

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC069-2019

Radicación n.º 85001-31-84-001-2008-00226-01

(Aprobado en sesión del veintitrés de agosto de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve (2019).-

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el accionado, señor **CÉSAR AUGUSTO CALA PÉREZ**, frente a la sentencia proferida el 12 de abril de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Sala Única, dentro del proceso ordinario que en su contra adelantaron **JULIO EDUARDO, MAURICIO, NUBIA ESPERANZA, ORLANDO y DEISY ANDREA CALA PÉREZ**, en el que se vinculó como litisconsorte facultativo de la parte actora al menor **DIEGO ALEJANDRO CALA MARTHA**, representado por su progenitora Julia Yovana Martha.

ANTECEDENTES

1. En la demanda con la que se dio inicio al proceso atrás especificado, que obra en los folios 2 a 6 del cuaderno No. 1, se solicitó, en síntesis, que se declarara que el accionado *“no es hijo extramatrimonial del señor JULIO HERNANDO CALA (Q.E.P.D.), por no ser el padre biológico”*; disponer la inscripción de la sentencia en el registro civil de aquél; y condenarlo en las costas del proceso.

2. En sustento de esas súplicas, los actores adujeron los hechos que a continuación se compendian:

2.1. El convocado a juicio fue reconocido como hijo, después de seis años de haber nacido, por el nombrado causante, fruto de la coacción de que éste fue objeto por parte de su esposa, señora Petronila Pérez González, según él se lo comentó al señor Humberto Cárdenas.

2.2. Los demandantes se enteraron que el accionado no es hijo de su progenitor, al conocer las declaraciones extrajuicio rendidas los días 6 y 7 de mayo de 2008 por Myriam Camargo de Sisa, Julia Inés Pérez González, Rosa Sanabria Rivera y Julio César Rojas, por cuanto fue con base en ellas que establecieron que la madre de aquél, señora Leonor Pérez González, para el mes de octubre de 1974, tenía por compañero permanente a Delio Villegas, con quien siguió conviviendo luego del nacimiento de César Augusto.

2.3. En virtud de tales testimonios, los actores igualmente supieron que la nombrada progenitora, para la época en que quedó embarazada, tenía relaciones sexuales con diversos hombres, que era *“alegrona, comunicativa[,] (...) le gustaba tomar cerveza”* y que se la veía embriaga con el citado compañero, con el *“gavilán **CASTRO, JOSÉ ANTONIO CAMARGO** (con quien iba a corralejas y aún es dueño de un fama en Sogamoso)”* y con *“**HÉCTOR TORRES**”*.

2.4. Entre Leonor Pérez González y Julio Hernando Cala Peña *“no existieron relaciones sexuales únicas”* para la época en que, de conformidad con el artículo 92 del Código Civil, se presume tuvo lugar la concepción del aquí demandado, toda vez que aquélla, en ese tiempo, intimó con distintos hombres, entre otros, con su compañero permanente Delio Villegas.

2.5. Durante el embarazo y parto, Julio Hernando Cala Peña no dio ningún *“trato personal y social”* a la gestante, del que pudiera inferirse su paternidad.

2.6. César Augusto Cala Pérez no tiene ningún parecido con los hijos habidos dentro del matrimonio de Julio Hernando Cala Peña y María Petronila Pérez González.

2.7. Los días 3 y 20 de julio de 2007, para resolver la paternidad del menor Diego Alejandro Cala Martha, los actores, su progenitora, el citado infante, su madre y el aquí demandado *“acudieron a los [s]ervicios [m]édicos **YUNIS TURBAY Y CIA. S. EN C.** para la práctica de la prueba genética”*,

ocasiones en las que el último “*se rehusó*” a ella y se mostró “*muy nervioso*”.

2.8. Los demandantes tienen el grupo sanguíneo “**O+**” y el accionado “**A+**”, lo que también ofrece dudas sobre su paternidad.

3. El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Yopal, al que le correspondió por reparto el conocimiento del asunto, admitió la demanda con auto del 19 de mayo de 2008 (fl. 20, cd. 1), que notificó personalmente al accionado el 3 de junio de ese mismo año, según consta al reverso del citado folio.

4. El convocado, por intermedio de la apoderada judicial que designó para que lo representara, contestó en tiempo el libelo introductorio y, en desarrollo de ello, se opuso al acogimiento de sus pretensiones, se refirió de distinta manera sobre los hechos en él invocados y planteó con el carácter de meritorias las excepciones que denominó “**FALTA DE CONDICIONES DE LA ACCIÓN**”, que subdividió en “**FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA CAUSA**” y “**FALTA DE INTERÉS PARA OBRAR**”; “**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, INTERÉS PARA OBRAR E INEXISTENCIA DEL DERECHO**”; “**SANEAMIENTO DE NULIDADES POR PRESCRIPCIÓN**”; y “**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE DERECHOS**” (fls. 28 a 37, cd. 1).

Por separado, adujo las excepciones previas de “**NO HABERSE PRESENTADO PRUEBA DE LA CALIDAD DE**

HEREDERO, CÓNYUGE, CURADOR DE BIENES, ADMINISTRADOR DE COMUNIDAD, ALBACEA Y EN GENERAL DE LA CALIDAD EN QUE ACTÚE EL DEMANDANTE O SE CITE AL DEMANDADO”; y **“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN SI EL SUSTENTO LEGAL DE LA DEMANDA ES EL ARTÍCULO 216 DEL CÓDIGO CIVIL”**, las cuales fueron denegadas en primera instancia mediante auto del 6 de septiembre de 2010 (fls. 114 a 123, cd. 2), que el respectivo Tribunal, ante la apelación que interpuso su proponente, confirmó en providencia del 11 de mayo de 2011 (fls. 94 a 97 vuelto, cd. 3).

5. Surtido el trámite procesal correspondiente, el juzgado del conocimiento dictó sentencia el 18 de abril de 2012, en la que desechó las excepciones propuestas por el demandado; declaró *“la excepción de inconstitucionalidad de la parte final del artículo 219 del C.C. en los términos del artículo 4º Superior, en armonía con el 9º de la ley 153 de 1887”*; dispuso que el demandado no es hijo extramatrimonial del señor Julio Hernando Cala Peña, ya fallecido; ordenó lo pertinente a fin de que se efectúe la inscripción de ese proveído; y condenó en costas al accionado (fls. 172 a 186, cd. 1).

6. Apelado que fue por el último dicho pronunciamiento, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Sala Única, dictó fallo de segunda instancia el 12 de abril de 2013, en el que lo confirmó, salvo la determinación contenida en el parágrafo del numeral primero, que revocó, *“por estimar innecesaria la declaración de*

excepción de inconstitucionalidad” allí pronunciada (fls. 13 a 18 vuelto, cd. 5).

LA SENTENCIA DEL AD QUEM

Luego de historiar lo acontecido en las dos instancias y de advertir tanto la inexistencia de nulidades, como la satisfacción de los presupuestos procesales, esa autoridad, a efecto de arribar a las decisiones que adoptó, adujo los argumentos que enseguida se compendian:

1. Los demandantes están asistidos de legitimidad, como quiera que en el curso de lo actuado se allegaron sus registros civiles de nacimiento y copias del proceso de sucesión de su padre, Julio Hernando Cala Peña, que los acredita como herederos del mismo, tal y como lo predicó el *a quo*, lo que descarta toda posibilidad de que en remplazo del fallo estimatorio de primer grado, pueda emitirse uno inhibitorio.

2. La errada invocación que se hizo en la demanda de los artículos 215 y 216 del Código Civil y en el escrito con el que los actores recorrieron el traslado de las excepciones meritorias del canon 219 de la misma obra, no tiene carácter vinculante y, por ende, no impedía resolver la controversia a la luz de las que sí era aplicables, como lo definió el juzgado del conocimiento, esto es, de los artículos 58 de la Ley 153 de 1887, 5º de la Ley 75 de 1968, 248 y 335 del Código Civil.

3. No estando llamado a hacerse actuar aquí el citado artículo 219 del Código Civil, por referirse a los hijos legítimos y no a los extramatrimoniales, que es el supuesto fáctico en que se apoyó la presente acción, se colige que *“también (...) la excepción de inconstitucionalidad que declara el fallo de primera instancia”* en relación con ese precepto, *“está fuera de contexto por la misma razón”*.

4. Es acertada, por ende, la conclusión señalada en el fallo apelado de *“que el interés, que puede ser económico o moral, salta a la vista. No cabe duda de que C[é]sar Augusto Cala está, por su calidad de reconocido, en estado de disputar la herencia de los hermanos Cala Pérez. Por demás, concurre el interés de carácter moral, por no ser hijo de su padre, quienes ostentan dicho interés no pueden ser otros que los demás hermanos, quienes están directamente interesados en desligar ese parentesco que no es verdad, que es fruto de un error, o acaso de un acto bondadoso de su padre en vida, como plantea la demanda, pero que no puede sostenerse por no existir realmente consanguinidad alguna”*.

5. La apelación propuesta denunció, en esencia, que *“una demanda propuesta bajo el marco de los artículos 216 y 219 del C.C., no podía ser fallada según el artículo 248 del mismo código, el hacerlo es una aberración procesal inadmisibile, la cual depara una nulidad”* que el recurrente, pese a que las causales previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil son taxativas, no identificó y, mucho menos, demostró.

6. Al respecto, el Tribunal insistió en que es al juez a quien corresponde aplicar *“la norma correcta, la que regula el caso”*, aquí el artículo 248 del Código Civil, que a decir de esa Corporación establece *“que es causal para declarar que no existe filiación cuando el supuesto hijo no pudo tener por padre al reconociente”*, circunstancia que en el *sub lite* se acreditó con la prueba científica practicada, mediante la cual se cotejó el ADN del demandado y del presunto padre, conforme a las muestras que se tomaron de su cadáver en la diligencia de exhumación del mismo, la cual arrojó como resultado *“la incompatibilidad de la paternidad disputada”*.

7. En cuanto hace a la caducidad de la acción, no obstante que tal figura jurídica *“atañe al orden público y es de oficioso pronunciamiento”*, debe tenerse en cuenta que ella se propuso como excepción previa y que no hay lugar a revisar su desestimación como tal, puesto que ello *“solo es posible si aparecen nuevos elementos de juicio o situaciones nuevas que hubiesen de variar la postura original. Ya fue dilucidado e[l] tema de interés actual y [d]el momento en que debe tenerse como cierto para contar el término de caducidad. No ve el Tribunal razones para cambiar la decisión, ni puede darse por atinado que una persona sin saber que el reconocido no es realmente hijo del reconociente, pueda tener algún interés jurídico. Este solo surge de modo natural desde el momento en que el padre mismo o un heredero suyo sabe que no hay consanguinidad alguna. Ya se ha dicho atrás en qué consiste el interés, que incluso puede ser simplemente moral”*.

