

*LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL Y LA IGUALDAD DE DERECHOS
PARA EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN COLOMBIA*

CARLOS ARTURO CASTRO LOPEZ

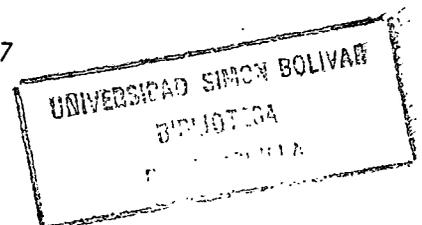
*Trabajo de investigación pre-
sentado como requisito parcial
para optar al Título de Aboga-
do.*

Director: Dr. BLAS GONZALEZ

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1987



4034251

D...

DE
#0208



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
BARRANQUILLA	
No. INVENTARIO	4034251
PRECIO	409
FECHA	20 FEB. 2008
GANJE	DONACION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BOQUILLA

T
346.016 861
C.355

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado.

Jurado

Barranquilla, de Julio

.DEDICATORIA

*A mis padres y a mis hermanos
por sus estímulos para lograr
mi objetivo.*

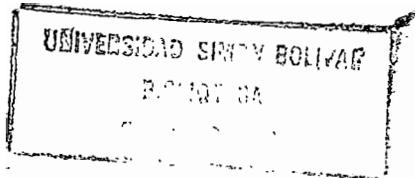
Carlos Arturo

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	9
1. FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	11
1.1 NOCION Y FUENTE	11
1.2 CLASIFICACION DE LA FILIACION	12
1.3 SISTEMAS DE FILIACION	14
1.3.1 Sólo la filiación legítima	14
1.3.2 Filiación legítima y natural	14
1.3.3 Filiación sobre la base de la procreación.....	14
1.4 DERECHO COMPARADO	15
2. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS	17
2.1 EL CODIGO CIVIL	17
2.2 LAS LEYES DE 1887	19
2.3 LEY 45 DE 1936	20
2.4 LEY 75 DE 1968	22
2.5 DECRETO-LEY 2820 DE 1974	23
2.6 LEY 29 DE 1982	24

3. DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL.....	26
3.1 EN RELACION CON LOS PADRES	26
3.1.1 En relación con la madre	26
3.1.2 En relación con el padre	27
3.2 CARACTERISTICAS DEL RECONOCIMIENTO	28
3.2.1 Es irrevocable	28
3.2.2 Es una confesión	28
3.2.3 Es un acto declarativo	29
3.2.4 Es un acto voluntario	29
3.2.5 Es un acto personalísimo	29
3.2.6 Es un acto expreso	30
3.2.7 Es un acto unilateral	30
3.2.8 Es un acto solemne	30
3.2.9 No admite modalidades	31
3.2.10 Produce efectos erga omnes	31
3.2.11 Debe notificarse al hijo	31
3.3 RECONOCIMIENTO DE HIJOS DADOS A LUZ POR MUJER CASA DA	32
3.3.1 Casos en que es posible	32
3.3.2 Requisitos para su validez	35
3.4 FORMAS O MODOS DE HACER EL RECONOCIMIENTO	35
3.4.1 Acta de nacimiento	36
3.4.2 Escritura pública	36
3.4.3 Testamento	37

3.4.4 Por manifestación expresa y directa ante un juez	37
3.4.5 Citación ante un juez del presunto padre.....	37
3.5 NOTIFICACION Y ACEPTACION DEL RECONOCIMIENTO.....	39
3.6 IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL	40
4. INVESTIGACION DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.....	43
4.1 MATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL	43
4.2 CAUSALES DE PRESUNCION Y DECLARATORIA DE LA PATERNIDAD	47
4.2.1 Rapto y violencia.....	48
4.2.2 Seducción.....	49
4.2.3 Confesión inequívoca	50
4.2.4 Relaciones sexuales	51
4.2.5 Trato personal y social del padre.....	52
4.2.6 Posesión notoria del estado de hijo.....	53
4.3 EXCEPCIONES	56
4.4 EJERCICIO DE LA ACCION DE INVESTIGACION.....	57
4.4.1 Legitimación activa.....	58
4.4.2 Legitimación pasiva	58
4.4.3 Procedimiento	58
4.4.4 Extinción de la acción	59
5. DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	61



5.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES	61
5.2 DERECHOS HEREDITARIOS	63
5.3 REQUISITOS PARA LA APLICACION DE LAS LEYES 29 DE 1982	67
CONCLUSIONES	68
BIBLIOGRAFIA	70

INTRODUCCION

En este trabajo presento un bosquejo de las diversas etapas en la evolución legislativa de nuestras instituciones civiles, en relación con el tratamiento jurídico otorgado al hijo habido fuera del vínculo matrimonial.

En la preparación del mismo me animó siempre la tempranera inquietud que me embargó, al iniciar mis estudios de Derecho para tratar de reunir las diferentes posiciones adoptadas - por nuestro estatuto civil en este trascendental y, por qué no, polémico tema.

Por ello no es casual que alrededor de éste se planteen diversas y disímiles posiciones que son manifestaciones de los encontrados criterios que abordan tan interesante problemática humana y jurídica a través de los años.

Tan enconada diferenciación doctrinal se ha manifestado en todas las legislaciones del mundo. Y no es para menos, pues la situación jurídica del hijo extramatrimonial afecta a la

familia, base de la sociedad moderna. Como también se ha argüido, por algunos autores, que socava la institución matrimonial reconocida como la base de la filiación legítima, la cual se pretende proteger.

Se busca en este trabajo exponer estos diversos criterios para que se observe el por qué se hacía necesario poner fin a absurdas discriminaciones que en el Derecho moderno no tienen ninguna justificación.

Se presenta también el registro cronológico de los antecedentes legales y las profundas reformas en las normas que han reglado la materia, se reseña las modificaciones introducidas en algunos países y se destaca la corriente renovadora en el Derecho actual para otorgarle la igualdad de derechos a los hijos extramatrimoniales.

Todo lo cual se traduce en el advenimiento de importantes modificaciones en nuestra legislación para otorgarle igualdad de derechos para el hijo extramatrimonial en Colombia. Tanto a nivel del ejercicio de las acciones encaminadas a obtener su filiación como al efectivo goce de sus derechos personales y hereditarios, pasando por su nueva posición o status ante la familia y la sociedad.

En la realización de este trabajo he hecho uso de las normas recomendadas por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas.

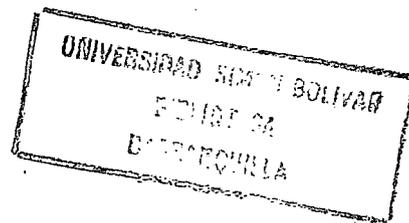
1. FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

1.1 NOCION Y FUENTE

Las relaciones sexuales extramatrimoniales dan origen a la filiación extramatrimonial, cuando ésta es declarada así con arreglo a la ley.

No obstante, no hay una reglamentación con respecto a los derechos y a las que se derivan de las uniones habidas fuera del vínculo matrimonial, a excepción de la referente a los hijos concebidos bajo estas uniones.

Por lo tanto, si todo ser humano es fruto de la concepción y ésta sólo es posible mediante la conjunción irremplazable de un hombre y una mujer facultados para ello por la naturaleza, origen y fuente de la filiación, resulta de capital importancia el derecho que todo individuo posee para conocer quiénes son sus padres y para establecer el estado civil que legalmente le corresponde.



Cuando en nuestro país se expidió el Código Civil, se establecieron tres categorías de hijos ilegítimos, según su procedencia o el estado civil de las personas que los habían engendrado. Además se prohibió el reconocimiento para algunos de ellos.

Mas gracias a la evolución normativa, este trato discriminatorio se modificó y hoy se han eliminado las desigualdades tanto en el orden hereditario como en el derecho de representación.

1.2 CLASIFICACION DE LA FILIACION

La palabra Filiación remonta sus orígenes a la acepción latina *filiu filii*, que quiere decir hijo. Lo cual nos significa descendente que existe entre dos personas, donde una es el padre o la madre de la otra, de acuerdo con el concepto de Planiol y Ripert. También significa la relación que se da entre dos seres de los cuales uno emana del otro por generación.

El término filiación presupone correlativamente la paternidad y la maternidad, que constituyen la doble fuente de la filiación.

Por tanto, y de acuerdo con el concepto del Doctor Roberto

Suárez Ffanco, "la filiación, que es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecidos por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal".

