

# EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN: OTRA MIRADA A LAS SENTENCIAS DE FILIACIÓN EN COLOMBIA

The right of representation: another perspective to order of filiation in Colombia

Wilson Ernesto Zafra Angulo\* José Alexi Rodríguez Morales\*

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

## Resumen

En Colombia se reconoce la igualdad de derechos a todos los hijos a partir de la Ley 29 de 1982. En materia sucesoral, sin embargo, el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 sanciona con la caducidad de derechos hereditarios a quienes demandan la paternidad dos años después de muerto el padre; cuyos efectos también algunos jueces hicieron extensivos para negar el derecho de representación del padre premuerto, interpretando erróneamente que esa sanción era secuela inevitable de la caducidad. Fue necesario que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, oficiando el papel de unificadora de la jurisprudencia nacional, explicara en una singular sentencia que el derecho de suceder directamente a una persona se torna en instituto distinto cuando se sucede en forma indirecta, porque en este último caso, opera la representación donde el hijo como descendiente, sin ser necesariamente sucesor, adquiere vocación para ocupar el lugar hereditario de su padre en la sucesión de sus ascendientes o de los hermanos de este, cuando no quiso o no pudo suceder, teniendo derecho de hacerlo; diciendo que en tal evento la sentencia que declara la filiación, pero niega los efectos patrimoniales, no tiene alcances para impedir la representación porque sus consecuencias adversas únicamente se pueden

hacer sentir frente a las personas que intervinieron en el proceso.

**Palabras clave:** causahabiente, declaración de paternidad, filiación, herencia, representación sucesoria.

## Abstract

In Colombia it is recognized the equality of rights for all the children under the Law 29 of 1982. In terms of Inheritance law, nevertheless, the article 10 of the Law 75 of 1968 penalizes with the caducity of hereditary rights to those who sue for the paternity right two years after the dead of the father, whose effects were made extensive by some judges to deny the right of representation of the predeceased father, interpreting inaccurately that this sanction was an inevitable sequel of caducity. It was necessary that the Court of Civil Cassation of the Supreme Court of Justice, playing the role of unifying the national jurisprudence, will explain in a unique judgment that the right of direct succession to a person becomes a different institute when an indirect succession takes place, since the child as descendent and not necessarily as successor gains vocation to occupy the heritage place of their father in the succession of his ascendants when he did not want to or could not succeed, having the right

\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

to do it. Saying that in such event the judgment that declares the filiation, but denies the patrimonial effects, does not scope to prevent the representation because its adverse consequences can only reach the people that intervened in the process.

**Key words:** Successor, declaration of paternity, filiation, inheritance, successor representation



### Introducción

Cuando un padre fallece sin haber reconocido legalmente a los hijos extramatrimoniales que en vida procreó, surge para estos últimos el derecho imprescriptible de reclamar por vía judicial la filiación y con ello la posibilidad de ser reconocidos como herederos en el proceso de sucesión y participar en la adjudicación de la herencia; sin embargo, esa posibilidad está limitada por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que condiciona la producción de efectos patrimoniales a la sentencia que declare la paternidad, únicamente cuando la demanda sea notificada dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre.

Los alcances de esta norma jurídica han sido erróneamente interpretados por abogados litigantes, e incluso jueces que ignoran que la caducidad de los efectos patrimoniales solo

se configura cuando el demandante pretende heredar a su padre fallecido, si presenta la demanda por fuera del bienio establecido en la ley, mas no tiene cabida cuando se está en presencia de otra figura jurídica como es la representación prevista en el artículo 1041 del Código Civil, que le permite al hijo que ha salido triunfante en el proceso de filiación extramatrimonial ocupar el lugar del padre fallecido y recoger los derechos hereditarios que le corresponderían a este como heredero, bien sea porque no haya aceptado la herencia, la repudió o fue desheredado o declarado indigno. Este trabajo se ocupa en demostrar que el término de caducidad señalado. Inciso postrero del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no cobra ninguna relevancia cuando la demanda de declaración de filiación extramatrimonial no busca que el hijo herede a su padre fallecido, sino ocupar su sitio en una sucesión donde aquel tenga derechos hereditarios.

Para ello se examina la figura de la representación sucesoral como derecho propio del representante, la cual no se deriva ni se hereda del representado y, por consiguiente, no está obligado a acreditar que es sucesor o causahabiente de éste, sino simplemente, que se tiene la calidad de descendiente.

Esta tarea exige hacer un recuento de la legislación colombiana que comienza en el excluyente artículo 86 de la Ley 153 de 1887, que negaba al hijo extramatrimonial todo derecho a participar en la sucesión cuando concurrían los hijos legítimos; sigue con el ya mencionado artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que establece la caducidad patrimonial y termina en la Ley 29 de 1982 que acogió el principio de igualdad sucesoral, sin pasar por alto los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de 1991, que en el quinto inciso del artículo 42 estatuye la igualdad de derechos y deberes para los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él.

El propósito último es señalar, como lo ha hecho la jurisprudencia nacional, que la caducidad de los efectos patrimoniales de las sentencias de filiación extramatrimonial carece de fuerza para privar de derechos al hijo que ha sido declarado en el ejercicio de la representación de su padre. De modo que no son pocos los casos en que se justifica demandar la paternidad aun cuando hayan transcurrido más de dos años contados desde el fallecimiento del padre, por las expectativas económicas que surgen para participar de las herencias que a este le pudieran corresponder.