Sobre el particular, cabe adicionar que la tesis del *a quo*, relativa a que la aceptación voluntaria del demandado

a practicarse la prueba de ADN comportó *“tácitamente la renuncia de la caducidad consumada”*, no luce *“descaminada”*, pues *“no podría decirse que el demandado admitió la práctica voluntaria de la prueba sin admitir a la vez que está renunciando a controvertir la caducidad, ya que su práctica voluntaria es un acto tácito de aquiescencia con la contraparte de probar el derecho disputado”*.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene dos cargos dirigidos a que se declare, el primero, la infracción directa de la ley sustancial y, el segundo, la nulidad de lo actuado.

La Corte asumirá su estudio en orden inverso al de su formulación, puesto que la última censura refiere un yerro *in procedendo*, que debe auscultarse antes de explorar el error de juzgamiento a que se contrae la acusación inicial.

CARGO SEGUNDO

Con apoyo en la causal quinta de casación, se adujo la ocurrencia en el proceso del motivo de nulidad contemplado en el numeral 6º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

El reproche discurrió por el siguiente sendero:

1. Los actores, con el libelo introductorio, allegaron como elementos de convicción unas declaraciones extra

juicio, en relación con las cuales, allí mismo, solicitaron su ratificación dentro del proceso.

2. El accionado, por su parte, al contestar la demanda, solicitó que se valoraran los testimonios de los señores Elizabeth Gómez, Petronila Pérez y José Antonio Camargo; los interrogatorios de cada uno de los demandantes; y el contrainterrogatorio a quienes rindieron las declaraciones extrajuicio aportadas por éstos, pruebas con las que pretendía demostrar que su filiación era un hecho conocido por los promotores del litigio desde mucho antes a cuando ellos lo admitieron.

3. El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Yopal, en el memorado auto admisorio de la demanda, ordenó la realización de la prueba de ADN, cuya práctica modificó luego para que se verificara la exhumación del cadáver del padre extramatrimonial.

Posteriormente, mediante providencia del 19 de julio de 2011, decretó las pruebas reclamadas por los actores y, en relación con las invocadas por el accionado, *“dispuso que se decidiría lo pertinente una vez determinada la suerte del ADN”*.

El 17 de agosto del año en cita, la referida oficina judicial resolvió *“que como la prueba de ADN ya estaba en firme, no había lugar a nuevas pruebas, con lo cual negó las solicitadas por el demandado en la contestación de la demanda”*.

4. Si bien es verdad que al *“tenor de lo preceptuado por el parágrafo 2º del artículo 8º de la ley 721 de 2001, que modificó el artículo 14 de la ley 75 de 1968, puede inferirse que producido el resultado del ADN no hay lugar a la práctica de pruebas”*, también lo es que esa *“disposición obra en el proceso de filiación y no en el [de] impugnación, que sigue el procedimiento ordinario de mayor, como expresamente lo dispuso el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Yopal en el auto que admitió la demanda (...), cuyo trámite impone la apertura del periodo probatorio y el decret[o] [de] las solicitadas por las partes”*.

5. En el presente caso, la omisión del juzgado del conocimiento cobra mayor relevancia, habida cuenta que *“se invocaron como excepciones, entre otras, la caducidad de la acción que, conforme a la naturaleza del asunto planteado, como es la impugnación de la filiación extramatrimonial, y estar condicionada a unos términos precisos, requiere de la práctica de pruebas para demostrar que se tuvo conocimiento por parte de los interesados dentro de la correspondiente oportunidad o infirmar la sostenida por estos”*.

6. En definitiva, el recurrente solicitó a la Corte casar la sentencia impugnada, declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del 17 de agosto de 2011, ordenar que se resuelva sobre las pruebas pedidas por el demandado y continuar con el trámite procesal correspondiente.

CONSIDERACIONES

1. Tal y como quedó expresado al compendiarse la censura, ella apunta a la invalidación del proceso en razón a que “[e]l Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Yopal al pretermittir el periodo probatorio y, consecuentemente, negar las pruebas solicitadas por mi poderdante para desvirtuar el hecho que solo los demandantes habían tenido informe de la filiación extramatrimonial en mayo de 2008, según consta en auto calendado el 17 de agosto de 2011 (f. 122, Cuaderno Principal), incurrió en violación del derecho de defensa, que el Código de Procedimiento Civil en el numeral 6º de su artículo 140 consagra como causal de nulidad, que no fue subsanada”.

2. Siendo ello así, debe observarse que la causal de invalidación procesal invocada por el impugnante acaece “[c]uando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión”.

Aplicado el principio de especificidad que orienta las nulidades tanto en las instancias como en casación, según el cual su reconocimiento exige un texto legal que las instituya como tales, “hasta el punto que el proceso sólo se considera nulo, total o parcialmente, por los motivos que taxativa y expresamente se hayan consagrado” (CSJ, SC del 26 de marzo de 2001, Rad. n.º 5562; se subraya), se colige que el comentado motivo de anulación tiene lugar, únicamente, cuando se pretermiten los términos u oportunidades para el **decreto** y/o la **práctica** de las pruebas.

Con otras palabras: un proceso se torna inválido, entre otras causas, cuando no se resuelve sobre las pruebas pedidas por las partes, ya sea decretándolas, ora negándolas, o cuando pese a ser ordenadas, se omite, sin justificación legal, su realización.

3. Tal comprensión permite concluir que la nulidad aquí deprecada, no se subsume en la ya varias veces citada causal 6ª del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, como sigue a verse:

3.1. Lo acontecido en el proceso, a decir del censor, fue que el juzgado del conocimiento no accedió al decreto de las pruebas pedidas por el demandado, habida cuenta que en los autos de 19 de julio y 17 de agosto de 2011 dispuso, en el primero, que “[u]na vez determinada la suerte de la prueba de ADN, se decidirá sobre la pertinencia de las pruebas declarativas pedidas por la demandada”; y, en el segundo, que como consecuencia de la aprobación del aludido dictamen científico, “no hay lugar a más pruebas declarativas subsidiarias”, por lo que ahí mismo corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 117 a 118 y 122, cd. 1).

3.2. Resulta claro, entonces, que la inconformidad del impugnante deriva, en esencia, del hecho de que el juzgado cognoscente de la controversia negó, mediante los proveídos atrás identificados, la realización de las pruebas que el convocado pidió, al responder el libelo introductorio.

3.3. Siendo ello así, es incuestionable que tal determinación del *a quo* no configura el motivo de nulidad en cuestión, pues ella, en si misma considerada, no comporta la vulneración arbitraria del debido proceso del accionado, en tanto que éste gozó de la oportunidad de solicitar pruebas, la petición que formuló fue decidida, aunque adversamente, y, precisamente por ello, no cabe pensar que se omitió la práctica de las probanzas, pues éstas no fueron ordenadas.

Es que en frente de un panorama como ese, la solución no es la anulación de lo actuado, pues nada justifica una sanción como esa, sino controvertir la decisión del juzgado, lo que solamente puede y debe hacerse, por medio de los recursos correspondientes.

3.4. Precisamente, sobre el motivo de nulidad que se comenta, es doctrina de la Sala, que él “(...) ‘no se da cuando, mediante auto en firme, se deniega la práctica de todas o algunas de las pruebas pedidas, porque entonces el fallador está cumpliendo con uno de sus deberes, cuál es el de considerar y resolver una petición, que no, por adversa que resulta para el solicitante, implica el desconocimiento del derecho de defensa’ (se subraya; sentencia no publicada de fecha 14 de marzo de 1985) (CSJ, SC del 7 de marzo de 2003, Rad. n.º 7054).

3.5. Como la conducta del juzgado no corresponde a ninguno los precisos eventos señalados por el legislador como percutores de la invalidación de que se trata -omisión sobre el decreto o la práctica de pruebas-, amén que no es

cierto que esa autoridad hubiese pretermitido la fase probatoria, pues mediante el ya memorado auto del 19 de julio de 2011 avocó el proceso a ella, la nulidad deprecada debe descartarse.

4. No obstante lo anterior, si en gracia de discusión se aceptara que es cierta la omisión imputada al juzgado del conocimiento y que ella configuraba el motivo de anulación invocado, el cargo analizado, de todas maneras, está llamado al fracaso, pues el vicio denunciado fue saneado por el demandado, como pasa a analizarse:

4.1. A voces del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, es motivo de casación, entre otros, “[h]aberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado” (se subraya).

4.2. Significa lo anterior, que si bien es verdad, en desarrollo del referido recurso extraordinario, es posible proponer la invalidación de lo actuado con sujeción a los taxativos motivos establecidos en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, también lo es que para que el defecto denunciado se abra camino, es imperioso que no haya sido condonado por quien resultó afectado con él.

Significa lo anterior, que en casación también opera el principio de convalidación, que se “*refiere a la posibilidad del saneamiento, expreso o tácito, lo cual aparece la desaparición del vicio, salvo los casos donde por primar el interés público no se*

admite este tipo de disponibilidad (artículo 144 del Código de Procedimiento Civil). (...). De manera que para tener éxito una reclamación de nulidad procesal, se requiere no sólo que la ley consagre positivamente el vicio como causal de nulidad, sino que quien la alegue siendo afectado por él no la haya saneado expresa o tácitamente” (CSJ, SC del 26 de marzo de 2001, Rad. n.º 5562; se subraya).

4.3. A voces del artículo 144 de la obra en mención, las nulidades procesales se consideran saneadas en los siguientes casos:

1º. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente.

2º. Cuando todas las partes, o la que tenía interés en alegarla, la convalidaron en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada.

3º. Cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente.

4º. Cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

5º. Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el juez seguirá conociendo de proceso.

6º. (...)

No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades (sic) 3º y 4º del artículo 140, [...], ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional.

4.4. Sobre este particular, tiene dicho la Corte:

Ahora, en torno a la convalidación existe de igual manera una regla de oro que la informa, cual es la de que la actuación se entiende refrendada si el vicio no es alegado como tal por el interesado **tan pronto le nace la ocasión para hacerlo**, concepto que también encuentra su expresión en el numeral 1º del precitado artículo 144, en cuanto dispone que la nulidad se considera saneada ‘cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente’.