Es así como la filiación se presenta, tanto en el campo jurídico como en el social, en dos especies: la legítima o matrimonial y la ilegítima o extramatrimonial.

La primera tiene dos elementos esenciales: uno, que tiene origen en la misma naturaleza y otro, que se apoya en la ley. La segunda tiene uno solo: el que se origina en la naturaleza, razón por la cual en muchos casos se le denomina natural.

La filiación es un estado jurídico que se le asigna legalmente a determinada persona, tomando en cuenta la relación natural de procreación que la une con la otra. De tal manera que la filiación constituye un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas, y, asimismo es un estado civil, ya que implica la situación jurídica del hijo con respecto a la familia y a la sociedad, lo cual va a determinar su capacidad para ejercer ciertos derechos

y cumplir correspondientes obligaciones.

1.3 SISTEMAS DE FILIACION

En lo concerniente a la determinación de la filiación, las legislaciones oscilan entre los siguientes sistemas:

1.3.1 Solo la filiación legítima

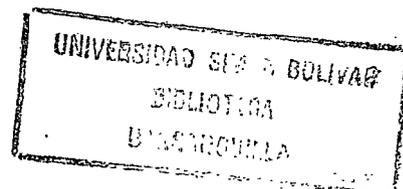
Algunas legislaciones determinan los derechos que emanan de la filiación y a ésta misma, exclusivamente del vínculo del matrimonio entre los padres del hijo.

1.3.2 Filiación legítima y natural

Otras legislaciones agregan a la anterior y reconocen, además, la filiación natural (extramatrimonial) la cual hacen derivar sólo del reconocimiento voluntario de los padres, del nacimiento respecto a la madre soltera o viuda o de la declaración judicial, pero en todos estos casos con limitados efectos tanto personales como patrimoniales.

1.3.3 Filiación sobre la base de la procreación

Por último, hay legislaciones, que, en cambio, establecen la filiación sobre la base única de la procreación, hacien



do iguales en los derechos y obligaciones, personales y patrimoniales, a los hijos legítimos y naturales o extramatrimoniales.

1.4 DERECHO COMPARADO

La gran mayoría de países han hecho reformas tendientes a buscar la igualdad entre los hijos legítimos y extramatrimoniales. Veamos algunos ejemplos:

- En los países europeos, en estos últimos años se han suprimido toda discriminación entre derechos de los hijos legítimos y extramatrimoniales.
- En Alemania tenemos la Ley del 19 de agosto de 1969, que incluyó a los hijos extramatrimoniales dentro de la familia de sangre del padre; además no sólo lo hereda sino - que se establecen todas las obligaciones y derechos que en la legislación anterior existían en relación con la madre. Asimismo se cambió la expresión de hijos ilegítimos por la de no matrimoniales. Igualmente puede recurrir a la justicia para comprobar su paternidad.
- En Francia se expidió la ley del 3 de enero de 1972 que contempla la igualdad de derechos para toda clase de hijos. Incluso parte de la base de que existen padres extra

matrimoniales, más no hijos extramatrimoniales.

De igual manera podemos observar nuevas disposiciones en materia de derecho de familia que han abolido toda discriminación entre hijos legítimos y extramatrimoniales: Italia (Ley del 19 de mayo de 1975); Suiza (Ley del 26 de junio de 1976) Austria (leyes de filiación de 1970 y 1977); Suecia (leyes de 1976); España (ley número 11 de 1981).

En América Latina el Código Civil de México fue el primero que igualó los derechos de hijos extramatrimoniales y legítimos, el cual fue expedido en 1928.

En Cuba y los demás países socialistas se encuentra prohibida toda discriminación entre hijos legítimos y extramatrimoniales. El Código de Familia en Cuba fue sancionado por Fidel Castro el 14 de Febrero de 1975.

Así mismo en Costa Rica y Bolivia los recientes estatutos de familia de 1976 y 1972, respectivamente, prescriben toda discriminación contra los hijos habidos fuera del matrimonio.

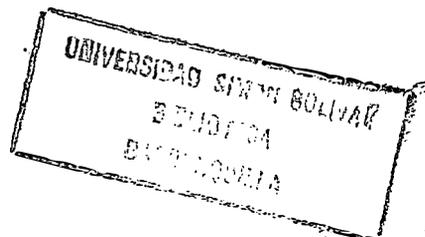
2.LAS REFORMAS LEGISLATIVAS

2.1 EL CODIGO CIVIL

El estatuto civil consagró como ilegítimos a todos los hijos habidos fuera de matrimonio. En sus artículos 52 disponía: "Los hijos ilegítimos son naturales o de dañado y punible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos".

Según este atributo se consideraron como naturales a los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, y que además hubiesen obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o de ambos, otorgado mediante escritura pública o por testamento. Es decir, el solo nacimiento no era un hecho constitutivo de la filiación natural. El hijo podía aceptar o no el reconocimiento hecho por el o los padres, dado que el reconocimiento era un hecho espontáneo.

Además se le permitió al hijo natural no reconocido voluntariamente, solicitar al padre o madre que lo reconociera.



Para el reconocimiento el padre podía hacerlo mediante: juramento decisorio; el concubinato, a menos que probara que para la época de la concepción no pudo tener acceso a su concubina; y el rapto, por el hecho de ocurrir la concepción en poder del raptor.

Por su parte la madre podía reconocerlo mediante juramento decisorio, corroborando el hecho del parto a través de testimonios fehacientes, así como su identidad, y en los casos de concubinato y rapto, como el padre.

El reconocimiento tenía efectos limitados a ciertas obligaciones y derechos (a la crianza y educación).

Los hijos de dañado y punible ayuntamiento, también llamados espurios, comprendían a todos los hijos cuyos padres en el momento de la concepción no podían contraer matrimonio entre sí por existir un impedimento que, a consideración del legislador, no podían obviarse.

De una parte tenemos los adulterinos, es decir, los concebidos en adulterio y, de otra, los incestuosos, en incestos.

Respecto de la madre a estos hijos se les consideraba como ilegítimos por el solo hecho del nacimiento y no era posi-

ble lograr su reconocimiento como naturales, ya que esta acción no prosperaba.

Los hijos simplemente ilegítimos eran aquellos cuya situación jurídica no se encontraba definida ante el derecho. Pues podían conocer a sus padres pero no les era posible establecerlo jurídicamente.

2.2 LAS LEYES DE 1887

La Ley 57 de 1887 restringió los efectos del reconocimiento forzoso hecho ante juez por parte del padre, de tal manera que el hijo ilegítimo que no hubiese sido reconocido por su padre, de manera voluntaria, podía, con el único objeto de exigir alimentos, solicitar que el padre lo reconociera, más este reconocimiento no le daba el carácter de hijo.

La Ley 153 de 1887 estableció que hijos ilegítimos sólo eran los que nacieran fuera del matrimonio, a menos que fueran incestuosos o adulterinos; éstos sólo eran beneficiarios de alimentos con respecto a sus padres, mientras que aquellos continuaban siendo beneficiarios de la crianza y educación. Además el reconocimiento del hijo natural quedó a expensas de la voluntad del padre o madre con la debida aceptación o repudio de manera expresa del hijo reconocido más este reconocimiento podía ser impugnado. Es decir, me-

diante esta forma se prohibía la investigación de la paternidad. Hay que anotar que mediante la expedición de la Ley 95 de 1890 se introdujo una reforma de indudable importancia, al establecer en su artículo 7 que "no obstante lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 56 de la ley 153 de 1887, se presume el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda; en consecuencia, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público".

Este artículo constituyó un avance para la época pues permitía la presunción del reconocimiento luego de haberse demostrado el nacimiento. Pero este reconocimiento estaba condicionado a la aceptación del hijo.

Hasta la vigencia de estas normas puede afirmarse que constituye la primera etapa en cuanto a los derechos de los hijos extramatrimoniales en relación con sus padres. La segunda etapa se inicia con la vigencia de la Ley 45 de 1936.

2.3 LEY 45 DE 1936

En primer término eliminó la distinción entre hijos de dainado y punible ayuntamiento, naturales e ilegítimos, pero conservó la de hijos naturales e ilegítimos. Es decir, los hijos naturales son aquellos hijos nacidos de padres que a

su concepción no estaban casados entre sí, pero han sido reconocidos como tales o declarados así judicialmente y el hijo de mujer viuda o soltera; de otra parte, los hijos ilegítimos eran los demás hijos concebidos y nacidos fuera de matrimonio, no reconocidos ni declarados tales.