El barrido sobre el estado del arte entrañó la dificultad de encontrar jurisprudencia y doctrina que se ocupen específicamente del derecho de representación de los descendientes que no consiguieron la declaración de efectos patrimoniales aparejada a la sentencia de filiación extramatrimonial. Los tratadistas del derecho sucesoral tratan el tema de manera general y la sentencia más reciente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que se ocupó del estudio de un caso de esa naturaleza, data del 26 de agosto de 1993.

Por lo anterior, a pesar de tratarse de un artículo de revisión, cuya exigencia requiere de más fuentes, es necesario dejar establecido que no ha sido posible acceder a lo imposible, ya que como se dijo esta problemática no cuenta con soporte legal, ni mucho menos doctrinal, y ha sido solo la jurisprudencia la que ha permitido el estudio y seguimiento del mismo.

## Objetivo

Explicar los efectos jurídicos en el derecho de representación de las sentencias de filiación extramatrimonial en la legislación colombiana.

## Metodología

Mediante el empleo del método sistemático, combinado con el método deductivo, se examinaron las normas que regulan los efectos sucesorales de la filiación extramatrimonial en Colombia, tomando como punto de partida la Ley 153 de 1887. Se hizo un cuidadoso análisis de las reglas relativas a la sucesión intestada previstas en el Código Civil, los efectos patrimoniales de la filiación (Ley 75 de 1968), el artículo 44 de la Constitución Política y la Jurisprudencia –más bien escasa– de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

## Discusión

No ha sido fácil para los hijos extramatrimoniales ocupar un lugar en la familia del padre y concurrir en igualdad de derechos con los hijos legítimos. Para llegar a la posición que ocupan hoy en día, cuando se proscribe por mandato constitucional y legal cualquier forma de discriminación, el camino que han recorrido es largo y tortuoso.

El Código Civil redactado por Andrés Bello para la República de Chile, plagiado y adoptado como Código de la Unión por los Legisladores en 1873 y ratificado con el advenimiento de la nueva Constitución mediante la Ley 57 de 1887, establecía que todo hijo nacido fuera del matrimonio y no reconocido voluntariamente por su padre, podía conseguir que su padre lo reconociera citándolo ante un juez para que bajo juramento declarara sobre la paternidad pretendida. Si lo aceptaba, adquiría el estatus de hijo “natural” en igualdad de condiciones que el reconocido legalmente (Ley 57, 1887).

Por aquellas calendas la filiación se clasificaba en legítima e ilegítima y en esta última se discriminaba entre hijos naturales, los que habían sido reconocidos por el padre; ilegítimos, los

no reconocidos; e hijos de dañado y punible ayuntamiento, los procreados en relaciones adúlteras o incestuosas (Ley 57, art. 52).

En el mismo año, el Código Civil sufrió su primera gran reforma con la reaccionaria Ley 153, que en su artículo 65 derogó los títulos XVI y XVII, relativos a los hijos “naturales” y las obligaciones y derechos entre estos y sus padres. Confirió la condición de hijo “natural” únicamente al nacido fuera del matrimonio que no proviniera “de dañado y punible ayuntamiento”, quedando estos últimos legalmente desamparados, pues apenas les concedió el derecho de recurrir ante un juez para solicitar que se llamara en declaración a sus progenitores para el reconocimiento de la paternidad o maternidad, “con el solo objeto de exigir alimentos” (art. 66) y apenas “en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia” (art. 71).

En cuanto a los llamados a la sucesión, en el artículo 1040 reservó ese derecho para “los descendientes legítimos del difunto, sus legítimos ascendientes, sus colaterales legítimos, sus hijos naturales, sus padres naturales, sus hermanos naturales, el cónyuge supérstite, y, en último lugar, el municipio de la vecindad del finado” (Ley 153, 1887).

Hubo que esperar cerca de cuarenta años para que los vientos de cambio de la “República Liberal” soplaran a su favor y aboliera la odiosa discriminación entre hijos ilegítimos mediante la Ley 45 de 1936, que los arropó a todos bajo la genérica denominación de hijos “naturales” o extramatrimoniales, comprendiendo en la primera categoría a los reconocidos voluntariamente o declarados judicialmente con arreglo a esa misma ley, y en la segunda, a los no reconocidos ni declarados tales en proceso judicial (art. 1º). Instauró por primera vez un sistema de libre investigación de la paternidad, independientemente de la condición que tuviera el hijo nacido fuera del matrimonio y señaló las

hipótesis legales cuya demostración daba lugar a presumir la paternidad y declararla judicialmente (art. 4º).

Así mismo, derogó los efectos restrictivos a la sola provisión de alimentos que hasta entonces tuvo el reconocimiento provocado de la paternidad, disponiendo en el artículo 18 que los hijos legítimos excluían a todos los otros herederos, “excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales” (Ley 45, 1936, art. 18), pero en tal caso un hijo natural, concebido en vigencia de esa ley, heredaba la mitad de lo que le correspondía a un hijo legítimo. El condicionamiento temporal fue eliminado por la Ley 75 de 1968 que, en el artículo 30, extendió los mismos derechos hereditarios a los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, aún en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores (art. 10).