Tocante con ello ha precisado la jurisprudencia, que ‘no sólo se tiene por saneada la nulidad si actuando no se alega en la primera oportunidad, pues también la convalidación puede operar cuando el afectado, a sabiendas de la existencia del proceso, sin causa alguna se abstiene de concurrir al mismo, reservándose mañosamente la nulidad para invocarla en el momento y forma que le convenga, si es que le llega a convenir, actitud con la cual, no sólo demuestra su desprecio por los postulados de la lealtad y de la buena fe, sino que hace patente la inocuidad de un vicio que, en sentido estricto, deja de serlo cuando aquél a quien pudo perjudicar, permite que florezca y perdure’ (sentencia de 4 de diciembre de 1995, expediente 5269), criterio acompasado con el expuesto en sentencia 077 de 11 de marzo de 1991, donde señalóse que ‘subestimar la primera ocasión que se ofrece para discutir la nulidad, conlleva el sello de la refrendación o convalidación. Y viene bien puntualizar que igual se desdeña esa oportunidad cuando se actúa en el proceso sin alegarla, que cuando a sabiendas del proceso se abstiene la parte de concurrir al mismo. De no ser así, se llegaría a la iniquidad traducida en que mientras a la parte que afronta el proceso se le niega luego la posibilidad de aducir tardíamente la nulidad, se le reserve en cambio a quien rebeldemente se ubica al margen de él pero que corre paralelo a su marcha para asestarle el golpe de gracia cuando mejor le conviene. Sería, en trasunto, estimular la contumacia y castigar la entereza (reiteradas en sentencia de 27 de julio de 1998, expediente 6687) (CSJ, SC del 11 de enero de 2007, Rad. n.º 1994-03838-01; se subraya).

4.5. Retomando la alegación de la nulidad planteada por el recurrente, se establece que la omisión imputada al *a quo* se materializó una vez que los comentados autos del 19 de julio y 17 de agosto de 2011 adquirieron firmeza, lo que acaeció al vencimiento del término de su ejecutoria, pues no fueron recurridos en reposición, momento a partir del cual, consiguientemente, pudo y debió plantearse la nulidad de que se trata.

4.6. Pese a ello, el demandado, quien venía y continuó actuando en el proceso, permitió su adelantamiento hasta el cierre de la primera instancia y durante todo el trámite de la segunda, sin alegar la nulidad en cuestión, la que, como se sabe, sólo vino a plantear en desarrollo del recurso extraordinario que se desata.

4.7. Esa actitud del convocado tornó ineficaz el vicio, pues tradujo que para él no tuvo significación, al punto que habilitó el proseguimiento del proceso hasta la sentencia de segundo grado, que le puso fin.

4.8. El detectado saneamiento de la nulidad deprecada, impide, por ende, su reconocimiento.

5. El cargo, en definitiva, no prospera.

CARGO PRIMERO

Con fundamento en el motivo inicial del canon 368 del Código de Procedimiento Civil, se denunció la sentencia del

Tribunal por ser directamente violatoria de los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 219 del Código Civil, por falta de aplicación; y 248, numeral 2º, inciso 2º, de la misma obra, por aplicación indebida.

El recurrente, en sustento de la acusación, esgrimió los planteamientos que pasan a compendiarse:

1. Reprodujo el segmento del fallo cuestionado, en el que el *ad quem* señaló las normas jurídicas aplicables al caso sometido a su conocimiento.

2. En relación con ellas, seguidamente comentó:

2.1. El artículo 58 de la Ley 153 de 1887 establece la regla general de permitir la impugnación de la filiación a todas las personas que prueben interés en ello y remite al artículo 248 del Código Civil.

2.2. A su turno, en el artículo 5º de la Ley 45 de 1936 se estableció que el reconocimiento de hijo, solamente puede ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas previstas en los artículos 248 y 335 del Código Civil.

2.3. El primero de esos últimos dos preceptos, modificado por el artículo 11 de la Ley 1060 de 2006, fija como fundamento de la impugnación que contempla, el hecho de que el hijo no haya podido tener por padre al que pasa por tal; en cuanto hace a la legitimación para efectuar

dicha reclamación, la radica en *“quien tenga interés”* y en *“los ascendientes de quienes se crean con derechos”*; y respecto al oportuno ejercicio de la acción, condiciona que la misma se entable *“dentro de los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad”*.

3. Con base en tal análisis, el impugnante atribuyó al Tribunal las siguientes equivocaciones jurídicas:

3.1. Haber aplicado el artículo 248 del Código Civil en procura de definir la legitimación para impugnar, norma *“que la concreta a quienes tengan interés y a los ascendientes, situación que no opera en el sub lite, porque quienes la formulan son los descendientes del padre extramatrimonial”*.

Sobre el particular, el censor, más adelante, puntualizó que el primero de esos mandatos es general, mientras que el artículo 219 del Código Civil, desde la modificación que le introdujo el artículo 7º de la Ley 1060 de 2006, es especial para los herederos del padre extramatrimonial fallecido y, por ende, preferente, según voces del artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

3.2. Y no haber hecho actuar el ya citado artículo 219 del Código Civil, fincado en que él trata sobre los hijos legítimos, entendimiento que era razonable antes de la advertida reforma de que fue objeto, pero no luego de ella.

5. A continuación, el censor puso de presente que el texto actual del artículo 219 citado, es sustancialmente

distinto al que tenía antes de ser modificado; que él no se refiere a la impugnación de la filiación legítima, *“sino en general a ella, con lo cual incluye la extramatrimonial”*, criterio que armoniza con la *“calificación que el legislador le dio a la ley 1060 de 2006, al decir ‘por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad’, sin referirla a una determinada calidad”*; y que contiene una premisa de procedencia adicional, que el Tribunal no aplicó, pues el derecho de impugnar cesa si el padre reconoció expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público, *“situación que tiene ocurrencia en el sublite”*.

6. Al cierre, el impugnante insistió en los reproches anteriores y en que el Tribunal vulneró *“los intereses de mi representado, por cuanto a los descendientes se les cierra la posibilidad de impugnar la filiación cuando el reconocimiento se ha producido en virtud de instrumento público o testamento”*.

6. Concluyó, en definitiva, que la sentencia cuestionada debe casarse y que, en remplazo de ella, la Corte habrá de revocar el fallo de primer grado para, en defecto del mismo, negar la impugnación de la paternidad extramatrimonial impetrada.

CONSIDERACIONES

1. Por mandato expreso del artículo 5º de la Ley 75 de 1968, el reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial *“solamente podrá ser impugnado por las*

personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil” (se subraya), normas que tratan sobre dicho cuestionamiento, el primero, de la paternidad y, el segundo, de la maternidad.

2. La previsión contenida en la norma inicialmente mencionada –artículo 5º de la Ley 75 de 1968- que, como se aprecia, se ocupa específicamente de la impugnación del reconocimiento, o sea de la filiación extramatrimonial, descarta de plano el acierto del cargo en cuanto hace a la indebida aplicación de la segunda -artículo 248 del Código Civil-, en tanto que aquélla remite a ésta para definir las personas legitimadas para impugnar la paternidad extramatrimonial, el término de que disponen para ello y las causas que habilitan ese reclamo, materias todas que, por ende, conforme al querer expreso del legislador, deben dilucidarse a la luz del citado precepto.

Reza, en lo pertinente, la referida disposición:

Art. 248.- Modificado. Ley 1060 de 2006, art. 11. En los demás casos podrá impugnarse la paternidad probando alguna de las causas siguientes:

1. Que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal.

2. (...).

No serán oídos contra la paternidad sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad.

3. Así las cosas, no es admisible el reparo jurídico que el censor el atribuyó al *ad quem*, consistente en que se equivocó al definir, con apoyo en el señalado mandato legal, la legitimación de los aquí demandantes, pues como viene de indicarse él era, y es, el llamado a disciplinar ese preciso tema, que no referido a los casos en que impugna el marido, se refiere en forma concreta a los demás casos, que no son otros que cuando se hace reconocimiento de una filiación que no es matrimonial.

4. En consonancia con lo anterior, también debe predicarse el desatino de la acusación en lo tocante con la falta de aplicación del artículo 219 del Código Civil, pues esta norma, como lo apreció el Tribunal, trata de la impugnación de la paternidad legítima, por lo que no estaba llamada a hacerse actuar en el sub lite.

Tampoco es cierto, como se alegó en el recurso extraordinario, que la ley 1060 de 2006 en el título se estuviera refiriendo de manera indistinta en forma reformatoria del código a todas las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad, pues la diferencia aún permanece y para el caso de la impugnación del reconocimiento es el 248 el que por expresa remisión legal, de la ley 75 de 1968, es la norma aplicable, así como también, que la imposibilidad de impugnar cuando media una escritura pública que reconoce al hijo es en el caso del artículo 219, o sea en los hijos matrimoniales, no cuando se ha reconocido a quienes no lo son, porque en el artículo 248 no se incluyó tal prohibición.

5. Finalmente debe señalarse que si se admitiera, en gracia de discusión, la viabilidad de aplicar en el caso *sub lite* el artículo 219 del Código Civil, el cargo figura indebidamente formulado, en tanto que con él lo que se pretendió, en definitiva, fue hacer actuar la previsión de la parte final de su inciso 1º, en la que se estableció que el derecho a impugnar la paternidad o la maternidad “*cesará (...) si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público*”, pues en el ámbito casacional tal reproche sólo cabía plantearse por la vía indirecta de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, como quiera que exigía verificar la ocurrencia de ese hecho, esto es, que el padre hubiera reconocido al hijo de la manera indicada, constatación que imponía el examen de la prueba respectiva.

6. Colofón de todo lo dicho, es el fracaso de la acusación examinada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del 12 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Sala Única, en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

Costas en casación, a cargo del recurrente. Como la demanda presentada para sustentar dicho cuestionamiento extraordinario, fue replicada en tiempo por la parte actora, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$6.000.000. La Secretaría de la Sala efectúe la correspondiente liquidación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

Con ausencia justificada

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

Con aclaración de voto

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Con aclaración de voto

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Con salvamento de voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 85001-31-84-001-2008-00226-01

Con el respeto de siempre por las decisiones adoptadas por la Sala, manifiesto que comparto la desestimación del recurso de casación incoado por el demandado por las razones expuestas en dicho proveído.

No obstante, aclaro que la interpretación efectuada al artículo 219 del Código Civil no se ajusta a su actual contenido, como quiera que, aun cuando hace parte de las normas que regulan la impugnación de la paternidad o maternidad matrimonial, lo que daría lugar a colegir que es inaplicable en tratándose de la impugnación extramatrimonial, cuya regulación está contenida en el artículo 248 del Código Civil conforme la remisión normativa que efectúa el artículo 5^o¹ de la ley 75 de 1968; así mismo es cierto que desde la perspectiva de los derechos fundamentales no se configura razón que amerite el establecimiento de un trato diferenciado como el aludido, según el cual dicho canon sólo se emplea en tratándose del cuestionamiento a la paternidad o maternidad matrimonial.

Efectivamente, el tenor de dicho mandato legal, con la modificación que le introdujo el artículo 7º de la ley 1060 de 2006, señala que *«(l)os herederos podrán impugnar la*

¹ «El reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil».

paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público.»

Y culmina indicando que «(s)i los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos.»