Dispuso la manera como los padres podían hacer el reconocimiento voluntario, ya sea en el acta de nacimiento, en escritura pública o testamento o en confesión judicial.

Autoriza la investigación de la paternidad y establece las causales específicas por las cuales es posible declarar judicialmente la paternidad.

Se prohíbe el reconocimiento como hijo natural, del hijo concebido por mujer casada, sino hasta cuando el marido no lo haya desconocido mediante sentencia ejecutoriada.

Le da mayor alcance a los derechos sucesorales con respecto al hijo legítimo, al reconocerle el carácter de legionario en concurrencia con éste pero con cuota equivalente a la mitad de un hijo legítimo.

Modifica el régimen de la patria potestad al permitirle el ejercicio de ésta a los padres sobre sus hijos naturales. Anteriormente únicamente la ejercía sobre sus hijos legí-

timos.

En materia de alimentos se le concede al hijo natural el derecho de reclamar alimentos congruos, lo cual constituye una gran mejoría, pues el Código consagraba únicamente alimentos necesarios. Este derecho también se extiende a los hijos ascendientes naturales y a la posteridad legítima del hijo natural.

Igualmente las obligaciones de cuidado personal de los padres legítimos sobre sus hijos legítimos fueron extendidas a los hijos naturales.

Sin embargo, subsistieron algunas desigualdades, además de la del derecho sucesoral, como la que consistía en que el hijo extramatrimonial no entraba dentro de la familia de sangre del padre o madre, por ejemplo, el nieto extramatrimonial no podía heredar al abuelo.

2.4 LEY 75 DE 1968

Dentro de las modificaciones que impuso constituye de capital importancia la reforma con respecto a la investigación de la paternidad ya que la estableció de manera coercitiva.

Además amplió las causales de declaración de paternidad. Así

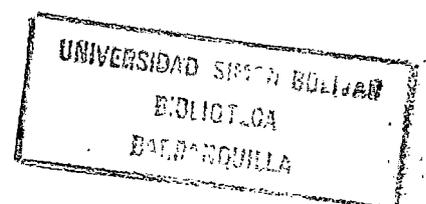
mismo resolvió el problema del legítimo contradictor, al disponer legalmente quienes eran legítimos contradictores.

Por otra parte autorizó el reconocimiento del hijo de mujer casada en cuanto se hubieren llenado los requisitos siguientes: hubiese sido concebido durante el divorcio o la separación de la madre, el marido lo hubiere impugnado, conforme a las reglas de la impugnación de la legitimidad y cuando por sentencia se hubiere declarado que no es hijo del marido.

No obstante la Ley 75 de 1968 introdujo una aberrante y absurda limitación con respecto a los efectos patrimoniales del reconocimiento judicial, al disponer que para que estos efectos se produzcan es necesario que la demanda de filiación paterna se formule y notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto progenitor.

2.5 DECRETO-LEY 2820 DE 1974

De una parte este decreto consagró el ejercicio de la patria potestad conjuntamente a los padres con respecto a los hijos legítimos. De igual manera dispuso que también la tienen conjuntamente ambos progenitores con respecto a los hijos extramatrimoniales, pero estableció una excepción cuando el padre ha sido declarado tal en juicio contradic-



torio, lo cual es lógico, pues no se encuentra en condiciones morales para ejercerla, ya que se opuso a que le declararan como tal.

Por otro lado se cambió la denominación de hijos naturales por la de hijos extramatrimoniales. Pero ante todo el criterio que se siguió fue el de subsanar un claro error en cuanto a esta noción de hijo natural, ya que los únicos hijos que no son naturales son los "artificiales" y esta calificación sólo es posible asignarla a quienes son el producto de una procreación de laboratorio. Por tanto se utilizó el término extramatrimonial para calificar a los hijos que por nacer de padres no nacidos entre sí, no son legítimos.

Estas normas constituyen la segunda etapa en lo concerniente a los derechos de los hijos extramatrimoniales en relación con sus padres.

2.6 LEY 29 DE 1982

En su artículo 1 extiende e impone los mismos derechos y obligaciones para los hijos legítimos, los extramatrimoniales y para los adoptivos. Esta igualdad se hace extensiva a los derechos de carácter patrimonial, pues los hijos extramatrimoniales reciben igual cuota y tratamiento y obtie

nen parte proporcional con los hijos legítimos y adoptivos en la herencia de sus padres.

De esta manera se eliminan las desigualdades entre los hijos con respecto a sus derechos herenciales.

Además el hijo extramatrimonial entra de plano dentro de la familia de sangre del padre o madre, de tal forma que hoy - pueden heredar los nietos y sobrinos extramatrimoniales.

Esta constituye la tercera etapa en relación con los derechos de los hijos extramatrimoniales en relación con sus - padres.

3. DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

3.1 EN RELACION CON LOS PADRES

El reconocimiento es un acto que encierra la confesión, ya sea de la paternidad, o de la maternidad, o por medio del cual se establece una filiación, consiste en la manifestación de la voluntad dirigida a considerar al reconocido como hijo y de ocupar, respecto de él, la posición jurídica de padre.

Asimismo es un acto voluntario de quien lo hace, sea cual fuere el modo empleado dentro de los que la ley establece para tales efectos, además es un acto solemne, cuya forma externa garantiza su propia autenticidad, de acuerdo con el concepto jurisprudencial de la Corte.

3.1.1 En relación con la madre

En estricto sentido el reconocimiento sólo es posible respecto del padre, pues con respecto a la madre el artículo 1 de la Ley 45 de 1936 todo hijo acredita su estado civil

con respecto a su madre "por el solo hecho del nacimiento". Además de conformidad con la Ley 95 de 1890 en su artículo 7, se presume el reconocimiento "de los hijos concebidos - por ella siendo soltera o viuda; en consecuencia tales hijos tendrán el carácter de naturales con relación a su madre, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público".

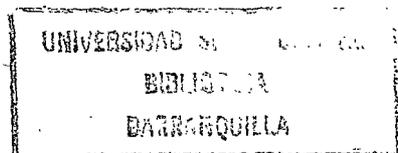
Ahora en excepcionales circunstancias es posible que se requiera el reconocimiento de la maternidad, especialmente - cuando el hijo carezca de acta de nacimiento , o la tenga pero no se haya indicado el nombre de la madre.

3.1.2 En relación con el padre

En la filiación paterna extramatrimonial se parte de un hecho cierto, a saber, que todo hijo es obra de un hombre. Pero no se conoce quién es ese hombre.

Para ello la ley se vale de presunciones tales como la del artículo 92 del Código Civil.

De tal forma que en nuestro derecho la adquisición del estado de hijo extramatrimonial, tiene dos orígenes: el reconocimiento o confesión voluntaria del padre y la declaración judicial.



El primero debe hacerse con observancia de las normas legales que regulan su validez. El segundo que se presenta cuando se adelanta la acción de investigación de la paternidad, ante los jueces de la República.

3.2 CARACTERISTICAS DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial tiene como principales características las siguientes.

3.2.1 Es irrevocable

Esto indica que el padre no puede arrepentirse de haber reconocido a su hijo. Tampoco pueden privar de eficacia el reconocimiento ni aún con el asentimiento del hijo. Pues el acto del reconocimiento conduce a un nuevo estado civil permanente, el cual no puede someterse al libre juego de la voluntad contractual.

3.2.2 Es una confesión

Esto implica que constituye una declaración de voluntad, que debe estar exenta de vicios, y debe emanar de una persona capaz de reconocer hijos. Para los hombres esta capacidad comienza a partir de los catorce años, pues es cuando están en capacidad de engendrar. Por lo cual si es capaz de engen-

drar un hijo, debe tener capacidad para reconocerlo.

3.2.3 Es un acto declarativo

Se basa esta característica en cuanto al reconocimiento no va a crear un estado de cosas, sino a comprobar una filiación ya existente desde la concepción. Es decir el reconocimiento va a poner en evidencia jurídica bases preexistentes al mismo. De donde se deduce que el hijo adquiere tal calidad respecto al padre, no desde el día en que se produjo, sino desde el día de la concepción.

3.2.4 Es un acto voluntario

Este acto es jurídicamente voluntario, más no obligatorio. El padre se encuentra en un deber moral y social de reconocer a su hijo, pero esto no implica un deber jurídico. Distinto al derecho que se le concede al hijo a que se declare judicialmente su filiación, previa comprobación o verificación en un juicio.