Valga señalar que la Ley 45 de 1936 nada dijo frente a la posibilidad de demandar la filiación extramatrimonial con posterioridad al fallecimiento del presunto padre, sino que apenas remitió estas acciones a las disposiciones regladas en “los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil” (art. 7). Como consecuencia de esas imprecisiones, la jurisprudencia nacional interpretó en un primer momento, y por espacio de algunos años, que estos procesos solo podían ser adelantados en vida del presunto padre, bajo el entendido de que:

*“se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en este juicio al mismo padre, o a sus herederos y representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera esta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. (...) Los (efectos) de*

la filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y los fallos siempre producirán efectos erga omnes” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de abril, 1940).

En época posterior la Corte Suprema de Justicia modificó la línea jurisprudencial para admitir la posibilidad de iniciar el proceso después de ocurrido el fallecimiento del presunto padre, promoviendo la demanda directamente contra los herederos de este, bajo el entendido de que:

*“el presunto padre natural fallece después que se le haya notificado la demanda y antes que la haya contestado puede continuar con los herederos de aquel, no se ve la razón por la cual no habría de ser jurídicamente posible el ejercicio de la acción de filiación natural después de muerto el presunto padre, pues, en realidad, aun en el primer caso el juicio viene a surtirse exclusivamente con los herederos, como si se hubiera iniciado con ellos”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 23 de septiembre, 1954).

A partir de entonces, la Corte Suprema de Justicia continuó defendiendo la tesis de que en los procesos de filiación, “son parte legitimada en la causa el padre o la madre y el hijo, o los herederos de aquellos o de este”, haciendo la precisión de que si la litis es iniciada después del fallecimiento del presunto padre, los herederos del difunto no pueden ser calificados como “legítimos contradictores” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de septiembre, 1969), porque esa denominación está restringida por la ley exclusivamente al padre y al hijo, pero en todo caso sí tienen la legitimación pasiva para resistir la acción de estado y en esa hipótesis el fallo que se produzca “ya no tiene efectos erga omnes sino relativos a quienes hayan participado en el juicio o hayan sido citados al mismo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de sep-

tiembre, 1969) como herederos determinados, sin que ninguna incidencia tenga para variar la calificación que en el proceso hayan sido convocados los herederos indeterminados.

El artículo 10 de la Ley 75 de 1968 introdujo dos reformas de suma importancia. De un lado, zanjó definitivamente la discusión en torno de la legitimación pasiva en el proceso de filiación, estatuyendo si el presunto padre ha muerto, “la acción de investigación de paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge” (art. 10). Y del otro, vino a imponer un límite temporal al ejercicio de la acción en lo que respecta a los efectos patrimoniales que se derivan de la sentencia de filiación, disponiendo que estos se producen “únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción” (art. 10). En su momento, la restricción estuvo justificada en evitar que los herederos del presunto padre, y la cónyuge sobreviviente, fuesen sorprendidos con demandas calculadamente tardías que se aprovecharan del largo transcurso del tiempo para falsear pruebas y erigir, artificialmente, hechos que estructuran causales de paternidad inexistentes, tomando por sorpresa a los herederos del presunto padre demandado, a quienes se pondría en serios aprietos por la extinción de pruebas relevantes, en especial de índole testimonial, que serían fundamentales para defenderse y controvertir los medios de prueba.

La vigencia de esta norma se remonta hasta los tiempos actuales. En su trasiego por el escenario jurídico no son pocas las ocasiones en que su constitucionalidad ha sido cuestionada, por considerarla retrógrada o incompatibles con otras disposiciones.

La primera demanda de la que se tiene memoria fue presentada ante la Corte Suprema de Justicia cuando actuaba como guardiana de la Carta Política de 1886, Corporación que me-



dante la Sentencia N° 66 del 7 junio de 1983, con ponencia del magistrado Ricardo Medina Moyano, la declaró exequible (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 122, 1991). Posteriormente, la misma Corte Suprema de Justicia, a la que se encomendó guardar la integridad y supremacía de la Constitución de 1991 en sus albores, y mientras se conformó la Corte Constitucional y comenzó a ejercer sus funciones, volvió a declararla exequible en la Sentencia N° 122 del 03 de octubre de 1991, bajo la consideración de que el término de dos años otorgado al hijo para demandar la paternidad una vez sobreviniera la muerte del presunto padre, se ajusta al nuevo texto fundamental porque la caducidad apenas abarca los aspectos patrimoniales de la acción y deja a salvo la acción de estado civil que continúa siendo imprescriptible. A juicio de ese Tribunal, la persona dispone de un tiempo “ciertamente largo” para optar o no por instaurar la acción de investigación de paternidad, y si no lo hace en el transcurso de los dos años que se le conceden, ello se traduce en un abandono de la acción y este comportamiento luego no puede ser alegado en su favor (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 122, 1991).