Como se desprende de la interpretación literal del mencionado precepto, no existe la restricción sostenida por el Tribunal *ad-quem* y ahora avalada por la Corte, en la medida que allí no se consagra que la impugnación de la maternidad o paternidad sea extramatrimonial o legítima, de donde la hermenéutica adoptada por decisión mayoritaria se torna odiosa, pues el espíritu del artículo 219 del Código Civil a que alude la sentencia quedó suprimido, con ocasión de la modificación legislativa de que fue objeto dicho canon legal.

Una interpretación finalística también avala la posición que estas líneas someramente se plasma, pues así se desprende del Informe de Ponencia para Primer Debate al proyecto que dio origen a la ley 1060 de 2006, al anotar:

En el proyecto de ley, el autor propone la modificación de normas del Código Civil referentes a la eliminación del término para impugnar la paternidad, la admisión de pruebas médico-científicas en el proceso de impugnación de la paternidad, la vinculación del padre biológico al proceso, entre otros; propuestas que los ponentes comparten en su gran mayoría, pero que en razón de la interpretación sistemática que los operadores judiciales y los estudiosos del derecho deben hacer, requiere modificaciones mayores a las inicialmente planteadas.

(...)

4. Titularidad de la impugnación de la paternidad o de la maternidad. Terceros con interés, herederos y ascendientes.

El sistema normativo vigente en el artículo 216 del Código Civil prevé que sólo el marido puede reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, limitación que en nuestro criterio debe desaparecer, dado que no sólo es interés del marido el conocimiento de la verdadera filiación de los hijos concebidos en el matrimonio, sino que tal como lo dispone el artículo 44 de la norma superior, cuando es la filiación de menores lo que está en entredicho, se vulneran derechos fundamentales de los niños y dichos derechos prevalecen sobre los demás.

Asimismo, pretendemos ampliar la titularidad a la madre y a cualquiera que previamente y en forma sumaria acredite interés ante el Juez, con el fin de incluir dentro de esta última categoría a los ascendientes, a los herederos y a los presuntos padres biológicos en aras de la economía procesal, con relación a los últimos, lo pretendido es que al (sic) interior del proceso y luego de que proceda la impugnación de la paternidad o maternidad, el Juez declare la paternidad o la maternidad en aras de proteger los derechos del menor o, como se expresó anteriormente, simplemente atender al principio de economía procesal.

Otra de las propuestas fundamentales del proyecto es la eliminación del término de los sesenta días para

impetrar la acción, modificación a la que nos referiremos en un punto aparte dado las connotaciones que conlleva.

Respecto de la acción de los herederos y los ascendientes, se fijan límites a dicha titularidad, dado que estos no podrán ejercerla sino desde la muerte del causante o, con posterioridad a esta, desde el momento en que tuvieron conocimiento del nacimiento del hijo, siempre y cuando el padre o la madre no lo hubieren reconocido expresamente mediante testamento o en otro instrumento público, como por ejemplo las declaraciones extrajuicio en notarías. (Gaceta del Congreso 591, 4 oct. 2004).

Incluso, específicamente relacionado con la modificación al artículo 219 del Código Civil, ese mismo Informe reseñó:

Extendida la titularidad a los terceros que acrediten sumariamente interés en la impugnación de la paternidad o de la maternidad, pueden hacer parte dentro de esta categoría los ascendientes. Sin embargo, consideramos que dado que a estas personas pueden tener algún tipo de interés en la sucesión del causante, es preciso conservar dos límites que se encuentran vigentes en nuestra legislación. El primero de ellos es la oportunidad de impugnar siempre y cuando no exista un reconocimiento expreso del hijo en testamento o cualquier otro instrumento público, toda vez que la voluntad del causante debe ser respetada y el segundo, es una previsión que se encuentra vigente en el Código Civil y que hace referencia expresamente a asuntos sucesorales, razón por la cual consideramos mantenerla en la propuesta que será sometida a consideración de los miembros de la Comisión. (Ibídem).

Como lo revela la anterior motivación legislativa, las alteraciones que al Código Civil fueron introducidas con ocasión de la expedición de la ley 1060 de 2006 en manera

alguna tuvieron el propósito de hacer distinciones referentes a la impugnación de la maternidad o paternidad respecto de hijos legítimos o extramatrimoniales.

Por tanto, actualmente nuestro ordenamiento no cuenta con una disposición normativa que prohíba proponer la impugnación de la paternidad o maternidad extramatrimonial con base en el canon 219 del Código Civil, de allí que la limitante invocada por el Tribunal dejaría al descubierto la trasgresión del derecho de impugnación de los interesados, de donde resulta forzoso concluir que tal regla de derecho es aplicable en aquel evento y que, por ende, merecía un pronunciamiento tendiente a dilucidar si, por esa senda, era viable o no el desconocimiento filial objeto del litigio.

Tal tesis fue esbozada por la Sala en sede constitucional², aunque lacónicamente y haciendo referencia específica al inciso final del artículo 219 del Código Civil, pero dejando sentada la posibilidad de aplicar a casos como el de autos el referido precepto.

Fecha *ut supra*.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado

² STC15352 de 2017, rad. nº 2017-01812-01.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el merecido respeto hacia el criterio mayoritario y aunque concuerdo en la decisión de no casar la sentencia impugnada, me permito consignar a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto en el presente asunto:

1. Al resolver el cargo primero de la demanda de casación, la Sala consideró que en el asunto sub-judice no tenía aplicación el artículo 219 del Código Civil, porque dicho precepto versa sobre la impugnación de la paternidad legítima.

Explicó a continuación que las diferencias de régimen legal entre la paternidad matrimonial y la extramatrimonial aún permanecen y por ello «la imposibilidad de impugnar cuando media una escritura pública que reconoce al hijo» se presenta únicamente respecto de los hijos matrimoniales, «no cuando se ha reconocido a quienes no lo son, porque en el artículo 248 no se incluyó tal prohibición».

Frente a las anteriores consideraciones estimo necesario precisar lo siguiente:

Aunque es cierto que el artículo 219 del Código Civil está incluido dentro del Título del libro primero que hace alusión a “los hijos concebidos en el matrimonio”, cuyas normas se extendieron a los concebidos en vigencia de la unión marital de hecho en virtud de lo dispuesto por la Ley

1060 de 2006 y, por tanto, ni esa disposición ni las siguientes regulan la paternidad extravincular, que es la que deriva del reconocimiento efectuado por el progenitor a través de cualquiera de los medios previstos en el artículo 1º de la Ley 75 de 19683, tal situación evidencia una diferencia de trato por el legislador a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales que en el actual orden constitucional no es aceptable ni justificada, pues no existe una razón objetiva y constitucionalmente legítima en virtud de la cual sea posible, razonable y necesario prodigar un trato desigual a sujetos que hoy son reconocidos como iguales.

En efecto, el artículo 42 de la Constitución Política establece que la familia se constituye «por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla». Asimismo, consagra que «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes».

De ese postulado deriva el principio de “unidad de filiación”, conforme al cual los hijos deben recibir idéntico trato jurídico, independientemente del origen diverso que pueda tener la familia, y los efectos jurídicos sobre el estado civil son iguales para todas las relaciones filiales sin importar la forma en que se produzcan éstas.

³ En el acta de nacimiento; por escritura pública; en el testamento del reconociente y mediante *“manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene”*.

Luego, persistir en una interpretación que no abogue por la aplicación del artículo 219 precitado a la impugnación de paternidad de hijos extramatrimoniales desconoce el principio que acaba de citarse además de la igualdad de status material y jurídico que hoy en día se predica de todos los hijos, sin importar si fueron concebidos dentro del vínculo matrimonial de sus padres, en vigencia de la unión marital de éstos o sin lazo estable y singular que uniera a sus progenitores, prodigando un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho, sin que tal medida legislativa se advierta hoy adecuada, esto es, que constituya un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido.

2. Adicionalmente, el trato diferenciado que permanece en la legislación civil no es necesario o indispensable y sacrifica valores y principios constitucionales de mayor relevancia como la igualdad, la diversidad aceptada por el artículo 42 Superior en cuanto al origen de los descendientes y el mandato suprallegal de igualdad de derechos y deberes de éstos.

De cara a los valores que la Carta Magna protege, el fin perseguido con la distinción del artículo 219 citado no aparece legítimo, cardinal e ineludible.

Por lo dicho, la falta de aplicación de ese precepto a los conflictos en que se discute el estado civil y la paternidad frente a hijos concebidos o nacidos fuera del matrimonio o

de la unión marital de hecho, constituye una violación directa de la Constitución Política.

A pesar de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional que precedió a la Ley 1060 de 2006 y dicha reglamentación procuraron la eliminación de todo trato discriminatorio que el Código Civil daba a los hijos extramatrimoniales, aún persiste éste en normas como el artículo 219, pues las disposiciones legales que gobiernan la impugnación de la paternidad y de la maternidad extravinculares, como por ejemplo, los artículos 248 y 335 de la codificación civil, la Ley 75 de 1968, el artículo 58 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 5º de la Ley 45 de 1936 no tienen previsiones similares.

La inequidad manifestada en ese trato diferencial injustificado revela un déficit de protección de los hijos extramatrimoniales que la Sala estaba llamada a superar en el asunto sub judice, a través de su doctrina jurisprudencial en sede de casación, para de esa manera cumplir los fines asignados a la impugnación extraordinaria, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 365 del estatuto procesal civil⁴, esto es, los de “unificar la jurisprudencia nacional” y procurar la reparación de “los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida”, que hoy también son proclamados por el artículo 333 del Código General del Proceso, regulación que añadió otros propósitos de no menor importancia como los de “defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico”, “lograr la

⁴ Esta era la normatividad que se encontraba vigente a la fecha de interposición del recurso.

eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno”, “proteger los derechos constitucionales” y “controlar la legalidad de los fallos”.

3. Los planteamientos que acaban de exponerse, sin embargo, no conducen per se a la prosperidad de las aspiraciones del casacionista, porque aun de hacerse actuar en el proceso la norma que, conforme al criterio mayoritario de la Sala no debía aplicarse en la controversia, debe repararse en que César Augusto Cala Pérez fue reconocido como hijo mediante instrumento público por el señor Julio Hernando Cala, a quien se le atribuía ostentar una relación de consanguinidad con él, pero esa declaración de voluntad del segundo se dio como “fruto de la coacción de que éste fue objeto por parte de su esposa” y bajo la convicción de ser el progenitor biológico.

De acuerdo con los hechos expuestos en la demanda, Luis Hernando Cala no fue el único hombre con quien la señora madre del demandado habría tenido relaciones sexuales para la época en que se presume debió ocurrir la concepción, por lo que el reconocimiento paterno no tiene las características de ser informado, libre, exento de vicios, espontánea y voluntariamente expresado por el reconociente, sino que, por el contrario, estuvo viciado de error que recayó sobre la existencia del vínculo biológico y debido a la coerción o fuerza que se ejerció en su contra, lo que torna justificada la impugnación de la progenitura, la que podía demandarse demostrando la causal consistente en que “el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por

tal”, establecida en el numeral 1º del artículo 248 del ordenamiento civil, cuya comprobación en el proceso se obtuvo con la prueba de ADN que fue practicada, la cual arrojó como resultado la exclusión de paternidad.