3.2.5 Es un acto personalísimo

Sólo el padre que reconoce puede realizar el reconocimiento del hijo extramatrimonial. Esta característica excluye toda posibilidad de eficacia al reconocimiento que se origine en

los herederos del presunto padre.

3.2.6 Es un acto expreso

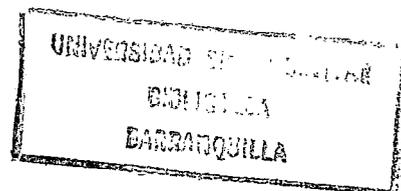
El reconocimiento no puede ser tácito, por ello el legislador al reglamentarlo lo ha rodeado de tantas formalidades para dotarlo de la mayor autenticidad posible. De tal suerte que el reconocimiento debe ser explícito, pues si surgiere alguna duda tendrá que recurrirse al juicio pertinente para acreditar la filiación.

3.2.7 Es un acto unilateral

Esta característica ha sido discutida por la doctrina por cuanto se discute si es cierto que se perfecciona por la sola voluntad del padre o madre, manifestada ante juez, con el lleno de las formalidades legales, o si la aceptación - por parte del hijo es un elemento que implica bilateralidad. Sin embargo que quien reconoce carga con las obligaciones derivadas del reconocimiento, es cierto que se trata de un acto bilateral, por cuanto surgen también obligaciones - para el hijo.

3.2.8 Es un acto solemne

Por cuanto para su validez se deben observar las solemnida



des instituídas para tal efecto tales como, la firma del acta de nacimiento, declaración ante juez, por testamento o por escritura pública.

3.2.9 No admite modalidades

Los actos relativos al estado civil de las personas son puros y simples, de tal forma que no deben ser sometidos a plazo o condición.

Excepcionalmente el reconocimiento del nasciturus está sometido a la condición del nacimiento con vida.

3.2.10 Produce efectos erga omnes

De acuerdo con esta característica el hijo reconocido como extramatrimonial, tiene esa calidad respecto de todas las personas, más no únicamente respecto del padre o madre que lo reconoce. Es decir, produce efectos absolutos. Lo contrario atentaría contra el principio de la indivisibilidad del estado civil.

3.2.11 Debe notificarse al hijo

El reconocimiento no se perfecciona sino una vez que ha sido notificado y aceptado por el hijo. La notificación debe

hacerse personalmente. Obviamente quien conoce el reconocimiento puede aceptar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas derivadas del nuevo estado.

3.3 RECONOCIMIENTO DE HIJOS DADOS A LUZ POR MUJER CASADA

Es posible que la mujer incurra en violación de su deber de fidelidad o establezca relaciones sexuales tales que en ellas conciba a un hijo de un hombre diferente al marido. Aunque esto es de singular ocurrencia, se hace necesario tratar estos casos de excepción.

A partir de la vigencia de la Ley 75 de 1968 el hijo de mujer casada puede ser reconocido como extramatrimonial, en los siguientes casos:

3.3.1 Casos en que es posible

1º. Si fue concebido durante la separación legal de los cónyuges, a menos que:

- El marido, por actos positivos, los haya reconocido como suyos, o
- Durante el tiempo de divorcio o separación hubo reconciliación privada entre los cónyuges que estaban divorciados.

dos o separados.

2ª. Si hubo desconocimiento del hijo por parte del marido, para lo cual es necesario:

- Que el marido desconozca al hijo de su mujer:

En cualquier tiempo, cuando el hijo haya nacido luego del mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar y en cuanto no la haya recibido nuevamente en él.

- Dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tuvo conocimiento del parto, presumiéndose que los supo; inmediatamente si reside en el mismo lugar en que el parto se produjo, o inmediatamente regresó a la residencia de la mujer, en cuanto se encontraron ausente, a menos que la mujer le haya ocultado el parto.

- Que la mujer-esposa del marido que desconoce y madre del hijo cuestionado, acepte el desconocimiento.

- Que con conocimiento de causa e intervención personal del hijo si es capaz o dehidamente representado, si se trata re de un menor, y del defensor de menores (cuando el hijo sea menor de edad), el juez apruebe el desconocimiento del

hijo hecho por el marido.

3º. Si existe sentencia ejecutoriada que declare que el hijo no lo es del marido.

Como puede observarse por regla general el hijo concebido - por mujer casada no puede ser reconocido como natural o extramatrimonial, más se han previsto casos excepcionales. Este criterio ya lo estatuyó la Ley 45 de 1936, aunque reservaba exclusivamente al marido el desconocimiento judicial del hijo extramatrimonial de su mujer, y en caso de que esta acción prosperara si podía el verdadero padre proceder al reconocimiento. La Ley 75 de 1968 en su artículo 3 vino a modificar esta situación, conservando este criterio, pero adicionando dos excepciones: cuando el hijo es concebido durante la separación de cuerpos o la cesación de habitación de los cónyuges, y cuando los padres, el juez y el hijo convienen la no paternidad del marido.

La acepción divorcio que utiliza la Ley 75/68 debe entenderse como sinónima de separación legal de cuerpos, pero en el sentido de rompimiento del vínculo. Esto porque el hijo concebido por mujer divorciada no está amparado con presunción de legitimidad.

Al momento de definirse la paternidad o maternidad natura-

les, o ambas, por reconocimiento o por decisión judicial en firme y que no se encuentre sometida a revisión, deberán ser modificadas la partida de nacimiento del hijo, extendiéndose una nueva acta, reproduciendo los hechos consignados en la primitiva, modificándolos, como corresponda a la nueva situación.

3.3.2 Requisitos para su validez

Para que surta efectos al reconocimiento del hijo natural concebido por mujer casada se hace indispensable destruir con anterioridad la presunción de legitimidad, por parte de los titulares exclusivos que determina la ley. Por tanto hasta tanto no haya adquirido firmeza la sentencia estimatoria de la impugnación de la legitimidad, no surtiría los efectos propios del reconocimiento, aún cuando éste haya sido anterior.

3.4 FORMAS O MODOS DE HACER EL RECONOCIMIENTO

Los medios o formas legalmente idóneos para hacer el reconocimiento han sido establecidos en el artículo 2 de la Ley 45 de 1936 bajo la nueva redacción que le dio la ley 75 de 1968 en su artículo 1.

Es de anotar que el reconocimiento es un acto solemne, el

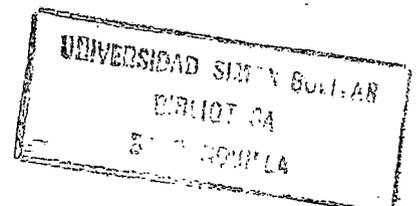
cual debe revestir alguna de las siguientes formas, a saber: acta de nacimiento, escritura pública, testamento, manifestación expresa y directa ante juez o por manifestación tácita, por citación que se haga al padre para que declare bajo juramento si cree ser padre.

3.4.1 Acta de nacimiento

Consiste en la manifestación inequívoca de la paternidad hecha por el padre en el acta de nacimiento, al estampar la rúbrica es suficiente para que se efectúe el reconocimiento. Por lo tanto requiere para su validez la firma del padre, si ésta faltare el acto no se ha producido y carece de efecto legal.

3.4.2 Escritura pública

El padre o la madre que desean reconocer a su hijo concurrirán ante el notario respectivo con el objeto de que se extienda la escritura, la cual deberá contener la fecha, los nombres de los otorgantes, nombre del hijo reconocido, edad de éste, lugar de nacimiento, y la manifestación expresa de reconocer. El notario ante quien se haya sentado el acta de nacimiento estará en la obligación de insertar al margen la identificación. Es posible que la escritura se otorgue con otros fines y contener, además, el recono-



cimiento, el cual tendrá plena validez.

3.4.3 Testamento

Es una forma usual de reconocerse los hijos extramatrimoniales. La ley en este caso no distingue entre las diferentes clases de testamento, lo cual significa que cualquiera que sea la especie de testamento escogido hace presumirse válido. Así mismo la nulidad, revocabilidad o la caducidad del testamento no implican nulidad, revocabilidad o caducidad del reconocimiento del hijo.

3.4.4 Por manifestación expresa y directa ante un juez

Puede ocurrir que los padres se presenten ante un juez con el objeto de formular o manifestar la declaración por medio de la cual reconocen al hijo suyo, o también, que en el curso de un proceso, en alguna pieza procesal, conste la manifestación inequívoca del reconocimiento, de donde se deduce la paternidad.