Por otra parte, tampoco encontró que el texto parcialmente demandado sea contrario a principios de orden constitucional como los de igualdad de derechos y deberes entre los hijos procreados dentro del matrimonio o fuera de él porque la norma no establece una solución jurídica desigual entre unos y otros, sino que simplemente se limita a regular un aspecto relativo al estado civil de las personas en caso de que exista incertidumbre y se haya presentado el fallecimiento del presunto padre o del hijo, de modo que mientras ese punto no se resuelva, no puede predicarse una desigualdad sucesoral, porque de ella únicamente puede hablarse cuando los estados civiles están definidos y no en aquellas situaciones en las que tales derechos son apenas eventuales por estar

condicionados a una decisión que previamente establezca la certeza del estado civil (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 122, 1991).

La Corte Constitucional, en las sentencias C-336 de 1999 y C-009 de 2001, resolvió no pronunciarse de fondo y en su lugar declaró que debía estarse a lo ya decidido por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia atrás reseñada, por haber operado la cosa juzgada constitucional.

Por vía de excepción los abogados casacionistas también hacen intentos de conseguir que la Sala de Casación Civil se abstenga de aplicar el término de caducidad contenido en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Es célebre, por su vehemencia, el registrado en la Sentencia del 26 de agosto de 1993, donde el jurista demandante, planteó la excepción de inconstitucionalidad, sustentándola en la existencia de un conflicto entre el precepto legal y otras normas posteriores e incluso de superior jerarquía, arguyéndose que con la caducidad se arrebató al hijo extramatrimonial el derecho a participar en la sucesión, lo cual califica de regresión a los

*“principios inhumanos y excluyentes del artículo 86 de la ley 153 de 1887 que negó al hijo natural toda participación sucesoria cuando concurren con hijos legítimos. Esta odiosa discriminación, calificada injurídica e inmoral, por obra del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 recobra su vigencia cuando se presenta la caducidad mencionada.*

*El inciso final del artículo 10, mirado hoy con la óptica que recorrieron primero la Ley 29 de 1982 y luego los principios consagrados en los artículos 5, 12, 13, 42 (inciso 5) de la reciente Constitución de 1991, constituye un vergonzoso regreso a un pasado ya superado de injustas limitaciones, de atropello a los derechos hereditarios del hijo extramatrimonial. En ese desafortunado texto de la Ley 75, palpita una tremenda injus-*

*ticia, una desmesurada e indefensible iniquidad, que no acompasa con los renovadores aires de igualdad, indiscriminación, dignidad humana y orden social justo, predicados desde el Evangelio, reiterados en la Revolución francesa, pregonados en la independencia y ahora enarbolados como estandarte de los constituyentes de 1991” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de agosto, 1993).*

Pidió el jurista en aquella oportunidad que desde la jurisprudencia

*“se extrañen de nuestro cuerpo legal discriminaciones tan odiosas como la que consagra el inciso mencionado, disposición que en su momento se aplicó sin protesta, pues aún no se había constituido legislativamente la igualdad de derechos sucesorales de todos los hijos, ni se habían consagrado los principios que ahora campean en los artículos 5, 12, 13, 42 (inciso 5º) de la nueva Carta fundamental del país”. Pero hoy “esta injusticia ya no se compadece en frente de los nuevos ordenamientos constitucionales y legales”. De modo que “el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 resulta ser un cadáver jurídico, una norma que, por derogación tácita, quedó sepultada en el pasado, motivo por el cual, aplicarla como vigente, constituye un palmario quebranto por aplicación indebida, pues él la carece ya de la calidad de norma pertinente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de agosto, 1993).*

Sin embargo, la Corte Suprema negó la excepción fundándose en la declaración de exequibidad otorgada en las sentencias del 7 de junio de 1983 y el 3 de octubre de 1991, cuando ese Tribunal fungía como juez constitucional.

En conclusión, la caducidad de los efectos económicos que se derivan de la sentencia de filiación se mantiene automática frente a las demandas instauradas después de completado el bienio impuesto como límite, contado a partir del fallecimiento del padre.

Ahora bien, cuando la demanda es interpuesta dentro de los dos años siguientes al óbito del supuesto progenitor, pero se notifica a los herederos por fuera de ese término, debe señalarse que la jurisprudencia no ha sido unívoca. En los primeros años de vigencia de la Ley la interpretación mantuvo un tono exegético que impedía otorgarle efectos patrimoniales a las sentencias frente a los demandados cuyas notificaciones se produjeron después de vencidos los dos años.

Con el tiempo, esa posición inflexible se fue morigerando para contemplar factores subjetivos como la diligencia puesta por el demandante para hacer efectivas las notificaciones y las maniobras de los demandados para evadir o eludir la notificación, haciendo depender de ello la producción de los efectos patrimoniales. Con ocasión de la reforma que sufrió el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil con la expedición del Decreto 2282 de 1989 que le concedió a la presentación de la demanda la virtud de interrumpir la prescripción y hacer inoperante la caducidad, siempre y cuando el auto admisorio se notificara al demandado dentro del término de 120 días, contados a partir del día siguiente a la notificación al demandante de esa providencia, término que la Ley 794 de 2003 elevó a un año, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró necesario armonizar esa norma con el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, de manera que si la demanda es presentada antes de cumplirse los dos años del fallecimiento del presunto padre y se notifica a los herederos y la cónyuge sobreviviente que sean demandados dentro del año siguiente a su admisión, la sentencia que finiquite el juicio trae consigo la producción de efectos patrimoniales y en caso contrario, esto es que no se cumplan los dos requisitos o alguno de ellos, “corre sin obstáculo y se configura la caducidad, que impide el reconocimiento de los efectos patrimoniales a la filiación que se acceda” (Sala de Casación Civil, 6264, 2002).