En consecuencia, el indicado acto no tuvo los efectos del artículo 219 de la codificación citada, esto es de «renuncia al derecho de impugnación» (CSJ SC16279-2016, 11 Nov. 2016, Rad. 2004-001297-01), de modo que la aplicación de esa norma en el asunto no hubiera tenido la virtualidad de cerrar definitivamente a los herederos del que pasaba por ascendiente, la posibilidad de refutar la paternidad de aquel.

En los términos esbozados con precedencia, dejo aclarado mi voto.

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 85001-31-84-001-2008-00226-01

1. Por cuanto considero que el cargo primero formulado respecto de la sentencia fustigada en sede de casación estaba llamado a prosperar, paso a exponer respetuosamente las razones que me separan de la decisión mayoritaria.

2. Los hechos relevantes:

i. Julio Eduardo, Mauricio, Nubia Esperanza, Orlando y Deisy Andrea Cala Pérez demandaron a César Augusto Cala Pérez, para que a través de un trámite ordinario se declarara que éste no era “*hijo*” de Julio Hernando Cala, ya fallecido; el libelo se admitió el 19 de mayo de 2008, notificado al opositor el 3 de junio siguiente.

ii. Como fundamento adujeron que pese al “*reconocimiento de hijo extramatrimonial*”⁵ del convocado, hecho por el padre en vida, lo cierto era que de los elementos de convicción adjuntados, entre éstos, una “*prueba genética*”, diversos testimonios y el “*nulo parecido*” entre él y sus hermanos, se deducía que en realidad aquél no descendía de éste.

iii. El llamado a juicio propuso como excepciones las de “*falta de legitimación activa en la causa*”; “*falta de interés para obrar*”; “*saneamiento de las nulidades por prescripción*” y “*prescripción extintiva de los derechos*”, y algunas más.

iv. Surtido el trámite de rigor, el estrado de conocimiento, en sentencia de 18 de abril de 2012, accedió a las pretensiones; determinación confirmada parcialmente en sede de apelación, en fallo dictado el 12 de abril de 2013, por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad.

En lo medular, la Corporación *ad quem* adujo que los promotores sí estaban legitimados, porque al ser herederos de su progenitor, poseían “*interés moral patrimonial*” para ejercer la acción incoada.

Convalidó el fallo recurrido en alzada, en tanto estaban plenamente demostradas las causales de impugnación de la paternidad y de refutación del reconocimiento, contempladas en los artículos 58 de la Ley

⁵ Realizado el 22 de julio de 1981 mediante escritura pública (Cfr. fol. 9 cdno. 1).

153 de 1887, 5º de la Ley 75 de 1968, 248 y 335 del Código Civil.

Frente a la “*caducidad*” de la acción alegada por el demandado, dejó sentado que la “*aceptación voluntaria*” de practicarse la “*prueba de ADN*” comportó “*tácitamente la renuncia de la caducidad consumada*”, pues “*no podría decirse que el demandado admitió la práctica voluntaria de la prueba sin admitir a la vez que está renunciando a controvertir la caducidad, ya que su práctica voluntaria es un acto tácito de aquiescencia con la contraparte de probar el derecho disputado*”.

v. Con estribo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el accionante demanda la referida sentencia, tras estimar que el *ad quem* incurrió en trasgresión directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los preceptos 3º de la Ley 153 y 219 del Código Civil; y, aplicación indebida del inciso final del artículo 248 de la misma compilación.

A su juicio, con dichas disposiciones el legislador negó a los descendientes la posibilidad de impugnar la filiación cuando el reconocimiento se produce en virtud de instrumento público, como ocurrió en el *subéxamine*.

vi. La **Sala de Casación**, en decisión mayoritaria, no casó el fallo del tribunal, al considerar que éste no contradice ni desconoce los mandatos aludidos, pues en lo

atañadero al reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial

“(...) es el 248 (sic) el que por expresa remisión legal, de la Ley 75 de 1968, es la norma aplicable, así como también, que la imposibilidad de impugnar cuando media una escritura pública que reconoce al hijo es en el caso del artículo 219, o sea en los hijos matrimoniales, no cuando se ha reconocido a quienes no lo son, porque en artículo 248 no se incluyó tal prohibición (...)”.

3. Los motivos para mi disenso son los siguientes:

3.1. La **filiación**, lo tienen decantado la doctrina colombiana, francesa⁶ y chilena⁷, es el vínculo jurídico establecido entre un individuo y su madre (filiación materna) y/o su padre (filiación paterna); constituye un elemento esencial del estado civil de la persona, y guarda relación con aquellos de quienes desciende una persona y/o con sus descendientes. La decisión entiende erróneamente la institución.

La jurisprudencia de esta Corte, con singular maestría, ha conceptualizado el fenómeno en mención como

“(...) el vínculo jurídico que por la procreación se forma entre el padre o la madre y el hijo. Respecto del padre se la llama paternidad y en relación con la madre se le denomina maternidad” [CSJ SC del 24 de mayo de 1963 (M.P. Enrique López De La Pava)].

⁶ GRIOLET, Gaston/VERGÉ, Charles. *Dictionnaire Pratique de Droit. Abscense-Ivresse*. Bureau de la Jurisprudence Générale Dalloz. Paris. 1908. Pág. 643; RIPERT, Georges/PLANIOL, Marcel. *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome II. La Famille*. Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence. Paris. 1926. Pág. 597; HUET-WEILLER, Danièle/LABRUSSE, Catherine/VAN CAMELBEKE, Micheline. *Ob. cit.* 1981. Pág. 1; CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil. Tomo I. Vol. II*. Trad. de Manuel Zorrilla Ruiz. Ed. Bosch. Barcelona. Núm. 148.

⁷ SOMARRIVA UNDURRUGA/ Manuel. *Derecho de Familia*. Editorial Nascimento. Santiago. 1963. Núm. 414; CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I*. Págs. 276 y ss. Y muchos más.

En sentencia del 28 de marzo de 1984 (M.P. Humberto Murcia Ballén) expresó:

“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 establecida 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”.

Cual sucede con el matrimonio, la filiación no es una institución creada por el ordenamiento jurídico, sino un hecho socio-cultural que el derecho acepta, reconoce y regula, inspirado en criterios de protección basados en la naturaleza y en el interés social.

He defendido en pretéritas oportunidades⁸, que la filiación no es un problema natural, biológico o científico, sino un fenómeno socio-cultural con efectos jurídicos que vincula a las personas por el parentesco de consanguinidad, de afinidad o civil, forjando muchas otras relaciones que no son captadas por la ley, pero que existen realmente. ¿Cómo entender la propia adopción, el parentesco de afinidad matrimonial o extramatrimonial, la donación consentida, las técnicas de reproducción asistida (Inseminación artificial; fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoides; la filiación surgida por la donación altruista de semen, de óvulos y de embriones ante problemas de fertilidad, etc.), los

⁸ Vide: Votos disidentes frente a los fallos STC1175-2016, exp. 2010-00308-01; y SC16279-2016, exp. 2004-00197-01.

reconocimientos complacientes o de crianza?. La filiación de los hijos de crianza o complaciente es una realidad.

Normas detalladas y muchas otras arbitran su establecimiento (arts. 213-249 C.C.), y los efectos personales (nombre; autoridad parental) y patrimoniales (obligaciones alimentarias; vocación sucesoral) de ella resultantes.

3.2. Históricamente, se ha considerado a la filiación matrimonial, antes legítima, como la procedente de personas que al tiempo de la concepción –o del nacimiento, según el caso- estaban casados entre sí. La extramatrimonial o ilegítima, de contera, era la derivada de sujetos entre los cuales, al tiempo de la concepción o del nacimiento, no existía matrimonio legítimo⁹.

La legislación romana conocía con el nombre de *spurii* o *vulgo concepti* los hijos nacidos por fuera del matrimonio. En el Derecho Justiniano, se llamaban naturales los habidos en concubinato y *spurii* los nacidos de uniones no estables¹⁰.

Las Siete Partidas de Alfonso X (Cfr. Partida 4ª; Tit. 15) consideraron ilegítimos los hijos que “*no nascen de casamiento segund ley*”, y enumeraba distintas clases de

⁹ Sin perjuicio de que hoy sea preferible, en virtud de los cambios normativos operados en nuestro país, referirse a la filiación legítima como aquella matrimonial o fruto de la unión marital de hecho; y a la segunda, es decir la natural, como la extramatrimonial o simplemente natural.

¹⁰ O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Ed. Edersa. Madrid. 2001. Págs. 215-216.

hijos “ilegítimos”: naturales, “los que facen en las barraganas”; notos, fruto de adulterio; fornezinos, “nascen de adulterios o son fechos en parienta o en mujeres de Orden”; manzeres, de prostituta; espúreos, de otras mujeres¹¹.

Lo mismo que en el Código napoleónico de 1804¹², en el chileno de 1855¹³ y en las antiguas legislaciones romana y española, el Código Civil colombiano gobierna la cuestión desde una perspectiva bipartita, esto es, haciendo la distinción entre la filiación resultante del matrimonio y la filiación extramatrimonial, es decir, la surgida respecto de “padres que al tiempo de la concepción no estaban casados (...)” (Art. 1º L. 45 de 1936)¹⁴.

Después de las reformas civiles de 1936 (Ley 45), 1982 (Ley 29) y 1991 (art. 42 C.N), con la inserción del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, todos los infantes, todas las personas independientemente de su filiación, somos iguales. Esto ha conducido a la supresión formal de toda discriminación. Inclusive, semánticamente debe hablarse de filiación matrimonial o extramatrimonial, superando la errónea y anacrónica expresión de “legítima” o “ilegítima” o “natural”.

¹¹ En: *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia y glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M.* Ed. Lecoigne y Lasserre Editores. Paris. 1843. Págs. 130 y ss.

¹² Así: RIPERT, Georges/PLANIOL, Marcel. *Ob. cit.* Págs. 597-598; CARBONNIER, Jean. *Ob. cit.* Núm. 148.

¹³ Prolijo estudio de la cuestión en Derecho chileno en: CLARO SOLAR, Luis. *Ob. cit.* Págs. 276 y ss.

¹⁴ Vide: CSJ SC del 24 de mayo de 1963 (M.P. Enrique López de la Pava); CSJ SC del 17 de mayo de 1968 (M.P. Fernando Hinestrosa).