3.4.5 Citación ante un juez del presunto padre

Consiste esta forma de reconocimiento en la citación que se le hace al supuesto padre o madre para que declare bajo juramento ante un juez, si cree serlo o no. La no comparecen-

cia del citado, pudiendo hacerlo y si se hubiese repetido por una vez la citación, expresándole el objeto de la diligencia, se mirará como reconocida la paternidad.

Aquí se prevé una confesión tácita de la paternidad, sin embargo la ley no tuvo mucha confianza en ésta, por lo que puede revisarse dentro de los dos años siguientes de la declaración, en un juicio ordinario.

De donde se deduce que la confesión tácita de la paternidad sólo queda en firme al cabo de dos años.

De capital importancia constituye la posibilidad de reconocer al hijo que está por nacer. Pero con la expedición de la Ley 75/68 es posible este reconocimiento y los medios idóneos que ha de valerse el padre, no son otros que la escritura pública, el testamento y la manifestación expresa hecha ante un juez. Ahora bien, los derechos que hayan de deferirse al nasciturus quedan condicionados al nacimiento con vida.

Con respecto si es posible reconocer al hijo extramatrimonial muerto no existe disposición expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Más sin embargo, la Corte admite este reconocimiento en beneficio de la posteridad legítima, pero bajo la condición de que tal reconocimiento se notifique a

las personas que intente beneficiar.

"De lo dicho se puede concluir que el reconocimiento de un hijo natural ya fallecido sólo puede tener lugar cuando tal hijo ha dejado posteridad legítima, y esto con el fin de que sus descendientes pueden aprovecharse de la situación que les proporcionaría el nuevo estado, colocándolos en la condición de representar a su padre legítimo en la sucesión de su abuelo" (Cas., 11 diciembre de 1946, G.J. t. LXI. p.703).

3.5 NOTIFICACION Y ACEPTACION DEL RECONOCIMIENTO

Para que tenga plena validez del reconocimiento es necesario que se le notifique personalmente al hijo reconocido. En caso de tratarse de un incapaz debe notificarse a través de su representante legal.

El hijo reconocido (si es capaz) puede aceptar o repudiar libremente el reconocimiento y debe hacerlo mediante instrumento público, dentro de un término de noventa días, a partir de la notificación. Si no lo hace dentro de este término, se presumirá su aceptación, a menos que pruebe la imposibilidad en que estuvo para hacer tal declaración en tiempo hábil.

Por su parte el hijo reconocido que sea menor sólo puede

aceptar o repudiar el reconocimiento a través de su tutor, curador o de quien ejerza la patria potestad, y cuando sea tutor o curador debe obtenerse decreto judicial expedido con conocimiento de causa.

De fundamental importancia es que una vez se haya notificado y aceptado el reconocimiento se crean derechos a favor de quien lo hace.

3.6 IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 75 de 1968; el reconocimiento sólo podrá ser impugnado por las personas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil, a saber: 1º. Por los ascendientes legítimos del padre o de la madre que reconocen, lo cual deben hacer dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento del reconocimiento.

2º. Por toda persona que pruebe tener un interés actual en ello y deberán hacerlo dentro de los trescientos siguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

3º. El marido de la madre natural y la misma madre natural

para desconocer la calidad natural del hijo. 4º. Los verdaderos padre y madre naturales del hijo natural para conferirle los derechos que en su familia corresponden. 5º. La verdadera madre natural.

Estas personas podrán alegar como causas de impugnación del reconocimiento del hijo extramatrimonial: el falso parto o la suplantación del pretendido hijo al verdadero; cuando el reconocido no ha podido tener por padre a quien reconoce; - cuando el reconocido no ha podido tener por madre a quien reconoce o se presume por tal.

El artículo 9 de la ley 45 de 1936 contempla un caso interesante de impugnación. Se trata del caso de la verdadera madre, a la cual la ley le concede el derecho de rechazar o repudiar el reconocimiento que un hombre haga de su hijo sin necesidad de acreditar prueba alguna, en razón del engaño de que fue víctima, o por otra razón, por lo cual resuelve encargarse en forma total de la crianza y educación del niño y no quiere que se establezcan relaciones de paternidad con el que reconoce.

También tiene aplicación este artículo a los casos en que una mujer, que no es realmente la madre, se ha encargado de su establecimiento y educación y lo ha presentado como tal su hijo.

Si la impugnación no prospera el niño no puede ser separado de la presunta madre sin su consentimiento, o sin que previamente haya decreto judicial, que ordene la entrega del menor niño.

4. INVESTIGACION DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

4.1 MATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Cuando no es posible la determinación de la paternidad por el acta de nacimiento o por el reconocimiento voluntario del padre a través de algunos de los medios prescritos legalmente (acta de nacimiento, testamento, etcétera), se podrá recurrir a la justicia para que mediante el trámite de un proceso se determine quién es el padre o la madre.

Esta acción de investigación de la filiación extramatrimonial sólo es posible desde la expedición de la Ley 45 de 1936, ya que anteriormente se prohibía que los hijos investigaran judicialmente su paternidad.

En relación con la investigación de la paternidad hay diversas posiciones o sistemas, a saber: 1º. Prohibición absoluta: Esta corriente propende porque se prohíba al hijo extramatrimonial el derecho de investigar su paternidad, mante -

niéndolo en estado de abandono y ostracismo; considera que el hecho de autorizarla se presta para perturbaciones en el seno de las familias, origina discordias, sirve como factor de disolución en hogares respetables y propicia estafas y fraudes para quienes suelen llevar vida honesta. Este sistema se acogió al Código de Napoléon, lo copió nuestro Código Civil con algunos atenuantes, pero lo impusieron en toda su magnitud las leyes 57 y 153 de 1887. 2º. Libertad completa o absoluta: Esta corriente adopta una posición opuesta a la anterior. Es decir, consagra la libertad absoluta para la investigación de la filiación. Si bien es cierto que esta posición consulta más los postulados de la equidad y justicia, en la práctica se constituye en una fuente de abusos pues no establece límites para indagar sobre la paternidad a los hijos ilegítimos, dejan en manos del juez poderes omnímodos para la solución de estos litigios, lo cual ha suscitado atropellos contra personas de vida honesta e intachable, resquebrajando la estabilidad matrimonial. Este sistema se manifestó legislativamente antes de la Revolución Francesa.

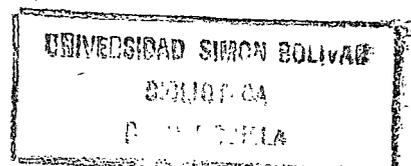
3º. Libertad restringida. Este sistema resulta de adoptar una posición intermedia entre los dos sistemas anteriores. Se basa en que el hijo o ciertas personas determinadas pueden instaurar la acción de investigación ante los jueces competentes, invocando causales expresas y taxativamente señaladas legalmente, bajo una tarifa probatoria definida

legalmente y demostrando los hechos que sirven de base a las pretensiones, para que se compruebe la causal respectiva. Este sistema fue acogido por la ley francesa de 1912, y sirvió de base a la expedición de la ley 45 de 1936.

Con la expedición de la ley 75 de 1986 se complementó la ley 45 y asemejó el sistema más a la libertad absoluta, sin perjuicio de dejar en manos del Estado la iniciativa para instaurar la acción de investigación por intermedio de los promotores de menores.

En relación con la madre, tenemos, que casi todos los hijos demuestran su maternidad por el acta de nacimiento. Si no es posible aportar ésta, puede realizarse la inscripción con fundamento en instrumentos públicos o copias de partidas de origen eclesiástico, de conformidad con lo establecido en el decreto 1260 de 1970 en su artículo 105.

Si falta el acta y, además, no existieren instrumentos públicos o partidas eclesiásticas para proceder a la reconstrucción de la misma, será necesario que se inicie la investigación judicial de la maternidad extramatrimonial, la cual se hará con base en: las declaraciones de testigos presenciales del nacimiento, o en la notoria posesión del estado de hijo.



Igualmente se hará necesario la iniciación de la acción judicial de investigación de la maternidad cuando el hijo haya sido inscrito en el acta como nacido de mujer diferente de la que realmente lo dio a luz; o cuando no fue inscrito y fue criado y educado por otra mujer, la cual lo pretende como hijo.

En relación con la paternidad, cuando no se efectúa el reconocimiento voluntario del padre, el hijo debe recurrir a la acción judicial de investigación de la paternidad.