Por el momento es esa la posición que sostiene la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil en su papel de unificadora de la jurisprudencia nacional que le impone el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil.

Con todo y lo ya dicho, la aplicación del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que despoja de efectos patrimoniales a las sentencias pronunciadas en procesos de filiación que no se han ceñido al término de los dos años para la presentación de la demanda, o a los términos de 120 días y, últimamente, un año que en sucesivas reformas el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil ha previsto para notificar a los demandados y hacer inoperante la caducidad, ha sido también objeto de candentes controversias porque jueces y tribunales han privado a los demandantes vencedores, no ya de heredar al padre fallecido, que es la consecuencia directa de no haber demandado en término, sino de la posibilidad de representarlo en las sucesiones donde aquel tenía la condición de heredero, sin detenerse a analizar que en esos últimos casos la reclamación de herencia no se hace a título de heredero del padre premuerto sino como descendiente de aquel, del cual es causahabiente inmediato.

Por esta razón, en el presente trabajo se aborda el estudio de la representación en el derecho sucesoral, que por no emanar de la calidad de heredero que se tenga frente al representado, sino de la condición de descendiente de este, se torna en un derecho autónomo que no supedita su reconocimiento a que la sentencia declarativa de la filiación extramatrimonial lo determine o que se produzca como consecuencia de haberse presentado la demanda y notificado a los demandados en los términos legalmente previstos para cada una de esas actuaciones.

La representación es una figura contemplada en el artículo 1041 del Código Civil como una

de las formas de heredar que le permite a una persona natural suceder a un difunto por haber faltado otra que estaba llamado a recoger la herencia.

Los historiadores del derecho identifican rasgos de este derecho en el antiquísimo Código de Hammurabi (apartados 28 y 29) que concedía al hijo del oficial o soldado que no retornara de la guerra el ocupar el puesto y los intereses de su padre mientras estuviese ausente.

La institución toma la forma propiamente dicha en el derecho romano, como resultado de la concepción que allí se tenía de que quien muere pervive en la humanidad de sus hijos y demás descendientes, la cual permitió reconocerle derechos herenciales a la estirpe de los hijos premuertos, y con el tiempo de sus hermanos, bajo la ficción de suponer que el padre muerto continuaba viviendo en sus hijos y en tal condición estos últimos podían recoger los bienes herenciales que le hubiesen correspondido de estar presente físicamente.

El Código de Justiniano instituyó como “justo” que los nietos y nietas entraran en la sucesión del abuelo en lugar del padre que no podía hacerlo personalmente por haber fallecido. Con el tiempo la disposición extendió sus alcances para que ese derecho también lo obtuvieran los descendientes de los declarados indignos, de los desheredados y de los que repudiaran la asignación sucesoral, para no hacer partícipes a los hijos inocentes de las consecuencias de los actos de sus padres. Se lee en la novela 118 en relación con los descendientes legítimos, que “si alguno de estos ha muerto dejando hijos u otros descendientes de uno y otro sexo, estos sucederán en lugar de sus padres y cualquiera que sea su número recibirá de la herencia del difunto una parte grande como la que hubiera recibido su padre si hubiera vivido” (Escobar, 2008).



En el derecho colombiano el artículo 1043 del Código Civil, en la original redacción de la Ley 57 de 1887, consagraba que había lugar a la representación “en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales”, pues fuera de esas descendencias “no hay lugar a la representación”. Esa limitación continuó sin modificaciones en vigencia de la Ley 45 de 1936 hasta que la Ley 29 de 1982 puso punto final a la injusta discriminación modificando la norma en el artículo 3° para decir que simplemente hay lugar “a representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos”, eliminando la condición de legitimidad a fin de que la figura opere sin ningún distingo para todos los hijos, ya sean legítimos, extra-matrimoniales o adoptivos. Bajo ese entendido, hoy puede afirmarse que, en virtud de la representación, la herencia que le corresponde a un hijo, o a un hermano del difunto, que no quieran o no puedan sucederle, puede ser recogida por los hijos de estos, quienes vienen a ser los nietos o sobrinos del causante, según el caso, y así sucesiva e indefinidamente a medida que los grados de parentesco se encuentren vacantes. Valga aclarar, sin embargo, que la representación sucesoria opera solo en favor de los descendientes del difunto y de los descendientes del hermano del difunto; y no cobija a ningún otro pariente.

En cuanto a los alcances del artículo 1041 del Código Civil, la norma se ocupa como primera medida en precisar que en la sucesión intestada se sucede, “ya por derecho personal, ya por derecho de representación”, en otras palabras, se puede suceder a una persona en forma directa o en forma indirecta. Lo primero ocurre cuando el heredero esgrime el grado de parentesco que lo une con el difunto para heredar por sí mismo, acogiéndose a los órdenes sucesorales establecidos por el legislador. Lo segundo, cuando el derecho sucesorio se adquiere por intermedio

de otra persona, como acontece con la representación donde la ley supone que una persona ocupa el lugar y, por lo mismo, el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si no pudiesen o no quisiesen suceder.