Quedan vestigios de iniquidad en algunas disposiciones, cuya inobservancia se impone a fin de garantizar la realización de la justicia y con el propósito de desarrollar los postulados superiores consignados en la Carta. Para lo pertinente, los jueces no pueden dudar en dar paso a la excepción de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad (Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica).

4. El ordenamiento consagra un título para la filiación extramatrimonial o extramarital. Se trata de un acto de carácter especial en cuya virtud la voluntad del padre recae sobre la relación filial, aceptando el vínculo. A esto se reduce el **reconocimiento**, cuyo fundamento normativo hállese principalmente en las disposiciones de las Ley 45 de 1936, 75 de 1968, en algunos apartes de la antigua Ley 153 de 1887, en la Ley 1060 de 2006, y, naturalmente, en el Código Civil nacional.

En el asunto debatido, el punto central gira en torno a dicho instituto, cuya naturaleza, concepto y alcance fueron derechamente desconocidos por el fallo de la mayoría del cual me separo.

Desde una perspectiva amplia, el reconocimiento se define como el “(...) *acto jurídico consistente en la afirmación solemne de la paternidad biológica hecha por el generante, acto que confiere al reconocido un “status fili” que lo liga al*

reconocedor”¹⁵. O, como dice el español O’Callaghan, es un negocio en cuya virtud “(...) *el que lo realiza se declara padre o madre del hijo de que se trata: consiste en la afirmación de paternidad o maternidad biológica (que puede ser cierta o errónea, error que incluso puede ser consciente)*”¹⁶.

4.1. En punto a la **naturaleza jurídica** del fenómeno, la doctrina universal no es unívoca.

De modo genérico, siguiendo en esto Planiol-Ripert, Carbonnier, De Casso y Romero y Cervera y Jiménez-Alfaro, la cuestión, históricamente, se ha contemplado desde dos ópticas diferentes: ora como una admisión (**reconocimiento-admisión**), bien a modo de confesión (**reconocimiento-confesión**)¹⁷.

En el **primer caso**, se trata de un auténtico acto jurídico constitutivo por el cual el padre hace que el hijo ingrese dentro de la relación familiar aceptándolo como suyo.

En la **segunda hipótesis**, se está en presencia de una confesión de un hecho preexistente que, de esta manera, queda demostrado sin necesidad de que surja un acto jurídico propiamente tal.

¹⁵ ALBADALEJO GARCÍA, Manuel. *El Reconocimiento de la Filiación Natural*. Ed. Bosch. Barcelona. 1954. Pág. 53.

¹⁶ O’CALLAGHAN, Xavier. *Ob. cit.* Pág. 229.

¹⁷ RIPERT, Georges/PLANIOL, Marcel. *Ob. cit.* Págs. 695 y ss.; CARBONNIER, Jean. *Ob. cit.* Pág. 307; DE CASSO Y ROMERO, Ignacio/CERVERA Y JIMÉNEZ ÁLFARO, Francisco. *Diccionario de Derecho Privado. Tomo II*. Editorial Labor S.A. Barcelona. 1950. Págs. 2368-3269. También: O’CALLAGHAN, Xavier. *Ob. cit.* Pág. 229.

Entre las dos concepciones atrás relacionadas del reconocimiento, aparentemente antagónicas, la Corte, con apoyo en los artículos 55 de la Ley 157 de 1887 y 1 y 4 de la Ley 45 de 1936, ha optado por la primera, contemplándolo como un negocio jurídico del Derecho Familiar, de sello solemne o formal, personalísimo, sujeto al régimen general de ineficacia propio de toda declaración de voluntad –y fundamentalmente reglado en el Código Civil- y, además, de marcado carácter de orden público.

Reiterando y ampliando su doctrina, expuesta en fallo del 17 de febrero de 1943, dijo esta Corporación, en un erudito pronunciamiento de 22 de septiembre de 1955:

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

“En Colombia la doctrina y la jurisprudencia han considerado el reconocimiento de hijo natural, bien como un simple medio de prueba (reconocimiento-confesión), o bien como un negocio jurídico de derecho familiar. En fallo de reciente data la Corte se ha inclinado hacia esta última doctrina (Casación: febrero 17 de 1943, LXIII, 685). El reconocimiento de hijo natural “es declarativo, en tanto no constituye un medio de prueba sino un negocio jurídico en cuya virtud se establece el vínculo familiar sobre bases preexistentes, puestas en evidencia jurídica por medio del reconocimiento; por eso algunos autores lo señalan como un acto-admisión, no como un acto-confesión, circunstancia que en nuestro derecho se destaca en el texto del artículo 1º de la Ley 45 de 1936, armonizado especialmente con el 4º ibídem.

“Dentro del estado actual de nuestra legislación y en el concepto moderno de la doctrina, se reitera la anterior

jurisprudencia de la Corte y se afirma que el reconocimiento de hijo natural es un acto jurídico de derecho familiar, por medio del cual una persona declara cierta la relación paternofilial respecto de otra (...). El reconocimiento, como dice Messineo, es una constancia o declaración certificativa, de derecho sustancial no meramente probatorio. Por medio de él, la relación de hecho (paternidad biológica) se transforma en relación de derecho (paternidad reconocida), fijándose el estado civil correspondiente con los derechos y obligaciones anexos de orden patrimonial y extrapatrimonial. Como acto jurídico de derecho familiar, no contractual, trasciende al reconocimiento el concepto de orden público que allí predomina” (M.P. Manuel Barrera Parra) (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

En la providencia de casación del 25 de agosto de 1961 (M.P. José Hernández Arbeláez) esta Colegiatura sostuvo:

“El reconocimiento de la paternidad natural es un acto voluntario de quien hace la declaración. Y sea cualquiera el modo empleado dentro de los que la ley consagra al efecto, es además un acto solemne cuya forma externa garantiza su propia autenticidad (...).

“Que, el objeto único y principal del acto no haya sido el reconocimiento del hijo, en nada le resta el mérito declarativo pleno. Lo esencial consiste en que a más de las condiciones generales requeridas para la validez de las declaraciones de voluntad, la manifestación ante el Juez, por lo expresa y directamente hecha por el mismo padre, no admita duda acerca del reconocimiento de la filiación natural con respecto a determinada persona.

No exige el imperativo legal otra cosa que la autenticidad por ante el Juez de la declaración de reconocimiento. Así, no influye en su eficacia plena la circunstancia de que el progenitor obre espontáneamente o por iniciativa simple de otra persona. Y puesto que la declaración se presume exenta de vicios, basta en general que sea nítida y que provenga del padre en persona para que el reconocimiento del hijo natural se perfeccione en derecho” (Resaltos para hacer énfasis).

En uno de los muchos apartes de la sentencia de 17 de mayo de 1968 (M.P. Fernando Hinestrosa Forero), la Corte dejó dicho:

*“En modo alguno puede considerarse el reconocimiento (...) como una dádiva o gracia paternal (...). **El reconocimiento es un acto de derecho familiar**, con funciones características de definición y fijación de un estado civil y efectos erga omnes, primordialmente declarativos, pero también constitutivos, ante todo en cuanto a la preclusión de la oportunidad de que otras personas lo practiquen respecto de un mismo hijo, y a la cancelación de la necesidad de intervención judicial; **es un acto de autonomía individual**, pero no gracioso ni arbitrario; basta la declaración formal de haber procreado, que la ley dirá si el producto de la procreación expresada allí es hijo natural o legítimo, atendidas las circunstancias, pues a ella compete exclusivamente la atribución del estado delante de los hechos en que se funda; y está limitado por exigencias de forma, por su carácter de irrevocable y por el requerimiento de veracidad”.*

Los cuatro fallos antes relacionados¹⁸, proferidos en sede de casación y, por tanto, situados en el vértice último del sistema de impugnaciones, constituyen doctrina probable, cuyo acatamiento es obligatorio a voces del artículo 7º del Código General del Proceso, la Ley 169 de 1896 y las importantes declaraciones vertidas por la Corte Constitucional en la trascendente aunque frecuentemente olvidada Sentencia C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

4.2. Hecho el reconocimiento, sea voluntario por parte del padre, o por medio de la justicia, el hijo adquiere todas las prerrogativas conferidas por la ley.

¹⁸ Me refiero, valga la pena reiterarlo, a los siguientes pronunciamientos: CSJ SSC del 17 de febrero de 1943; 22 de septiembre de 1955 (M.P. Manuel Barrera Parra); de 25 de agosto de 1961 (M.P. José Hernández Arbeláez); del 17 de mayo de 1968 (M.P. Fernando Hinestrosa Forero).

4.3. La consideración del reconocimiento como negocio jurídico implica, cual se adelantó y ahora se insiste, que se encuentre sujeto al régimen de ineficacia propio de éstos. Así se ha pronunciado repetidamente la doctrina universal (especialmente la francesa y española¹⁹) y la jurisprudencia de esta Sala²⁰.

En la importante sentencia del 22 de septiembre de 1955, atrás extractada, la Corte tuvo ocasión de sostener:

“Aplicando las normas del Título 20 del Libro 4º del Código Civil, el reconocimiento de un hijo natural, como acto jurídico, puede ser invalidado por las mismas causas que anulan todos los actos jurídicos, bien por falta de los requisitos de fondo, bien por omisión de las formalidades necesarias para su validez: los primeros se refieren a la capacidad legal y al consentimiento del padre que reconoce, y las últimas a las solemnidades del acto (partida de nacimiento, escritura pública, testamento, declaración ante juez). El reconocimiento puede ser absoluta o relativamente nulo. Así, el reconocimiento hecho por un demente es absolutamente nulo; el reconocimiento cumplido con fuerza o dolo, es relativamente nulo (...)” (M.P. Manuel Barrera Parra) (Subrayas para enfatizar).

5. Lo hasta aquí expuesto me obliga a señalar que la Sala mayoritaria debió casar la sentencia recurrida, por cuanto altera el concepto de filiación y antepone el científicismo sobre los fenómenos socio culturales, doblega el derecho, la libertad y la autonomía de la voluntad ante un falso concepto de ciencia y ante el imperativismo de los postulados científicos. En últimas, cree que el derecho, la familia y las relaciones de parentesco, en todo caso deben sucumbir ante los dictados de las pruebas científicas, ante

¹⁹ Vide: RIPERT, Georges/PLANIOL, Marcel. *Ob. cit.* Págs. 695 y ss.; O'CALLAGHAN, Xavier. *Ob. cit.* Págs. 235 y ss.; CARBONNIER, Jean. *Ob. cit.* Págs. 300 y ss.

²⁰ Cfr. CSJ SSC del 22 de septiembre de 1955 (M.P. Manuel Barrera Parra); y 25 de agosto de 1961 (M.P. José Hernández Arbeláez).

las relaciones de causalidad, donde dado A es B; ante la experimentación científica y las pruebas técnicas, aún no consideradas.