Para tales efectos la legislación colombiana presume ciertos casos en los cuales es posible hacer la declaración judicial de la misma. Estos casos se analizan a continuación.

4.2 CAUSALES DE PRESUNCION Y DECLARATORIA DE LA PATERNIDAD

De conformidad con el artículo 6 de la ley 75 de 1968 se produjo una relevante modificación, en virtud de la cual "se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente"; en contraposición con lo que disponía la ley 45 de 1936; "hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural". Al establecerse esta presunción se cambió por entero el aspecto probatorio, de tal manera que ocurridos y probados los hechos, el juez tiene que presumir la paternidad; dejando de lado el poder discrecional de que go

zaba anteriormente el funcionario jurisdiccional para declarar o no la paternidad.

4.2.1 Rapto y violencia

Dos elementos estructuran la prueba de esta causal, como los son: el rapto o violación, y su coincidencia con la época de la concepción, conforme al artículo 92 del Código Civil. El rapto es el apoderamiento, mediante fraude o violencia de una persona con fines libidinosos o de matrimonio. Pero este rapto o la violación para que se constituya en una presunción de la paternidad extramatrimonial y sirva para que se proceda a declarar judicialmente la paternidad se requieren dos elementos: la consumación sexual y el nexo de causalidad entre aquella consumación y el nacimiento del ser humano del cual se investiga la paternidad.

En el primer elemento se debe probar que entre el raptor o violentador han habido relaciones sexuales que sean eficaces o hábiles para procrear a un ser humano.

Con respecto al segundo elemento, se verificará la causalidad si el nuevo ser nace en el período comprendido entre los ciento ochenta días subsiguientes a la consumación del rapto o la violencia, y los trescientos días posteriores, a partir del día en que la mujer dejó de estar en poder del raptor o violador.

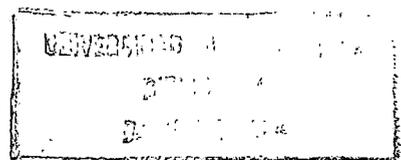
4.2.2 Seducción

Se encuentra contemplada en el artículo 6.2 de la ley 75, y la causal exige la comprobación de dos aspectos: la seducción propiamente dicha, y que ésta sea consecuencia de hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.

La persuasión, con ardides, de una mujer, para satisfacer apetitos eróticos-sexuales, constituye lo que se considera la seducción. Esta causal no puede ocurrir sino con respecto de mujeres mayores de catorce años. Por el término hechos dolosos debe entenderse toda maniobra o artificio fraudulento dirigido a la persuasión de la mujer con la finalidad de satisfacer apetitos eróticos-sexuales.

Los términos promesa de matrimonio y esponsales son legalmente sinónimos que implican una oferta formal de matrimonio. El juez valorará el alcance de las pruebas allegadas al proceso, para lo cual exigirá que la promesa de matrimonio revista cierta seriedad.

Abuso de autoridad se presenta cuando un funcionario público somete al acceso carnal a la madre, aprovechando custodia, vigilancia, confianza o autoridad que sus funciones le imponen respecto de aquella. Esta circunstancia es suficiente para presumir la paternidad.



La ley 45 exigía un requisito adicional: la existencia de un principio de prueba por escrito, del cual se dedujese la posibilidad de la paternidad, tales como cartas, misivas, certificaciones provenientes del presunto padre. Este requisito fue suprimido por la ley 75, de acuerdo con la reforma francesa del 15 de julio de 1955, ya que era de difícil prueba la causal de la seducción por este inconveniente.

4.2.3 Confesión inequívoca

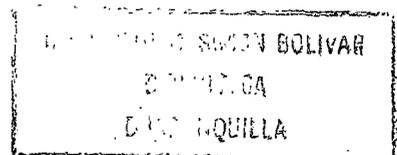
Esta causal requiere el cumplimiento de las siguientes condiciones para que se configure: manifestación hecha por escrito emane directa y personalmente del padre; que la confesión tenga una aceptación inequívoca de la paternidad; y que se trate de un documento auténtico. Este caso se trata en realidad de una confesión extrajudicial, la cual debe someterse al trámite del juicio pertinente para que el juez verifique la paternidad.

El carácter inequívoco que debe poseer el documento consiste en que no se preste a diversas interpretaciones, es decir, que sólo puede emanar del padre. Tal por ejemplo la certificación de la Administración de Impuestos en donde consta que el hijo, la madre o ambos han figurado como personas a cargo del contribuyente.

4.2.4 Relaciones sexuales

"Se presume la paternidad y hay lugar a declararla judicialmente en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que, según el artículo 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción". Tales relaciones deben inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, teniendo en cuenta las circunstancias en que hayan tenido lugar y verificados los antecedentes, tomando en cuenta la naturaleza, intimidad y continuidad.

La expresión relaciones sexuales estables y notorias se simplifica y agiliza al quedar reducida a la relación sexual - para la época en que pudo tener lugar la concepción, lo cual se constituye en la más arriesgada reforma que establece la ley 75 de 1968, pues ni aun el legislador francés se ha atrevido a institucionalizarla. Al respecto sostienen los hermanos Mazeud: "al exigir la prueba del concubinato y no las simples relaciones ocasionales, el legislador ha querido prohibir las acciones que no habían tenido otra finalidad que la de ejercitar un chantaje; si el supuesto padre ha vivido en concubinato con la madre en el curso del período de la concepción, su paternidad es a lo menos posible, e inclusive probable".



En todo caso las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer, deben ser deducidas del trato, de ciertas conductas y comportamientos sociales que puedan probarse, pues de lo contrario, sino media esta exteriorización del comportamiento de los amantes, no podrían probarse las relaciones sexuales.

En el ordinal 4 inciso fine del artículo 6 de la ley 75 se le permite un medio de defensa al presunto padre: la exceptio plurium, el cual consiste en que en el curso del juicio el padre demuestre que en la misma época en que se le imputan relaciones sexuales con la madre, ella las tuvo con otro u otros hombres. A menos que el padre haya acogido al hijo como suyo, caso en el cual no será valedera esta contraprueba.

También si el demandado se hallaba en imposibilidad de engendrar para aquella época (la de la concepción), no se hará la declaración solicitada.

4.2.5 Trato personal y social del padre

En esta causal se contemplan dos conceptos: el trato personal que equivale a relaciones directas entre el padre y la madre, tales como los cuidados suministrados a la madre, - atenciones para con ella, etcétera. De otra parte tenemos

el trato social, que consiste en las manifestaciones del pretendido padre frente a la sociedad en la cual se desarrollan los hechos, por ejemplo, la contratación de un médico para atender el parto, pago de gastos clínicos u hospitalarios, etcétera.

Ha exigido la Corte que el trato social y personal debe probarse con "hechos fidedignos" que teniendo en cuenta sus características sean "ciertamente indicativos de paternidad".

En realidad esta causal facilita en extremo prueba, ya que se deben probar los dos elementos -trato personal y social- coincidente con la época de la concepción, de acuerdo con la presunción consagrada en el artículo 92 del Código Civil.

Por lo tanto es necesario probar el trato personal y social tanto en el período del embarazo como en el parto.

4.2.6 Posesión notoria del estado de hijo

De acuerdo con el artículo 6 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, o el vecindario del domicilio

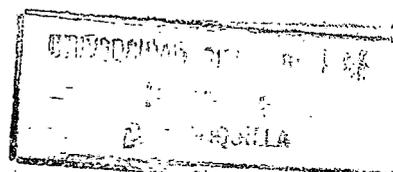
en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre en virtud de aquel tratamiento".

Para que la posesión notoria de estado de hijo natural se reciba como prueba deberá haber durado cinco años continuos por lo menos.

Esta posesión se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable y concluyente.

Teniendo en cuenta las anteriores disposiciones la jurisprudencia ha exigido varias condiciones indispensables para preconstituir la prueba; a saber: 1º. El tiempo, 2º. El espacio, 3º. el tratamiento, 4º. la reputación y 5º. la fama.