La jurisprudencia y la doctrina sostienen unívocamente que la representación es una forma de heredar que otorga vocación a un descendiente de un hijo del causante o descendiente de un hermano del causante para situarse en el lugar que dentro del orden sucesoral ocuparía el hijo o hermano del de cujus que no quiso o no pudo sucederle, convirtiéndose de ese modo, por mandato de la ley, en heredero del causante.

Así las cosas, para que opere la representación es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que un hijo o, en su defecto, un hermano del causante no quiera o no pueda sucederle, lo que puede ocurrir por su muerte anterior a la del de cujus, por su indignidad para sucederle, por su desheredación o por haber repudiado la herencia, y a consecuencia de una cualquiera de esas eventualidades, su lugar se encuentre vacante;
2. Que ese hijo o hermano del causante, según el caso, tenga descendientes, entre los cuales los más próximos son los llamados a la representación;
3. Que el representante, es decir, el descendiente del hijo o hermano del causante cumpla los requisitos generales que se exigen para sucederlo, en otras palabras, que exista, que acepte la herencia y que no esté incurso en causal de indignidad;
4. Que en el caso de que el representante no sea hijo del representado sino que se encuentre en otro grado de parentesco, como en el caso del nieto, que los grados de parentesco

intermedio también se encuentren vacantes porque quienes los ocuparen no quisiesen o no pudiesen suceder; 5. Que el representado sea titular de los órdenes primero y tercero, conforme lo dispone el artículo 1043 del Código Civil, modificado por el artículo 3° de la Ley 29 de 1982.

En cuanto corresponde a las situaciones en las que se produce la falta del representado, el artículo 1044 del Código Civil habla de que se puede “representar al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto” (Código Civil).

Si bien es cierto que la norma antes transcrita señala textualmente que se puede representar al “incapaz”, la jurisprudencia y la doctrina han identificado como tal al premuerto, esto es el hijo del causante que ha fallecido antes que este y por el mismo hecho se presenta la incapacidad, que en este caso no puede confundirse con la noción de capacidad para obligarse que tiene una persona y consiste “en poder obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”, tal y como está definida en el segundo inciso del artículo 1502 del Código Civil, pues en este caso, aun los que son considerados incapaces absolutos o relativos para obligarse, no son despojados de la capacidad de goce y se les reconoce su derecho de participar en la asignación de la herencia (Código Civil, art. 1502).

La indignidad del representado consiste en una pena civil que ocasiona en el heredero la pérdida de su derecho de suceder al difunto por haber incurrido en alguna de las cinco causales del artículo 1025 del Código Civil que acarrear la imposición de esa sanción, pues cualquiera de ellas causa agravio al causante, a su cónyuge o a sus parientes, y por eso la ley autoriza que se excluya al representado de la herencia. Sin embargo, como se trata de una conducta personal, con justicia la ley ha previsto que los

descendientes del sancionado no tienen por qué verse perjudicados y lesionados en sus derechos por el mal comportamiento del heredero, permitiéndoles en consecuencia que tomen su lugar, desde el momento en que fallece el de cujus, y reclamen la herencia que le hubiese correspondido al indigno.

El repudio, contemplado en el primer inciso del artículo 1044 del Código Civil, es un acto unilateral del heredero que a motu proprio rechaza la asignación herencial que se le defiere por ministerio de la ley, y por la misma naturaleza personal que tiene ese acto, la ley ha considerado que con su decisión no puede vincular a sus descendientes que de ese modo verían mermadas sus posibilidades económicas. De ahí que estos últimos puedan concurrir a la sucesión ocupando el puesto dejado por el que repudia para reclamar que les sean adjudicados los bienes que a aquel le hubiesen correspondido.

Finalmente, el desheredamiento es una situación que se origina en el testamento, y que si bien es cierto obedece a la voluntad del testador, para que produzca efectos debe ser un acto consecuente a un comportamiento del desheredado que se ajuste a cualquiera de las cinco causales taxativamente señaladas en el artículo 1266 del Código Civil, la cual debe quedar específicamente expresada en el testamento. En este último evento, la penalidad afecta económicamente a los descendientes del desheredado y al igual de lo que acontece con el declarado indigno, no se ve justo que ellos tengan que pagar las consecuencias de hechos en los que nada tuvieron que ver.

A manera de conclusión ha de decirse que sea cualquiera la causa que impida al representado recoger por sí mismo la herencia de su causante, el hijo de este que haya demandado la declaración de paternidad después de ocurrido el fallecimiento y obtenido sentencia favorable,

queda debidamente facultado para ocupar su lugar en la reclamación de las herencias a que tenía derecho su padre premuerto y que no pudo o no quiso recoger, sin mediar la condición de que el fallo produzca efectos patrimoniales, porque, como se ha venido diciendo, el derecho no se deriva de su condición de heredero o sucesor sino de la condición de descendiente, esto es de hijo del padre fallecido, para lo cual el único requisito que se exige es que los grados de parentesco intermedio estén vacantes.

