Sentencia T-451/00.- Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

reclamable exclusivamente como consecuencia del resultado positivo del proceso de filiación, para la cual el legislador tiene previstos procedimientos ordinarios (acción de petición de herencia, y de dominio o reivindicatoria, según sea el caso), no siendo argumento serio y atendible el que no se debe “postergar el trámite al Régimen Ordinario el cual por sus características y antecedentes no garantiza corregir los errores judiciales”.

Por su parte el Tribunal de Manizales en auto del 26/01/2011, radicado 15572318400119910137603 en el mismo sentido se pronunció: “6. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. Por ejemplo, el artículo 5° superior dispone la “primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, y el 44 indica que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, expresiones que no pueden ser entendidas sino como una orden de aplicar preferentemente las disposiciones que garantizan y protegen esta categoría de derechos.

“16. Acorde con estos criterios sobre el desempeño que corresponde al juez dentro del marco del Estado Social de Derecho, la Corte ha sostenido reiteradamente que las motivaciones de sus fallos tienen fuerza vinculante, cuando guardan directa relación con la parte resolutive, lo que revela la misión que compete al juez en el campo de la producción de las fuentes del derecho: Además, es bueno tener en cuenta conforme jurisprudencia de nuestra H. Corte

Suprema de Justicia, Sala de Servicios Generales, sentencia del día 5 de febrero de 1906, G.J. T.XVIII, pág. 371, con ponencia del Doctor Germán D. Pardo, que determinó que cuando se pretenda dar aplicación a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1388 del Código Civil, o sea que pueda suspenderse la partición por parte del juez, cuando existiesen cuestiones sobre la propiedad de una parte considerable de la masa partible, es menester que se den las siguientes condiciones: a) Que existan las circunstancias mencionadas, vale decir el litigio sobre los bienes; b) Que esas cuestiones recaigan sobre una Porción considerable de la masa partible; c) Que la suspensión la soliciten los coasignatarios, y d) Que a esos consignatarios les corresponda más de la mitad de la masa partible, circunstancias que no se dan en el presente caso, se repite, por cuanto se debe aplicar la norma especial y no la general.”

Luego del reconocimiento el hijo extramatrimonial cuenta con herramientas legales para hacer respetar su legítima como son, entre otras, la restitutoria prevista en el artículo 1321 del Código Civil, de ahí que la H. Corte Suprema de Justicia haya pregonado:

“... es decir, siendo que el derecho de reclamar la adjudicación de la herencia y la restitución de las cosas hereditarias se le otorga sólo a quien probare su derecho a la herencia, es claro que el demandante no podrá iniciar con buena ventura esa acción principal, mientras no tenga en firme su grado de sucesor a título universal.”³.

³Sentencia de noviembre 7/1977

Ahora bien, los Jueces Promiscuo Primero y Segundo de Familia del Distrito Judicial de Sincelejo, al cuestionárseles al respecto, manifestaron que de ninguna manera suspenden el proceso de sucesión como tampoco suspende la partición dentro de éste, puesto que el pretense hijo debe iniciar proceso de filiación y petición de herencia, los cuales para mayor economía procesal y beneficio del interesado deben ser llevados de manera acumulada, y una vez obtenida la filiación debe presentarse dentro del proceso de sucesión como heredero reconocido, inclusive se puede presentar hasta después de ejecutoriada la sentencia de partición y la decisión a tomar por parte del funcionario jurídico es que se rehaga la partición. Por su parte la actuación judicial que despliega el Juzgado Promiscuo de Familia de San Marcos, consiste en que sise podrá suspender el proceso sucesoral siempre y cuando se solicite por la parte interesada antes de realizar la partición⁴, ello conforme a los lineamientos legales consagrados en el numeral 2 artículo 170 del código de procedimiento civil que ora: *“Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero. O de un acto administrativo...”*; y en el artículo 171 ibídem, que preceptúa: *“Corresponderá al juez que conoce del proceso resolver sobre la procedencia de la suspensión.*

La suspensión a que se refieren los numerales 1º y 2º del artículo precedente, sólo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia.

⁴Auto de fecha 05 de agosto de 2013. Proceso de declarativo de existencia y disolución de sociedad patrimonial de hecho.

La suspensión del proceso...”