El tiempo debe ser mínimo de cinco años por cuanto, de lo contrario, no habría lugar a declarar esta causal. Sin el requisito del tiempo la posesión notoria no tendría existencia. La posesión además debe realizarse en un escenario en el cual sean personas actuantes y sean espectadores los parientes, los amigos y el vecindario en general. El espacio, que se constituye en elemento esencial, puede ser un sitio, poblado o un ámbito limitado en cuyo territorio actuen los padres y espectadores. Con relación al tratamien-



to debemos tener en cuenta que éste consiste en la relación personal, contacto o entendimiento entre los presuntos padre e hijo. Además esta relación debe ser de carácter permanente, continua y que dure por lo menos cinco años, para que el vecindario y parientes se forme la convicción sobre una realidad observada y tangible. Por medio de esta convicción llegamos a la observación de actos repetidos que afirman los vínculos familiares sin lugar a dudas, lo que constituye la reputación. Es en este punto cuando los espectadores llegan al convencimiento del vínculo de parentesco, gracias a la observación de hechos repetidos y de actos indudables, lo cual reafirma la convicción creándose la opinión pública o fama. Sobre ésta habrá dos tipos de testigos: los que directamente observaron el tratamiento y se formaron la convicción, y, de otra parte, los que sólo pueden afirmar la fama en sí, es decir, lo que han oído decir como opinión pública.

En última instancia corresponde al juez apreciar los hechos y a él queda sometido todo el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que nos encontramos en el terreno de la incertidumbre, por lo que queda en el poder discrecional del juez, para que en su prudente y sabio arbitrio pronuncie la decisión ajustada a la verdad.

4.3 EXCEPCIONES

Las causales de presunción de la paternidad extramatrimonial son impugnables de acuerdo con los medios de defensa consagrados en la ley 45 de 1936 y la ley 75 de 1968.

Como primer medio exceptivo se consagra la "...imposibilidad física en que estuvo para engendrar (el demandado) durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción...".

Es así como de igual manera al marido se le permite destruir la presunción de paternidad legítima, al presunto padre extramatrimonial se le otorgan estas facultades pudiendo alegar alejamiento del hogar, imposibilidad de realizar el acto sexual, como puede alegar inclusive, la impotencia para engendrar en el tiempo en que se presume la concepción.

En segunda instancia es posible interponer como medio de defensa por parte del demandado de que en la época en la cual se presume la concepción la madre de la criatura tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres. La prueba de la infidelidad de la mujer por sí sola es causal plena para impedir la declaración de paternidad extramatrimonial.

En tercer renglón tenemos las denominadas pruebas heredo-biológicas, las cuales fueron introducidas por la ley 75

de 1968.

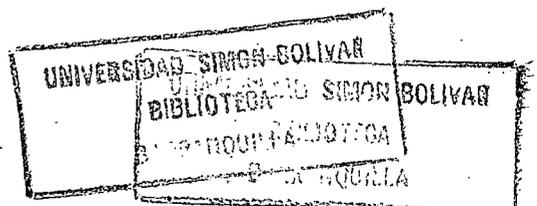
Estas pruebas se remontan a las leyes de Mendel. Estas pruebas son: la de los grupos sanguíneos, la prueba antropomorfológicas, la de los caracteres morfológicos y las de ciertas calidades psíquicas o fisiológicas que son transmisibles a los hijos.

Estas pruebas son de grande importancia hoy en día y permiten excluir la paternidad (grupos sanguíneos) o afirmar con bastante seguridad la paternidad en algunos casos. Tanto es así que la renuencia a la práctica de esta prueba será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado.

4.4 EJERCICIO DE LA ACCION DE INVESTIGACION

La acción de investigación de paternidad extramatrimonial se ejerce ante los jueces de menores cuando es ejercida por el representante legal, ya sea la madre, el tutor o curador.

Será de competencia de los jueces del circuito cuando la instauran los herederos del hijo, o contra los herederos del padre, o el hijo es mayor de edad.



4.4.1 Legitimación activa

La acción de investigación de la paternidad está reservada a ciertas y determinadas personas que la pueden ejercer.

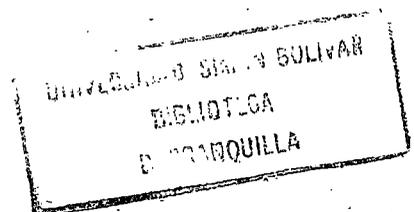
Con respecto a los menores la acción la ejercerá la madre que ejerce la patria potestad, el tutor o curador, igualmente, la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público. Además el defensor de menores.

Al sobrevenir el fallecimiento del hijo podrán ejercer la acción sus descendientes y ascendientes.

4.4.2 Legitimación pasiva

Mientras viva el padre extramatrimonial éste será el sujeto pasivo de la acción de investigación de la paternidad extramatrimonial so pena de nulidad del proceso. De manera que la demanda deberá dirigirse contra él y notificársele el auto admisorio personalmente.

Mas fallecido el padre extramatrimonial la acción se dirigirá contra sus herederos.



4.4.3 Procedimiento

Se ejerce ante un juez de menores o ante un juez civil mediante un juicio ordinario.

Los menores de diez y seis años ejercen la acción ante los jueces de menores si está vivo el padre.

El procedimiento es el establecido en la ley 75 de 1968. La sentencia dictada en estos juicios es revisable por la vía ordinaria dentro del término de dos años siguientes a la publicación del fallo por parte del demandado; por parte del demandante, cuando se haya denegado la paternidad, dentro de los cinco años siguientes contados a partir de la misma fecha.

Esta acción se ejercerá ante los jueces civiles cuando el hijo es mayor de diez y seis años, cuando la ejerce ante los herederos del padre por muerte de éste, y cuando solicite la revisión del fallo de los jueces de menores. Se surtirá mediante los trámites de un juicio ordinario.

4.4.4 Extinción de la acción

La ley 75 de 1968 al modificar la ley 45 de 1936 estableció que "muerto el presunto padre, la acción de la investigación

de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge". Pero se le limitó los efectos patrimoniales al disponer que para que estos tengan validez se debía notificar la demanda a los herederos "dentro de los dos años siguientes a la defunción". Por lo cual en realidad se le coartaron los derechos hereditarios que podía alegar el hijo extramatrimonial, con esta prescripción tan corta. Pues no se distingue la edad del hijo, v.g., si éste tiene apenas dos años y no hay interés en instaurar la acción - igualmente se produce la prescripción.

En relación con el fallecimiento del hijo la acción la ejercerán los descendientes legítimos o ascendientes. Los hijos extramatrimoniales (A,B) también podrán ejercer la acción si ésta le fue transmitida por su padre extramatrimonial, si éste fallece con posterioridad a su padre (Abuelo de A y B).



5. DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

5.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES

Los derechos y obligaciones de los hijos extramatrimoniales se rigen según las reglas que regulan estas relaciones jurídicas entre los hijos legítimos y sus padres legítimos.

Esta protección hacia los hijos naturales o extramatrimoniales se inició con la expedición de la Ley 45 de 1936 la cual colocó en un mismo plano al hijo extramatrimonial con respecto al hijo legítimo, en cuanto a las obligaciones de cuidado personal y el ejercicio de la potestad parental. Posteriormente la Ley 75 de 1968 dio un gran paso en favor de los hijos extramatrimoniales en el sentido de que le otorgó el derecho a entrar a formar parte de la familia de su padre y su madre en las mismas condiciones que el hijo legítimo, al introducir la expresión nietos naturales, en el artículo 411, para disponer que tenían derechos a solicitar o exigir alimentos a sus abuelos; asimismo empleo el término ascendientes naturales con derecho a ser alimentados por sus descendientes extramatrimoniales. Todo este periplo de

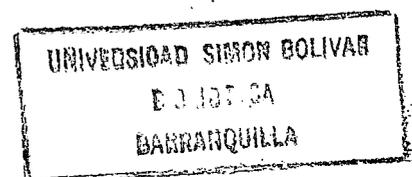
cará en lo que respecta a los hijos extramatrimoniales. Por tanto los padres extramatrimoniales tendrán el usufructo o la administración de los bienes, lo mismo que la representación del menor, con "iguales derechos y obligaciones".

5.2 DERECHOS HEREDITARIOS

En materia hereditaria hoy día se ha terminado con toda oprobiosa discriminación ya que el hijo extramatrimonial entra a formar parte de la familia de su padre y su madre.

En nuestro país se ha dado solución legislativa al problema fundamental o central de la igualdad frente a los hijos legítimos, al otorgarle a los hijos extramatrimoniales la misma posición jurídica que tienen aquellos en relación con sus padres. Es así como el hijo extramatrimonial establece relaciones de parentesco con los parientes de sus padres; por ejemplo, ocupa la posición jurídica de nieto de los padres de sus padres.