Así lo ha clarificado la Corte Suprema de Justicia al explicar que en la representación sucesoria “el representante no es sucesor del representado, sino tan solo del causante, desde luego que han padecido eclipse todos los grados que se interponían entre este y quien le sucede por representación, el cual se constituye entonces en su causahabiente inmediato. La representación es así un derecho propio del representante, que lo legitima para ocupar el puesto que ha dejado vacío el representado en la sucesión del difunto. De aquí que se pueda representar no solo al premuerto, sino al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Y más aún: que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado (art. 1044)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de agosto, 1993).

Y, refiriéndose específicamente a los efectos adversos de las sentencias que declaran la filiación extramatrimonial, pero niegan la producción de los consecuentes efectos patrimoniales, en esta última sentencia que se revisa, señaló categóricamente que estos efectos, “solo pueden redundar en favor o en contra de las personas legitimadas para sostener el pertinente litigio”, quienes, además, deben haber intervenido en el proceso, de modo que su radio de acción no puede extenderse para cobijar a otras personas ajenas al debate procesal y, por esa vía, impedir que cobren eficacia pretensio-

nes de contenido económico que el hijo triunfante en la acción de estado civil quiera hacer valer, con independencia de su condición de heredero del padre premuerto, como ocurre específicamente en el derecho de representación que consagra el artículo 1041 del Código Civil (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de agosto, 1993).

## Conclusiones

Las normas del Código Civil del siglo XIX que reglaban asuntos trascendentales en la vida de las personas, como los derechos y obligaciones entre padres e hijos y las cuestiones sucesoriales, son hijas de su tiempo; expedidas al amparo de la Constitución de 1886 que no consagraba en su texto el derecho a la igualdad, y para una sociedad conservadora, católica, anclada en su pasado colonial y que se resistía a la modernidad.

El legislador protege la institución de la familia nuclear en su concepto más tradicional y la impone forzosamente como el único modelo válido al que podían optar los colombianos si pretendían que sus derechos fueran reconocidos por la ley.

En esta cruzada el Código Civil proscribió los vínculos parentales surgidos de uniones carnales que no contaban con la bendición matrimonial. Reconoce unos derechos mínimos sucesoriales a los hijos procreados entre padres solteros, no casados entre sí, en caso de tener el reconocimiento paterno; pero quienes llevan la peor parte son los nacidos de relaciones donde uno o ambos padres tenían vínculos conyugales vigentes con otras personas, condenados desde el vientre materno a llevar una vida de parias por provenir de “dañado y punible ayuntamiento”, sin derecho a exigir nada distinto a los alimentos para sobrevivir y desheredados de su progenitor por ministerio de la ley.

Los legisladores de entonces no repararon que por guardar las apariencias e instituir un ideal de sociedad cometieron terribles injusticias frente a criaturas inocentes, nacidas, en el mejor de los casos, como frutos de amores prohibidos, y, en el peor, como producto de violaciones o abusos sexuales que cometían los varones prevalidos de su condición masculina, su condición social, su condición económica y un régimen de impunidad legal que los amparaba civilmente. En ese tiempo, como ocurre todavía hoy, las mujeres víctimas y sus hijos invariablemente pertenecían a los estratos socioeconómicos más bajos y sobrevivían en la pobreza o miseria: los eternos marginados de siempre.

Las luchas por las reivindicaciones sociales que sacudieron al mundo en las primeras décadas del siglo XX sirvieron de escenario para que el Congreso flexibilizara las rígidas normas de filiación y sucesión en la Ley 45 de 1936 para desterrar del vocabulario jurídico las denominaciones peyorativas, permitiéndole a los hijos extramatrimoniales la libre investigación de la paternidad y otorgándoles la mitad de la herencia que recibía el legítimo.

Sin embargo, en el terreno de la representación la espera se prolongó por cerca de un siglo, hasta cuando la Ley 29 de 1982 abolió la injusta discriminación y reconoció iguales derechos a todos los hijos, sin distingos de origen.

Como la ley nada dijo de los hijos que demandaran la filiación después de muerto el presunto padre, los jueces emplearon la analogía y daban aplicación al último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, para despojarlos de los derechos como descendientes, al mismo tiempo que eran despojados de los derechos herenciales, cuando intentaban la demanda después de dos años del óbito del causante.

Y fue necesario que la jurisprudencia de la Sala

de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia impusiera su criterio como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria para aclarar que son unos los derechos del heredero y otros muy distintos los derechos del descendiente; que mientras los primeros caducan cuando la acción de estado civil no se interpone dentro del término que la ley señala, los otros no están sometidos a esa caducidad porque el derecho de representación pertenece a un instituto diferente y está sometido al cumplimiento de reglas distintas. Empezando porque no se hereda al padre extramatrimonial sino que se le representa, valiéndose de la condición de hijo, para reclamar como representante de este las herencias que no pudo o no quiso reclamar en todos los casos a que haya lugar a heredar, con una única limitación que impone el artículo 3º de la Ley 28 de 1982, que hace operar la figura frente a ascendientes o hermanos de los ascendientes.