En cuanto a lo anterior, consideramos errado acudir a dicha norma procesal por varias razones: 1. Una cosa es el auto que decreta la partición y otro la sentencia que aprueba la partición; y, 2. La sentencia aprobatoria de la partición no depende de una eventual sentencia de filiación. Se aprueba la partición con base en el trabajo de partición, decisión que no hace tránsito a cosa juzgada material porque repetimos, en cualquier momento puede rehacerse de aparecer otros herederos o bienes dejados por fuera de los inventarios y avalúos. Pero la suspensión de la partición puede generar daños y perjuicios a los asignatarios lo que podría ocasionar responsabilidad estatal por el error judicial.

Por su parte, los Juzgados de Familia de Barranquilla igualmente venían decretando la suspensión de la partición, pero afortunadamente al exponer estos mismos argumentos, la Sala de Familia del H. Tribunal Superior de Barranquilla en Auto del 23 de abril de 2015 con ponencia de la doctora Guiñar Porras de Vecchio. Exp. 08-001-31-10-006-2012-00259-01. Ref. 00040-2015F, revocó una suspensión decretada por el Juzgado 8° de Familia del Circuito de Barranquilla, razón por lo cual, en el Distrito Judicial de Barranquilla se abrirá paso nuestra tesis.

Nos llama la atención que en el periódico especializado en temas jurídicos, “Ámbito Jurídico” No. 424 del 17/30 agosto de 2015, página 10, el connotado jurista, especializado en

derecho de familia y socio-gerente de Resolución de Conflictos del famoso bufete jurídico Helí Abel Torrado & Asociados, prohiendo el yerro expusiera: *“Filiación con petición de herencia. Este proceso puede ser iniciado por el hijo extramatrimonial no reconocido por el padre y puede buscar, además de la filiación, una pretensión patrimonial sobre los bienes de la herencia. Puede generar afectaciones al patrimonio, al obtener la suspensión de la partición de la sucesión y congelar la masa de la herencia hasta que termine el proceso o se ordene rehacer la partición.”* Lo anterior nos indica que el asunto aunque lo presentemos en forma elemental y sencilla, todavía no es pacífico.

Medidas cautelares del hijo extramatrimonial no reconocido en el proceso sucesoral.

Como es sabido el proceso de filiación es declarativo de un estado civil que como tal es de carácter extra-patrimonial y en consecuencia no es posible obtener medidas cautelares para asegurar su cuota hereditaria. Pero, declarada la filiación el hijo extramatrimonial, como arriba se anotó, puede hacer valer sus derechos en el juicio de sucesión si se halla en curso o en el evento de haberse liquidado la sucesión, acudir a un proceso judicial para la reivindicación de su cuota.

El Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso permiten la acumulación de pretensiones en sus artículo 82 y 88 respectivamente, cuyos presupuestos concurren en el caso de las acciones de filiación y de petición de herencia, permitiendo así su acumulación con la ventaja de evitar la caducidad del derecho que es muy breve, dos (2) años

conforme lo dispone el inciso final del artículo 10 de la Ley 75/1968 que modificó el artículo 7 de la Ley 45 de 1936, como pasa a analizarse:

1. El juez es competente para conocer de ambas acciones, tanto de la declarativa de paternidad como de la de petición de herencia (Dcto 2272/1989, artículo 5 literales a); Ley 446/1998, artículo 26-5; y Código General del Proceso artículo 22 ordinales 2 y 12.

2. Las pretensiones no se excluyen puesto que la acción de paternidad propugna por lograr establecer la paternidad y como consecuencia de ello el de heredar al padre premuerto. Al efecto la sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado:

“Y si bien es cierto que, como ha reconocido esta Corporación, es dable acumular a la demanda de filiación la acción de petición de herencia, no por ello la interposición de ésta se hace indispensable para deducir los efectos patrimoniales derivados de la condición de hijo extramatrimonial, punto sobre el cual redundaba el censor equivocadamente.

...es la propia ley la que le confiere al hijo así reconocido por medio de fallo judicial que respaldado en su nuevo estado civil intervenga en la sucesión de su causante y que en ella haga valer los derechos patrimoniales frente a todas aquéllas personas a quienes se les notificó la

demanda oportunamente y respecto de las cuales no se hubiere producido la caducidad de los mismos”.⁵

3. Las acciones se tramitan por el mismo procedimiento. Bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil, por la cuerda ordinaria de mayor cuantía (Artículo 396 que contempla expresamente los artículos 1321 y artículo 397) y verbal conforme al Código General del Proceso (Artículo 368 en concordancia con el artículo 386).