La familia es cultura, amor, solidaridad, alteridad, ejercicio de la libertad, práctica del socorro y de la ayuda mutua; y lo científico, apenas es una de las miles de razones que existen para protegerla, que de la noche a la mañana no puede quebrar cuanto el reconocedor libre y autónomamente, y con plena capacidad, manifestó en vida, prohiendo y reconociendo a quien no lo es por naturaleza o por el resultado de una prueba de laboratorio.

Si la filiación fue definida siguiendo el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por quien era capaz ante el derecho, se equivoca la judicatura cuando terceros o parientes mediados por criterios mezquinos, egoístas y carentes de solidaridad buscan abrigo en la prueba de ADN u otra similar, creyendo que el hombre es un androide carente de libertad, para aniquilar la voluntad de quien en su oportunidad podía libre y autónomamente tener por su hijo a quien como tal, aún sin serlo, podía filiarlo.

El negocio jurídico es la manifestación directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos. Es un instrumento empleado y concedido a los particulares para regular y disponer de sus intereses y derechos, sean patrimoniales o no.

En él, juega papel fundamental el **principio de la autonomía privada**, en tanto expresión de libertad, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad e iniciativa económica y de empresa garantizadas por el Estado Social de Derecho, soporte y fundamento del sistema democrático, conforme se desprende del Preámbulo y de los artículos 2º, 13, 14, 16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94, 150 332, 333, 334, 335 y 373 de la Constitución. Mediante él, se confiere al *sujeto iuris* el poder para engendrar el acto jurídico.

No debe perderse de vista,

“(...) la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos o prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenirla terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad”²¹.

Ahora, dicho postulado no es libérrimo, absoluto ni ilimitado. Su ejercicio encuentra cortapisa en el orden

²¹ CSJ SC del 30 de agosto de 2011 (M.P. William Namén Vargas). En sentido similar: CSJ SC del 16 de dic. 2014 (M.P. Jesús Vall de Rutén); CSJ SC del 10 de marzo de 1995 (M.P. Pedro Lafont Pianetta).

público, las normas imperativas o del *ius cogens*, la moralidad y/o las buenas costumbres²².

Dicho en términos más simples: si el ordenamiento no impone una restricción, prohibición o limitación, el sujeto de derecho goza, en proyección de su autonomía privada, de la facultad de pactar u obligarse en cuanto estime conveniente, quedando atado (o vinculado) a sus estipulaciones o manifestaciones, sean éstas bilaterales o simplemente unilaterales, como es el caso de los testamentos o aún de los reconocimientos de hijos.

Petronila Pérez, la esposa del reconocedor, sugirió, no obligó a éste para que reconociera a César Augusto, el hijo de Leonor Pérez.

La interpretación mayoritaria de la Sala es equívoca por cuanto pasa por alto el desafuero del tribunal al ignorar ese postulado, dándole primacía, de manera sutil, a criterios de autoritarismo científico, carentes de contenido psíquico y de fraternidad, desconociendo que la filiación, ante todo, es un fenómeno socio-cultural. Fue voluntad del padre difunto la de tener como suyo al aquí recurrente César Augusto Cala Pérez, que aun cuando no fuese descendiente biológico de él, dispuso en vida, a través de escritura pública, su reconocimiento como hijo extramatrimonial.

²² Así: CSJ SC del 30 de agosto de 2011 (M.P. William Namén Vargas); CSJ SC del 8 de oct. de 1997 (M.P. Pedro Lafont Pianetta).

Y esto es, precisamente, cuanto quiso precaver el legislador al estatuir en el precepto 219 C.C. que el derecho de impugnar la filiación “(...) cesará si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público”.

Dicha norma, contrario a lo deducido por el tribunal *ad quem*, en razonamiento avalado por la Sala mayoritaria, era plenamente aplicable al asunto, por la simple y llana razón de que los reconocimientos surten sus efectos respecto de “*hijos naturales o extramatrimoniales*”, cual se deduce de la dicción de los preceptos 57 a 65 de la Ley 153 de 1887; y 1 a 3 de la Ley 45 de 1936; 1 a 5 de la Ley 75 de 1968, y lo tiene decantado la doctrina de los expositores²³ y la jurisprudencia de esta Corte²⁴.

Poco interesa la localización de ese canon dentro del articulado del Código, y el Título al cual –formalmente– pertenece. La ley es un instrumento llamado a regir las relaciones humanas, y por ello, debe interpretarse en forma lógica, observando la teleología que la inspira, no a partir de fórmulas literales y de ubicaciones espaciales inflexibles, totalmente descontextualizadas.

El desconocimiento de la voluntad del progenitor fallecido para ordenar libremente sus intereses con efecto vinculante, y por tanto, crear prerrogativas y obligaciones

²³ *Et al.*: SOMARRIVA UNDURRUGA, Manuel. *Derecho de Familia*. Imprenta Universal. Santiago de Chile. 1982. Págs. 430 y ss.; MEDINA PABÓN, Juan Enrique. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2008. Págs. 420 y ss.

²⁴ Cfr. CSJ SSC del 10 de julio de 1942 (M.P. Ricardo Hinestrosa Daza); 17 de febrero de 1947 (M.P. Álvaro Leal Morales); 22 de sept. de 1955 (M.P. Manuel Barrera Parra).

respecto del aquí demandante, patrocina de manera soterrada pero no por eso menos reprochable, la discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, proscrita constitucional (arts. 13 y 42 C.N.) y convencionalmente²⁵, afectando directamente su derecho a la personalidad jurídica. Además, subvierte la noción jurídica, política y socio-cultural de la filiación.

De allí que estime contrario a la Carta, y por tanto inaplicable al menos para el presente asunto, el canon 5º de la Ley 75 de 1968 –y por esa vía el numeral 1º del 248 del Código Civil–, referente a las “*impugnaciones*” de los reconocimientos, porque pergeña la desigualdad de trato en relación con tales hijos, transgrediéndose con ello –y en el caso concreto– las garantías superiores del convocado César Augusto Cala Pérez. Otro problema sucede, cuando se esconden delitos, fraudes, trampas, deslealtades, mala fe, etc., u otras irregularidades, que por razones legítimas el Estado debe investigar y sancionar eficazmente.

6. Es del caso precisar, si en gracia de discusión se aceptara que el precepto 248 del Código Civil es el llamado a regir la controversia, esa norma no habilita a los descendientes o herederos del presunto progenitor a objetar la paternidad, cuando ésta viene atribuida por la vía del reconocimiento, pues, se insiste, el artículo 219 del *ibidem* cierra del todo la posibilidad de impugnar cuando la

²⁵ Me refiero específicamente a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 2º). Aprobada por Colombia mediante Ley 12 de 1991.

filiación se ha establecido por medio de un acto de dicha clase.

Pretender, cual lo ha venido haciendo la mayoría en pasadas oportunidades²⁶ y nuevamente lo reitera, que tales sujetos están legitimados para impugnar la paternidad o la maternidad hecha a través de instrumento público, desconoce los principios que guían estas acciones, *in esentia*, porque se ignora su carácter personalísimo, indisponible, inembargable e intransmisible, otorgándoles, en la práctica, el mismo tratamiento epistémico, jurídico y ético propio de las acciones puramente patrimoniales.

En cuestiones tan relevantes, al referirse a la impugnación legítima, Julio J. López del Carril, expone con rigor: “(...) *las acciones de estado son personalísimas y (...) en consecuencia el estado de la persona tiene ese mismo carácter personalísimo y es parte integrante e inseparable de la persona.*”

“Por consecuencia, las acciones de ésta son intransmisibles. Y es que estos derechos personalísimos NO son transmisibles por sucesión y por lo que llevamos dicho y además porque expresamente lo dice el art. 3417 de nuestro Código Civil: “El heredero que ha entrado en posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto (...) con excepción de aquéllos derechos que no son transmisibles por sucesión”.

“Y la acción de impugnación de filiación es una acción de estado, pues tiende a obtener el desplazamiento del que tenía una persona. El heredero que promueve una acción de impugnación de filiación, NO está ejerciendo una acción transmitida por el difunto, sino una acción propia y es evidente que no tiene legitimación activa para promover tal acción. Pues que ésta es personalísima del causante (sic).

²⁶ Cfr. SC16279-2016.

“Siguiendo este razonamiento, pensamos que la acción de impugnación de estado no puede ni debe ser transmitida por sucesión intestada y menos por testamentaria.

“Los herederos sólo tienen un interés patrimonial, que será respetable, pero que no debe enfrentarse jamás con los intereses morales, pues en tal enfrentamiento estos últimos deben desplazar a aquéllos. Se trataría de destruir un estado jurídico familiar sustentando por factores éticos, para gozar de una ventaja patrimonial, máxime cuando el autor de la sucesión no quiso deliberadamente y también omitió el ejercicio voluntariamente, lo que importa, en mi sentir, la caducidad de toda acción de desplazamiento”; finalmente, concluye:

“Admitir, en alguna forma, la transmisión de la acción de impugnación de filiación legítima, es admitir la inseguridad en el estado jurídico familiar y es el triunfo del egoísmo que representa el interés patrimonial, al tratar de desplazar la honra y dignidad de una persona para gozar de bienes”²⁷.

El presunto padre reconoció, con todos sus efectos y con toda firmeza, al demandado Cala Pérez como su hijo, y en consecuencia, la acción ventilada, aún en el hipotético caso de ser susceptible de promoverse por sus hermanos, se encontraba ya totalmente definida por la voluntad de aquél.

7. Es ficticio alegar, a fin de legitimar a los herederos de Julio Hernando Cala para impugnar la filiación del demandado César Augusto Cala Pérez, pretengo hijo de éste, la presencia de intereses “*morales*”, por cuanto no se explicita cuál moral se enfrenta a cuál, ni por qué. ¿Qué razones hay para estimar que una moral es superior a otra? ¿Dónde están los razonamientos para estimar cuál es la moral verdadera que debe acoger un juez o una corte?

²⁷ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. *La Filiación*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1976. Pág. 242.

Conforme he expuesto anteriormente²⁸, fundar el interés para obrar en ese tipo de esfera resulta inaceptable, porque tal categoría es abstracta, indefinida, polisémica, variable, contradictoria, falible, carente de objetividad, con mayor razón cuando no explicita qué es, ni los criterios para tener por moral una posición jurídica y no otra.

Los teóricos de la Axiología, ni los de la Filosofía, ni las diferentes tendencias moralistas han obtenido consenso, ni siquiera en el nombre a adoptar, porque a veces moral se parece a la Deontología y otras es diferente; para otros es lo mismo que ética, y para otros es Axiología, y por tanto, todo deviene en puro artificio por lo contradictorio e indefinido.

Si en su interior, todo es fuente de relativismo ¿cómo entender esa categoría? Ese interés que en ninguna parte lo define el fallo, pero tiene como efecto directo, esconder o refugiar múltiples y variados, fingidos e inconfesados propósitos; *y a fortiori*, ante la carencia y ausencia total de exposición de cómo o qué se entiende en los términos de la sentencia por ese “*interés moral*”.