El principal argumento esgrimido por la Corte es que la negación de los efectos patrimoniales de la sentencia únicamente aprovecha a quienes fueron parte y actuaron en el proceso de filiación como demandados, sin hacerse extensivos a terceros que allí no tuvieron intervención alguna, de modo que frente a estos últimos no surgen impedimentos para hacer valer reclamaciones patrimoniales.

Sobre este punto es preciso aclarar que no abunda la jurisprudencia sobre el derecho de representación de los descendientes que obtienen la declaración de hijos del representado en procesos promovidos después del vencimiento del término de los dos años previsto en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968. A la dificultad se agrega que el buscador de jurisprudencia de la página web de la Corte Suprema de Justicia solo permite recuperar archivos desde 1995, lo cual limita la obtención de fuentes para el abordaje de esta investigación, siendo necesario el uso de otros sistemas de

pago como <http://app.vlex.com/> que permite ubicar sentencias con una antigüedad mayor.

De este modo, situándose en el terreno meramente económico, el hijo que pretenda adelantar un proceso de filiación extramatrimonial frente a un padre que lleva más de dos años fallecido, con el único interés de conseguir beneficios patrimoniales, debe extender la mirada más allá de su progenitor y posarla en sus ascendientes o hermanos de los ascendientes que le hayan sobrevivido, sea que estén fallecidos o aún se encuentren vivos, examinando en cada caso particular si el presunto padre tuvo vocación hereditaria sobre bienes relictos o existe una expectativa real y cierta de que pueda tenerla en el futuro, bien sea para intervenir en los juicios de sucesión como representante del heredero, o adelantar procesos de petición de herencia cuando ya se encuentren liquidadas.



## Referencias

- Abello, J. (2007). Filiación en el derecho de familia. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla - Universidad Sergio Arboleda
- Calderón Rangel, A. (2001). Lecciones de derecho hereditario - sucesión ab-intestato. Bucaramanga: Editorial UNAB.
- Cañón Ramírez, P. A. (1995). Derecho civil, t. II, vol. 1. Familia. Bogotá: Legislación Jurisprudencia Doctrina.
- Código Civil colombiano expedido por el Congreso de 1873 adoptado por la Ley 57 del 15 de abril de 1887. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/6835/>
- Código Civil y Legislación Complementaria (2012). Bogotá: Legis Editores.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-009. M. P.: Fabio Morón Díaz. Recuperada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-009-01.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1940). Sentencia del 26 de abril. Citada por esa Corporación en la Sentencia 7769 del 01 de agosto de 2003. M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Recuperado de [https://www.redjurista.com/documents/csj\\_scc\\_s-078-2003\\_\[7769\]\\_2003.aspx](https://www.redjurista.com/documents/csj_scc_s-078-2003_[7769]_2003.aspx)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1954). Sentencia del 23 de septiembre. Citada por esa Corporación en la Sentencia 7769 del 01 de agosto de 2003. M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Recuperado de [https://www.redjurista.com/documents/csj\\_scc\\_s-078-2003\\_\[7769\]\\_2003.aspx](https://www.redjurista.com/documents/csj_scc_s-078-2003_[7769]_2003.aspx)
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. (1983) Sentencia del 7 de junio. M. P.: Ricardo Medina
- Moyano. Citada en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2013). Sentencia del 20 de agosto. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1993). Sentencia del 26 de agosto. M. P.: Héctor Marín Naranjo. Recuperado de <http://vlex.com/vid/552596050>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2002). Sentencia del 4 de julio. M. P.: Nicolás Bechara Simancas. Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. (2002). Sentencia del 4 de julio. Citada en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2013). Sentencia del 20 de agosto. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Recuperado de [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novidades/Archivo/Civil/2013/S-%2020-08-2013%20\[1100131100022003-00716-01\].pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novidades/Archivo/Civil/2013/S-%2020-08-2013%20[1100131100022003-00716-01].pdf)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2013). Sentencia del 20 de agosto. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Recuperado de [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novidades/Archivo/Civil/2013/S-%2020-08-2013%20\[1100131100022003-00716-01\].pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novidades/Archivo/Civil/2013/S-%2020-08-2013%20[1100131100022003-00716-01].pdf)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2014). Sentencia del 9 de mayo de 2014. M. P.: Ariel Salazar Ramírez. Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co>
- Escobar Escobar, J. F. (2008). Un error de primer orden: la interpretación del cuarto orden hereditario. Recuperado de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/312/1139>

Ley 153 (15/09/1887). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15805>

Ley 45 (05/05/1936). Recuperado de <http://legal.legis.com.co/document/index?obra=leg-col&bookmark=bf18d0e2d73ed9c4f40a2fd-86f15581512dnf9>

Ley 75 (30/12/1968). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4828>

Ley 29 (24/02/1982). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4828>

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Sala Primera de Decisión Civil Familia. (2012). Sentencia del 10 de mayo. M. P.: Anasheilla Polanía Gómez. Recuperado de [https://www.redjurista.com/Documents/csj\\_scc\\_a-\\_21-08-2013\\_\[4155131840022006-00480-01\]\\_2013.aspx](https://www.redjurista.com/Documents/csj_scc_a-_21-08-2013_[4155131840022006-00480-01]_2013.aspx)

Umaña Luna, E. (1996). La familia: núcleo fundamental de la sociedad. Bogotá: Ediciones Librería La Constitución Ltda.