Como quiera que la acción de petición de herencia acumulada es de carácter patrimonial, para evitar la distracciones de los bienes sucesorales en el caso de que se liquide la sucesión antes de obtener sentencia de reconocimiento de la filiación el pretendido hijo extramatrimonial podía acudir al artículo 690 del Código de Procedimiento Civil que contemplaba el registro de la demanda y el embargo de los bienes muebles. Hoy esa norma se encuentra derogada por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, canon que permite la inscripción de la demanda para evitar que los bienes inmuebles sean transferidos a terceros de buena fe que haga nugatorio el derecho a la herencia adquirido.

⁵Sentencia Casación Civil de 5 de diciembre de 2008, Expediente No. 50001-3110-002-1999-02197-01.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada se puede concluir que el hijo extramatrimonial no reconocido cuenta dentro del ordenamiento jurídico colombiano con mecanismos jurídicos traducidos en medidas cautelares, diferentes a la suspensión de la partición, como son la inscripción de la demanda y el embargo y secuestro de bienes muebles, en ejercicio de la acción de petición de herencia, acumulada a la filiación, ya que aquella es de contenido patrimonial en tanto que esta es de contenido extra-patrimonial, con las referidas medidas cautelares evita que sus derechos a la sucesión resulten ilusorios, itérese, al acudir a la inscripción de la demanda y al embargo y secuestro de los bienes muebles, al ejercitar la acción de petición de herencia que es de contenido patrimonial la cual puede acumular a la de filiación como ha quedado anotado arriba.

Resaltamos que la medida cautelar de inscripción de la demanda y embargo y secuestro de bienes es más garantista para el hijo extramatrimonial no reconocido, porque la suspensión de la partición no evita la desaparición de bienes muebles ni el deterioro de los inmuebles.

De otra parte, teniendo en cuenta las distintas posiciones jurídicas de los operadores judiciales de familia no solo en el Distrito de Sincelejo, sino en el resto del país, respecto al tema objeto de investigación, dentro del ordenamiento jurídico colombiano debe existir una unidad de

criterios para que exista una verdadera seguridad jurídica y no se desplieguen distintas actuaciones judiciales para un mismo hecho.

Por último, la tesis expuesta si ya logró imponerse en el Distrito Judicial de Barranquilla esperamos que se siga imponiendo en el resto de los Distritos Judiciales del país para que sea aceptada y aplicada pacíficamente, en beneficio de la pronta y cumplida justicia y evitar que los que cuentan con un derecho cierto a suceder se les dilate y en casos hagan nugatorios al desaparecer o desmejorar los bienes congelados con partición postergada en ocasiones con proclives y ocultas intenciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aroldo Quiroz Monsalvo. Manual Civil. Tomo V. Familia, matrimonio civil y religioso, unión marital de hecho, nuevo régimen de guardas. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá D.C.- Colombia.

C.S. de J. Sent. Cas. Civ. de 5 de diciembre de 2008, Exp. No. 50001-3110-002-1999-02197-01).

C.S.J., Sala de Casación Penal, en sede de tutela con ponencia del Dr. Mauro Solarte Portilla. Aprobado Acta No. 013. Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil uno (2001).

Descartes René. El Aborto. Implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas, y políticas. Procodes. Editorial Presencia. Bogotá.

Helí Abel Torralbo. Código Civil. Ediciones Librería El Profesional. 2ª Ed. Editorial ABC. Bogotá, 2002.

Henao Carrasquilla Oscar Eduardo. Código de Procedimiento Civil. Ed. Leyer. 36 Ed. Bogotá, 2015.

Henao Carrasquilla Oscar Eduardo. Código General del Proceso. Ed. Leyer. 2ª Ed. Bogotá, 2012.

Jaramillo Castañeda Armando. Código de Procedimiento Civil. Ediciones Doctrina y Ley. 2003

Morales Molina Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil, parte especial, 8ª Ed, Editorial ABC, Bogotá, 1983

Tribunal Superior de Bogotá. Auto del 04/10/1938. L.R. 122.

Tribunal Superior de Barranquilla. Sala de Familia. Auto 23 de abril de 2015. M.P. Dra. Guiñar
Porras de Vecchio. Exp. 08-001-31-10-006-2012-00259-01. Ref. 00040-2015F

Tribunal Superior de Manizales el auto del 26/01/2011, radicado 15572318400119910137603.

Juzgado Promiscuo de Familia de San Marcos el auto del 05/08/2013, radicado 2013-00080-00.