En la legislación del Código Civil se estipulaba que el hijo extramatrimonial sólo establecía parentesco con sus padres, más no con sus parientes consanguíneos. Es decir se podía tener parientes legítimos pero no parientes extramatrimoniales (nietos, bisnietos, abuelos, tíos, sobrinos, etcétera, de filiación extramatrimonial no existían).



Se le pretendía justificar este sistema con el argumento de defender la pureza de la familia legítima. Este criterio no era más que la aceptación de la tradición europea.

En materia alimentaria se establecía la obligación para los descendientes legítimos y para los hijos extramatrimoniales. Como también a los padres extramatrimoniales. Lo cual muestra que se excluía a los nietos, bisnietos, abuelos, bisabuelos extramatrimoniales.

Lo mismo sucedía en relación con los colaterales. Se llamaba a heredar en la sucesión legal del causante o de cujus a los ascendientes legítimos y a los padres extramatrimoniales; a los descendientes legítimos y a los hijos extramatrimoniales; a los colaterales legítimos con exclusión de los sobrinos y primos hermanos extramatrimoniales. Por ello se otorgaba la representación hereditaria solamente a los descendientes legítimos del difunto y a los descendientes legítimos de sus hermanos legítimos o extramatrimoniales.

Por tanto las legítimas sólo se podían asignar a los hijos legítimos, personalmente o representados por su descendencia legítima, a los ascendientes legítimos, a los hijos extramatrimoniales personalmente o representados por su descendencia legítima y a los padres extramatrimoniales. De

progresistas reformas es terminado con la expedición de la ley 29 de 1982 la cual hace entrar en forma total al hijo extramatrimonial dentro de la familia de su padre.

En consecuencia todo lo dispuesto en el articulado del título 12 del Código Civil, que trata de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos, será aplicable en su integridad a los hijos habidos fuera del vínculo matrimonial. Lo que significa que los padres naturales o extramatrimoniales tienen la obligación de asistirlos en todo lo que tiene relación con su crianza, educación y establecimiento. Lo cual quiere decir que se debe suministrar al hijo alimento, comida, alojamiento, vestuario, atención médica, etcétera. Igualmente se debe educar al hijo de acuerdo con las posibilidades económicas del padre, pero debe suministrarles la educación primaria y si es posible la educación secundaria y técnica o universitaria; además debe procurársele una formación moral y de carácter cívico, que no es otra que la que se le entrega en el hogar. Y si las posibilidades económicas lo permiten procurarles a los hijos extramatrimoniales no sólo el aprendizaje de un arte o profesión que les sirva para ganarse la vida, sino, los elementos que requiera para el ejercicio de su profesión.

Lo relativo al ejercicio de la potestad parental por parte de los padres legítimos en relación con sus hijos, se apli

manera que una legítima no podía ser reclamada por los nietos extramatrimoniales ni por los abuelos extramatrimoniales.

Pero con las reformas realizadas por la Ley 75 de 1968 y la Ley 29 de 1982 el hijo extramatrimonial entra a formar parte de la familia de su padre y su madre, con las cuales se han eliminado todas las discriminaciones por razón de la filiación.

El actual artículo 1040 del Código Civil se encuentra redactado en estos términos: "Son llamados a la sucesión intestada; los descendientes, los hijos adoptivos, los ascendientes, los padres adoptantes, los hermanos, los hijos de éstos, el cónyuge supérstite y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

La expresión descendientes debe entenderse referida tanto a los legítimos como a los extramatrimoniales.

Por su parte el artículo 1045 en la nueva redacción de la Ley 29 de 1982 dispone que los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.

Por ello corresponde al hijo extramatrimonial iguales derechos al de los descendientes legítimos y de los hijos adoptivos en el caso de que concurren con ellos; sin embargo en el evento de que estos no existan recogerán en su integridad la masa herencial (por partes iguales).

Ahora bien en materia de representación se le permitió a los hijos extramatrimoniales el ejercicio de este derecho. Hubiese quedado incompleta la igualdad si se continuará vedando este derecho a estos. Como lo dispone el artículo 1041 la representación es "la ficción de la ley, cuyo contenido consiste en suponer que una persona o personas ocupan el lugar de su propio padre o madre -y en grado de parentesco- en la sucesión de otra, en razón de que el representado no pudiese o quisiese suceder".

Se ha permitido así, en virtud de la reforma, que los hijos extramatrimoniales puedan heredar, como sujetos activos y beneficiarios, en estricta igualdad con los hijos legítimos tanto en forma directa o personal, como en forma indirecta o por representación.

Es así como el artículo 1043 modificado por la Ley 29 de 1982 establece: "Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanas".

Además la sucesión de los hijos extramatrimoniales se registrará por las mismas normas o reglas dispuestas para la sucesión del causante legítimo, al tenor de lo prescrito en el artículo 9 de la Ley 29 de 1982. Aboliendo de esta manera la discriminación que había dejado aún la ley 45 de 1936 en relación con los padres y hermanos naturales.

5.3 REQUISITOS PARA LA APLICACION DE LA LEY 29 DE 1982

Para que el hijo extramatrimonial tenga derecho a la aplicación de las normas consagradas en la Ley 29 debe llenar los requisitos que adelante exponremos:

1º. Que haya sido reconocido o declarado -por sentencia judicial que haya hecho tránsito a cosa juzgada- como hijo natural o extramatrimonial del causante; antes o durante la vigencia de la Ley 29.

2º. Que haya sido llamado a suceder -o se le haya diferido o producido la delación de la herencia- dentro de la vigencia de la Ley 29/82, o por vía de excepción;

3º. Que subsista la condición suspensiva -como hecho futuro e incierto- de que obtenga sentencia en que se declare que es hijo natural del causante, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la extinción de los efectos patrimoniales de la sentencia que declare la paternidad.

CONCLUSIONES

Como el cumplimiento de convenciones y declaraciones aprobadas por nuestro país en las diversas organizaciones internacionales debemos entender las reformas introducidas en nuestra legislación interna.

El ponente del proyecto de la Ley 29 de 1982 doctor Roberto Gerlein Echeverría ya había calificado de "rezagos medievales y feudalistas" la conservación en nuestros estatutos de esta discriminación herencial. Porello al subsanar oprobiosas situaciones que habían venido soportando los hijos extramatrimoniales nos incorporamos a las corrientes progresistas que campean en el mundo civilizado en esta materia.

Pues no era dable seguir proscribiendo a quienes no son culpables de las actuaciones de sus padres, más aún cuando quienes ponen en peligro la familia son los padres quienes se unen ilegítimamente.

En este sentido es importante resaltar el mensaje del Consejo Federal Suizo que advierte: "la legitimidad y la fle-

gitimidad son nociones irracionales, de carácter fatídico y casi mítico".

Y esto lo observamos en nuestro país con el trato dado a los hijos habidos fuera del vínculo matrimonial durante la primera etapa legislativa. Cuestión que a la luz de los tiempos modernos era sencillamente absurda.

Esta situación se fue modificando y en la actualidad estamos a la par de las más avanzadas sociedades en el orbe, para satisfacción de la justicia y la equidad y en beneficio de quienes, como los hijos extramatrimoniales, no deben soportar ultrajes ni discriminaciones, tanto a nivel social como jurídico-legal.

Se abolió tamaño despropósito. Se acabó tan odiosa diferencia.

Fin al oprobio y renace la justicia.

BIBLIOGRAFIA

AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. *Lecciones de Derecho de familia*, Bogotá D.E., Editorial Temis, 1980.

CAÑON RAMIREZ, Pedro Alejo. *Derecho civil I, Personas y familia; legislación, jurisprudencia y doctrina 1900-1980* Bogotá, D.E., Editorial ABC, 1982.

ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Moscú, Editorial Progreso, 1969.

LOPEZ BLANCO, Hernán. *Instituciones de Derecho procesal civil colombiano, parte general*, Editorial Temis, 1985.

ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Civil Colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1983.

_____ *Código de procedimiento civil colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1978.

_____ *Constitución política de la República*, Bogotá, Editorial Temis, 1982.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho civil francés, Tomo II. La familia: matrimonio, divorcio y filiaición*. La Habana. Editorial Cultural S.A. 1932.

SUAREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. Bogotá. Editorial Temis. 1984.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho de familia. Tomo V.* Bogotá
D.E. Editorial Temis, 1983.

Sucesiones, tomo VI. Bogotá D.E. Editorial Temis,
1984.