Allí no se dice, ni se especifica que se trate del interés moral del padre fallecido, o del interés moral del heredero, o el de la madre, o del propio hijo, o del de la familia demandante o de la demandada, o el de la sociedad en general o el de la región o de un determinado interés moral individual o social.

²⁸ Voto disidente frente al fallo SC16279-2016.

En esas condiciones no puede ignorarse que siendo los intervinientes en el litigio personas diferentes y revistiendo el interés moral un carácter eminentemente personalísimo y relativo, no puede comprenderse, ni entenderse o aceptarse que por la muerte del titular de ese primitivo interés, éste se traspase mágicamente a los herederos.

Lo grave o caótico en esas breñas es que en todas esas hipótesis, ese presunto interés moral reviste el carácter de entelequia incomprensible, que tapiza final y definitivamente un valor pecuniario. Procura, realmente, traslapar y soslayar un interés netamente económico y codicioso bajo el hábito de un ficticio carácter moral con el fin de impedir la consolidación del derecho hereditario del hijo impugnado.

Si la moral corresponde a un conjunto de convicciones o de valores, o si es una disciplina normativa compuesta por reglas internas con repercusión externa, pero desde cualquier presupuesto epistemológico sin fuerza coercitiva en el ámbito del derecho; o el conjunto de valores, o si se quiere de las creencias existentes y aceptadas en una sociedad determinada, a veces dogmas irracionales, con pretensión de servir de modelo de conducta y valoración a fin de calificar lo malo o lo bueno, lo positivo o lo negativo, o los propósitos a los cuales debe tender una persona o un tipo de sociedad, a ¿cuáles de esas cuestiones se refiere la sentencia?, a ¿las del juez, a las del tribunal, a las de la Corte, a las de los demandantes, a las de los demandados, a cuál región, ciudad, país o continente?

En ese punto, todo es perturbación y desconcierto. ¿Será la moral asentada en la religión o en la tradición, o en alguna sentencia de constitucionalidad? ¿Será una moral con fundamento en la autonomía personal o en la heteronomía o si se quiere en la teología? ¿La conciencia moral de ayer es la misma de hoy? ¿Será una moral fundada en imperativos categóricos como los de Kant? ¿Se trata de una moral racional, contractual o de pasión al estilo Schopenhauer, o podrá ser una altruista, acaso una hedonista? ¿Es la moral de Nietzsche?; o ¿la fundada en los sentimientos de culpa, de indignación, resentimiento o de vergüenza de que hablan tendencias reduccionistas contemporáneas sofocando no solo la ética, sino también la filosofía misma en tipologías, las más de las veces carentes de objetividad? o ¿por el contrario, se trata de la bondad, de la ética de Maquiavelo, de la de Sócrates o acaso de la de San Agustín y sus correligionarios: Santo Tomás, San Alberto Magno; o a la antípoda de éstos: Marx, Engels y Lenin? ¿Será más bien un sistema de normas individuales, o un sistema de normas sociales?

No se trata de normas jurídicas porque de ello se ocupa el Derecho y se imponen a fuerza de la coacción. Para que la moral exista se requiere que sus normas revistan naturaleza interna, procuren visos de autonomía y se justifiquen por y para una persona o por y para un grupo, y, ¿cuáles son esas normas que pueden ser justificadas y bajo cuál modelo de persona o de sociedad?

Correspondía a la Sala especificar, para responder el cargo, cuál es el interés moral: el individual, el social, cristiano, musulmán, hinduista, el de una colectividad o el de un grupo, el de una región, el de un partido, etc. Ahí todo vale, cuando objetivamente no se definen escenarios conceptuales y se afecta la objetividad.

Miremos los efectos nocivos y arbitrarios de un tal interés moral cuando es indefinido, pero que no hallo precisado con rigor en la jurisprudencia, y mucho menos en la sentencia, como para empezar el diálogo jurídico frente a la verdadera legitimación de los demandantes.

En estos aspectos, sin que posen de moralistas, los jueces, los abogados; el Derecho tiene mucho por aportar y aclarar. Si el demandante de la impugnación pierde el pleito, la sola condena en costas o perjuicios, deja en entredicho su familia, deshonrados moral y síquicamente al padre y a la madre, amenazado el núcleo de la unidad familiar.

Pero además, si aquél actor no vence, el sujeto pasivo de la acción queda expuesto a acciones ulteriores, por personas diferentes a las que inicialmente impugnaron. Si triunfa, como aconteció en este caso, los intereses pecuniarios vencieron la lealtad, la unidad familiar, pero al mismo tiempo quedó roto y desquiciado el grupo familiar vencido por parientes ulteriores a los más cercanos en los grados de parentesco.

Únicamente el verdadero hijo y los verdaderos padres pueden enfilear la acción en cualquier tiempo, esto en perspectiva de objetividad, como para iniciar el debate, por virtud de la autorización legal.

Ahora, tratándose de la impugnación de la paternidad, la limitación del círculo de quienes pueden hacerlo debe existir. ¿Podrán terceros franquear ese espacio para impugnar por encima del reconocedor o del reconocido?

El derecho a la verdad y la investigación para encontrarla es esencial en materia de familia cuando enfrentamos problemas de filiación, cuando ésta se le atribuye a un individuo. Es derecho esencial de un individuo y al ser de carácter personalísimo es constitucionalmente inviolable. ¿Es válido, moral y éticamente que si el propio hijo, o quien se reputa como padre legítimo sin serlo, o la verdadera madre, cuando no entablan esta acción, y por el contrario con actos positivos aceptan y avalan la presunción de legitimidad, sus causahabientes o los acreedores se apropien de ese derecho personalísimo al cual renunciaron sus verdaderos titulares en vida? ¿Hasta qué punto, la conquista de la verdad puede y debe inhumar la renuncia que a la búsqueda de la realidad filial han hecho los propios titulares de ese derecho personalísimo, el cual, por su naturaleza es inviolable? ¿Puede socavarse por intereses personales aquélla renuncia? Por supuesto que los verdaderos padres e hijos, tienen derecho a impugnar la paternidad o la maternidad para encontrar la verdadera filiación y el vínculo real, sin embargo ¿Ese derecho puede

rebasar fronteras para traspasarse a causahabientes y extraños totalmente, y mayormente cuando se renunció?

Para la Sala, como para los juzgadores de instancia, prevalece un concepto frío y limitado en lo biológico, superpuesto por una prueba de ADN, sobre lo jurídico y lo social, edificado con apoyo de una prueba de ADN, cuya certidumbre, no es aún del 100%, en el estado actual de la cuestión. Ahora, si se tratara en verdad de razones o intereses morales o éticos, éstos no existen ni afloran expuestos con vigor y con rigor como legitimantes de la acción.

8. Pero aún dejando de lado todo lo anterior debe advertirse, en el *subéxamine* las pruebas adjuntadas en el trámite del proceso, de cara a determinar la fecha en la cual los accionantes tuvieron conocimiento de la paternidad imputada a su padre, revestían singular importancia, con el fin de establecer la caducidad (inclusive tarea oficiosa) como fenómeno extintivo de los eventuales derechos de los reclamantes.

El artículo 248 del Código Civil, modificado por el 11 de la Ley 1060 de 2006, prevé el término de ciento cuarenta (140) días para proponer las acciones de impugnación de la filiación, contados desde el “*conocimiento*” de la paternidad disputada, y si ésta se atribuye a través de “*reconocimiento*”, como ocurrió en el *sublite*, en principio será a partir de cuando están al tanto del otorgamiento de dicho acto jurídico.

El hito inicial para el cómputo de dicho plazo no puede reducirse a la simple constatación de la paternidad (o de la no paternidad) a través –exclusivamente– de prueba científica, sino que es factible extraerlo a través de toda suerte de medios suasorios, entre ellos, desde luego, los testificales y documentales, precisamente porque la filiación es un hecho social y cultural, más que biológico, y mucho más, cuando media un acto de voluntad en forma libre y espontánea del reconocedor.

Desde este ángulo, si en el litigio quedaba demostrada la existencia de ese “*conocimiento*” de la filiación entre padre e hijo por parte de los aquí actores, con la anterioridad dispuesta por la norma en cita, la acción debía, como lo propuso el convocado a través de excepción, tenerse por caducada.

Y eso fue justamente cuanto ocurrió en el *subéxamine*. Numerosos elementos de convicción, todos obrantes en el plenario²⁹, indicaban que mucho antes de mayo de 2008 (cuando se interpuso la demanda) los reclamantes sabían de la relación existente entre Julio Cala Peña, el pretenso padre, y César Augusto Cala Pérez, el aquí convocado.

Baste considerar que en auto de 4 de diciembre de 2006 (fol. 1 cdno. excepciones previas), a éste se le admitió, dentro del proceso mortuorio de su pretenso progenitor,

²⁹ Particularmente en el cuaderno de “*excepciones previas*”.

como “*heredero del causante, en su calidad de hijo*”, designándosele apoderado.

En declaración rendida por Nubia Esperanza Cala Pérez (una de las demandantes) el 26 de marzo de 2007 (fols. 9-13 *ib.*), ante la Fiscalía General de la Nación, se deja entrever que ya en los albores de 2006, poco después del óbito de Cala Peña, todos los hermanos, incluyendo a César, se reunieron a fin de intentar solucionar las deudas de su padre.

En ese orden, los ciento cuarenta días previstos en el artículo 248 del Código Civil para intentar la impugnación del reconocimiento se hallaban holgadamente superados al momento de intentarse la acción, debiendo declararse su caducidad, aún oficiosamente, por hallarse involucradas cuestiones atinentes al estado civil de las personas y, por consiguiente, de oficioso pronunciamiento.

El cientificismo llevó a los sentenciadores de instancia, y a la Corte con ellos, a tergiversar el tenor del canon enunciado, dándole un alcance que no tenía, prohiendo una suerte de “*tarifa legal*” de creación judicial, mediante la odiosa e inadmisibile exigencia de un solo medio de prueba apto a fin de dar por demostrado el supuesto de hecho que envuelve el artículo 248 C.C., a partir del cual habrá de computarse el plazo para interponer este tipo de acciones.

9. En síntesis, no cabe duda que el desconocimiento de la voluntad del padre fallecido para disponer libremente de sus intereses con efecto vinculante, y por tanto, crear derechos y obligaciones respecto del aquí demandante; con la presente decisión discrimina injustamente al hijo extramatrimonial, afectando directamente su derecho a la personalidad jurídica.

10. En los términos precedentes dejo sustentada mi discrepancia respecto de la sentencia de la referencia, no sin antes advertir, que para el caso concreto, también se abría paso el análisis de la filiación cultural.

Fecha *ut supra*,

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado