

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

Magistrado ponente

SC2542-2015

Radicación n.º 76001-31-10-004-2006-00277-01

(Aprobado en sesión de seis de mayo de dos mil catorce)

Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por las demandadas **AIXA MADYELINE y LEIDY ESTEFANÍA CASAS BERNATE**, contra la sentencia de 15 de julio de 2011 dictada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso especial de filiación extramatrimonial instaurado por Yurany Esther Rodríguez Martínez, en representación de su menor hijo **AXEL SEBASTIÁN RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** contra las recurrentes, herederas determinadas de Abelardo Casas Castrillón, presunto padre.

I. ANTECEDENTES

A. En demanda (fls. 23 a 27, cdno. 1), cuyo conocimiento por reparto correspondió al Juzgado Cuarto de Familia de Cali, pretende el demandante que se le

declare hijo extramatrimonial de Abelardo Casas Castrillón y que, consecuencialmente, se inscriba la sentencia que así lo disponga en el competente registro.

B. Como fundamento fáctico de las súplicas expone, en compendio, lo siguiente:

1. Abelardo Casas Castrillón, fallecido el 23 de julio de 2005 (fl. 24), estuvo en vida casado con Susana Bernate, con quien, mediante Escritura Pública 1731 del 4 de junio de 2004 corrida en la notaría 4ª de Cali, liquidó la sociedad conyugal. Como fruto de ese matrimonio nacieron Aixa Madyeline y Leydy Estefanía Casas Bernate.

2. Yurany Esther Rodríguez Martínez, madre del menor demandante, convivió con Abelardo Casas desde noviembre de 2004 hasta su deceso en junio de 2005 (fl. 23), cuando la madre del menor demandante tenía dos meses de embarazo. Abelardo Casas aceptaba con beneplácito dicho acontecimiento; había afiliado a su compañera permanente al servicio médico de la Policía; le daba trato de esposa; la presentó como tal ante compañeros, amigos y familiares, comportamientos estos que, dice la demanda, se enmarcan en las presunciones establecidas en el artículo 6º numerales 5º y 6º de la Ley 75 de 1968.

3. El juzgado de conocimiento admitió la demanda (f. 28, ib.), ordenó su notificación a las demandadas y la

citación al Defensor de Familia, a la vez que, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 721 de 2001, ordenó la práctica de la prueba genética de ADN a la madre del menor, a éste, a las demandadas (hijas del pretenso padre) y a la madre de éstas.

4. Las demandadas fueron representadas por curador ad litem (fl 140); la prueba genética fue decretada para ser practicada al menor y su señora madre, junto con la muestra de sangre perteneciente al *de cujus* depositada en custodia en el laboratorio de biología del Instituto de Medicina Legal (fl 103), lo cual se hizo (fl 112), y el proceso continuó su trámite en la primera instancia, a la que puso fin el *a quo* con sentencia estimatoria, confirmada por el Tribunal, por consulta que de ella se hiciera, ordenada por sentencia de tutela. Fue en el curso de la consulta cuando se hicieron parte las demandadas Aixa y Leidy Casas (fl. 13, cdno. 2).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras constatar que el juzgado de primera instancia se basó exclusivamente en la prueba genética haciendo a un lado las presunciones de los numerales 4 y 5 de la ley 75 de 1968, aducidas en la demanda, el Tribunal señala que los hechos en que esta se funda se refieren a la relaciones sexuales de la madre con el presunto padre por la época de la concepción, la que ubica con base en la regla del artículo 92 del Código Civil, entre el 29 de mayo y el 12 de febrero

de 2005, época que coincide con la convivencia que se afirma en la demanda, pero que no aparece probada por cuanto la parte demandante renunció a la práctica de la prueba testimonial.

Acoge el Tribunal la conclusión de la primera instancia en cuanto que la prueba genética, que de oficio debe practicarse, es suficiente para tener por establecida la paternidad, toda vez que arrojó un resultado que a ello apunta, superior al 99.99998%. El Tribunal se detiene en la pericia para resaltar que en ella se explicaron los procedimientos e instrumentos utilizados, sus fundamentos científicos y la determinación de las personas involucradas a las cuales se les tomaron muestras, esto es, la madre y el menor demandante. Y, en cuanto al fallecido padre, constató que fueron las manchas de sangre que se encuentran bajo custodia en la bodega del laboratorio de biología del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses las utilizadas, todo lo cual le permitió llegar a la conclusión de hallar ajustada a derecho la sentencia consultada, destacando la firmeza que adquirió el resultado de la prueba, no objetada cuando fue sometida a contradicción.

Pero el *ad quem* asimismo destaca que a pesar de la importancia de la prueba científica, los otros medios probatorios, como los testimonios, documentos e indicios, no se descartan en estos procesos, pues a ellos se acude cuando resulta absolutamente imposible disponer de la información genética, misma que, y aquí cita a la Corte

Suprema, constituye sin embargo un elemento de juicio que da pie para inferir razonablemente el trato carnal entre el presunto padre y la madre durante la época de la concepción.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contra la anterior sentencia, las impugnantes formularon cuatro cargos, de los cuales la Corte en su momento admitió dos, a cuyo examen conjunto procede.

CARGO SEGUNDO

En este cargo se acusa la sentencia del Tribunal con fundamento en la **causal primera**, de ser violatoria de los artículos 6º, numerales 4º y 5º de la ley 75 de 1968; 8º, párrafo 2º de la ley 721 de 2001; 140, numeral 6º, 180 y 183 inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, **como consecuencia de errores de hecho y de derecho**.

En su desarrollo señala la censura que la muestra de sangre tomada del occiso Abelardo Casas para sumarla al dictamen pericial (prueba de ADN) violó los requisitos legales para su debida incorporación *“tal como obra en los folios del en las (sic) cuales no se lee auto alguno que así lo declare”* (fl. 25 cdno. Corte). Indica que el dictamen pericial no se realizó con las personas enunciadas en la demanda sino que luego de varios intentos de notificar a las menores,

no se practicó con ellas sino que se acudió a la muestra de sangre del presunto padre.

CUARTO CARGO

En este cargo se acusa la sentencia por la **causal quinta de casación**, de incurrir en el motivo de nulidad previsto en el numeral 6º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (*“cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas...”*) vulnerándose así también los artículos 180 y 183 inciso 3º del mismo código.

Luego de explicar que es improcedente poner en conocimiento la nulidad que es insaneable o cuando la parte está representada por curador *ad litem*, y no puede ejercer de fondo su derecho de contradicción por su ausencia, indica la censura -transcribiendo el fragmento pertinente de la demanda introductoria del proceso- que en ella se solicitó practicar la prueba de ADN *“con el menor Axel Sebastián Rodríguez, sus hermanas medias Aixa Madyeline y Leydy Estefanía Casas Bernate y en caso de ser necesario con su abuelo paterno, señor Abelardo Casas y Francia Helena Casas en calidad de hermana paterna del finado, por cuanto no existen más parientes”* (f. 27 y 28, c. Corte).

Seguidamente, se aplica a destacar las consideraciones que sobre esta prueba explicitaron los

jueces de primera y segunda instancia, en particular, lo relacionado con la inclusión de la mancha de sangre del fallecido Casas Castrillón, proveniente del laboratorio de biología del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para finalmente señalar que es palpable el error cometido pues ese presunto medio de prueba (muestra de sangre del occiso) no fue incorporado debidamente al expediente por cuanto no hay auto alguno que así lo declare. Y además la prueba pericial no se lleva a cabo con las personas enunciadas en la demanda, sino que luego de varios intentos fallidos para notificar a las menores demandadas, no se practicó con ellas sino con la aludida muestra de sangre.

Insiste la censura en que dicha muestra de sangre “*no existe procesalmente*” (f. 29, c. Corte) por falta de aplicación de las normas sustanciales y procesales para su debida incorporación, lo cual genera una nulidad insaneable, lo que asimismo lleva a la violación de las normas contenidas en los artículos 11 de la ley 1060 de 2006, 403 del código civil, 140 numeral 6º, 174, 185, 251, 252 numeral 5º del código de procedimiento civil. Agrega que dicha prueba no fue una prueba de oficio decretada como lo ordena el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, en vista de que esta clase de prueba sólo puede decretarse en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar, decretando el juez una audiencia o un término para su práctica.

CONSIDERACIONES

La justificación del examen conjunto de estos dos cargos, a pesar de que el primero de los resumidos intenta impugnar la sentencia por vicios *in judicando* al paso que el segundo opta por denunciar la comisión de vicios *in procedendo*, estriba en que en ambos se aduce la misma razón, esto es, la utilización de una muestra de sangre depositada en el Laboratorio de Biología del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, correspondiente al occiso Abelardo Casas Castrillón y procedente de un proceso penal dentro del cual se practicó su necropsia (número 1298), para compararla con las tomadas a la madre y el menor demandante con miras a la práctica de la prueba genética.

Pero al paso que el cargo de nulidad pone énfasis en que se omitieron los términos y oportunidades para pedir o practicar pruebas, pues ni siquiera se decretó la prueba de oficio para incorporar la muestra de sangre mencionada, el de violación de normas sustanciales a causa de error “de hecho y derecho conjuntamente” vigoriza el argumento del desconocimiento de las normas procesales atinentes a la debida incorporación de dicha prueba al expediente.

Mas, lo cierto es que, al margen de la evidente mixtura que en el cargo cuarto se aprecia en relación con las causales 1ª y 5ª de casación, y la falta de desarrollo argumentativo en el segundo tendiente a la demostración de

la violación de normas sustanciales, debe resaltarse que no es en el recurso de casación cuando tales razones pudieron ser por vez primera aducidas.

Recuérdese que la representación judicial que las demandadas tuvieron en la primera instancia por conducto de curador *ad litem*, no puede entenderse como meramente formal. La participación en el proceso de este auxiliar de la justicia es el instrumento mediante el cual la ley garantiza el derecho de defensa a las personas cuya notificación personal no fue posible, y de allí que deba resaltarse que la actuación del curador no queda limitada a la contestación mecánica de la demanda, aduciendo no constarle los hechos y en consecuencia estarse a lo que resulte probado, como con tanta frecuencia se observa, sino que el ejercicio de su función pasa, como no puede ser de otro modo, por la vigilancia de las actuaciones procesales, con “*celosa diligencia*” (art. 28 ordinal 10º ley 1123 de 2007), en aras de alegar tempestivamente todo aquello que, de cara a la defensa que se le confía, contribuya al cumplimiento de los deberes profesionales que como abogado le son exigidos en desarrollo del encargo.

Resalta la Corte lo anterior, porque si bien es cierto que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 8º de la ley 721 de 2001¹, en el auto admisorio de la demanda el juzgado de primera instancia decretó la prueba genética de ADN para

¹ Dice la norma: “Con el auto admisorio de la demanda el juez del conocimiento ordenará la práctica de la prueba y con el resultado en firme se procede a dictar sentencia”.

ser practicada “a la madre del menor señora Yurany Esther Rodríguez Martínez, a las demandadas Aixa Madyeline y Laydy Estefanía Casas Bernate en su condición de hijas del presunto padre, a la madre de estas señora Susana Bernate García y el menor Axel Seastián (sic) Rodríguez Martínez” (fl. 28, cdno. 1); y si también lo es que la que vino a practicarse no lo fue con la inclusión de muestras de sangre de las menores demandadas y su progenitora, cuando el curador *ad litem* intervino en el proceso no manifestó oposición alguna a la prueba que ya había sido practicada, esto es, no la decretada al principio por el juzgado sino la que posteriormente ordenó (f. 103, c. 1) que se llevara a cabo con el menor demandante, su madre y la muestra de sangre del presunto padre, depositada en Laboratorio de Biología del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Mas, advertido el juez de primera instancia de que el dictamen técnico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 112 y 113, cdno. 1) no había sido puesto en conocimiento de las partes (fl. 158), corrió del mismo traslado por tres días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 721 de 2001, término dentro del cual guardó silencio el curador *ad litem*. Aún más, cuando durante el curso de la consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, las demandadas otorgaron poder (f. 13, c. 2) e incluso obtuvieron por vía de tutela que dicha consulta se tramitara, su apoderado también guardó silencio, desde luego que sólo se limitó a presentar el poder y solicitar que se le reconociese personería para actuar (fl. 14, ib.), cosa que no hizo.

De modo que cualquier irregularidad en la práctica de la prueba, que ahora se aduce como motivo invalidante de la sentencia o como constitutivo de error de derecho, bien pudo haberse alegado en su momento por el curador y principalmente por el apoderado convencional de las demandadas.

Sin embargo, debe destacar la Corte que siendo forzosa la prueba genética en asuntos de filiación, según lo tiene dispuesto el artículo 1º de la ley 721 de 2001, pues, aun cuando no se la pida, el juez, de oficio *“ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%”*, si en este caso hubo de decretar la práctica de una prueba pericial de acuerdo con la solicitada por la parte demandante en el escrito genitor, ello no lo limitaba para ordenar los exámenes que finalmente resultaran conducentes, pues su guía no es exclusivamente lo que las partes, en materia de pruebas, hayan pedido en la demanda, sino la práctica de los exámenes tendientes a obtener los resultados perseguidos, para cuya finalidad puede decretar de oficio, incluso, la exhumación de cadáveres, procedimiento más sensible y penoso que la utilización de una muestra de sangre del occiso, cuya custodia estuvo asegurada, según lo asevera el fallo (f. 21, c. 2). De suerte que habiendo sido decretada por el juez *a quo*, no por el hecho de que en el auto no haya invocado las facultades oficiosas de que dispone, no puede la misma dejar de ser tenida como

prueba de oficio. Y si algún reparo cabe al momento en que ordenó su práctica, debió ser aducido tempestivamente en las instancias y no ahora, en el recurso de casación.

Con respecto a la aducción de medios nuevos en sede casacional ha dicho la Corte que

se quebrantaría "el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio." La sentencia del ad quem no puede enjuiciarse, entonces, sino con vista en "... los materiales que sirvieron para estructurarlo; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no solo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aun respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas (G.J. LXXXIII, 76), de donde se infiere que aquellos elementos de convicción que no ameritaron crítica alguna en las instancias, no pueden servir de base para edificar, en sede de casación, medios de impugnación que son inadmisibles en tanto encerrarían ellos, de ser recibidos en tales condiciones, reprochable ventaja para el litigante que contrariando

elementales dictados de lealtad y buena fe en el desarrollo del proceso, pretenda volverse contra sus propios actos. Con arreglo a esta doctrina que hoy la Corte se ve precisada a reiterar una vez más, puede decirse en síntesis que cualquier alegación conducente a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación probatoria por razones de hecho o de derecho que no fueron planteadas ni discutidas durante los ciclos previstos en la ley para el efecto, contradice la naturaleza y los fines del recurso de casación y por lo tanto ha de ser desechada” (CSJ SC-131-1995).

En cualquier caso destaca la Sala que la ley 721 de 2001, habilita la oportunidad para decretar la prueba mediante la técnica del DNA con de marcadores genéticos, desde el momento mismo de la admisión de la demanda (art. 8º), imponiendo al juez la obligación de decretar, incluso de oficio, “*la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.*” (art. 1º); y que en contradicción de lo que afirma el cargo segundo, la utilización de la muestra de sangre “*perteneciente al occiso Abelardo Casas Castrillón, ... que ... se encuentra bajo custodia del laboratorio de biología de dicho instituto*” (Nacional de Medicina Legal), fue expresamente ordenada por auto de 2 de octubre de 2007 (fl. 103 cdno. 1), y ratificada mediante providencia de 6 de noviembre de la misma anualidad (fl. 106 cdno. 1).

A lo anterior se agrega, como ya se anticipó, la amalgama que en el cargo cuarto se da entre las causales primera y quinta de casación. En efecto, en el cargo fundado en la existencia de una nulidad por omisión de las oportunidades para pedir y practicar pruebas, al parecer tal irregularidad cree verla la censura tanto en el hecho de que la prueba se llevó a cabo sin la concurrencia de las menores demandadas -y ya se vio que en aras de la búsqueda de la verdad, el juez no está sometido a decretar y practicar la prueba tal como la pidieron las partes, pues goza de gran libertad para adecuarla al fin perseguido- y con la muestra de sangre del occiso Abelardo Casas, depositada en el laboratorio de biología del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Pero a no dudarlo varios obstáculos se erigen para considerar la prosperidad de este ataque.

En primer lugar, algo ya apuntado. La nulidad que se invoque en casación no puede estar saneada, y más allá de ello, el motivo que la sustente debe ser en efecto, constitutivo de nulidad, por lo que, examinado sin mayores profundidades lo que se sanciona con la nulidad en la causal 6º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, puede fácilmente concluirse que no es la práctica de la prueba, aun tildada de anómala, sino la omisión de los términos u oportunidades para pedirla o practicarla, lo que se erige en motivo invalidante del proceso y por ende de la sentencia.

Sobre el particular, debe recordarse que

“la nulidad procesal que se deriva de haberse omitido los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas, sólo tiene cabida en los casos de haberse cercenado los estadios procesales legalmente previstos para tales efectos, pero nunca para controvertir las razones que en un momento dado fueron aducidas por el sentenciador al resolver sobre la práctica de las pruebas solicitadas, decretándolas o negándolas (...), como tampoco para reclamar contra lo que pudo rodear la materialización o no de un medio, porque el control de esos tópicos la ley lo reserva a los recursos o procedimientos ordinarios que sean procedentes en cada caso específico” (sent. de 21 de septiembre de 2004, exp. 3030)” (CSJ SC 011-2006).

De allí que, y esto en segundo lugar, sea evidente que lo que la censura ubica como causal de nulidad procesal, en realidad corresponde a una crítica al mérito que a esa prueba de marcadores genéticos le dio el Tribunal, por cuanto, como afirma en el cargo, *“no fue prueba de oficio”* que haya cumplido con lo que dispone el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil y *“carece de vida jurídica por no haberse incorporado al proceso en debida forma”* (f. 29, c. Corte), irregularidad que a fin de cuentas se entroncaría específicamente con la vulneración de normas probatorias – que el mismo cargo enuncia- para cuyo enjuiciamiento, en casación, está prevista la causal primera, por violación indirecta de normas sustanciales –también enunciadas en el cargo- por error de derecho sobre determinada prueba,

infracción a la que llega el juzgador como fruto de infringir aquellos preceptos.

Lo anterior denota una mixtura de causales de casación, inadmisibles en el recurso extraordinario, porque atenta contra la claridad y precisión que debe ostentar la fundamentación del cargo (artículo 374 de Código de Procedimiento Civil), al mezclar en él un vicio *in procedendo* y uno *in judicando*.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir en la falta de prosperidad de estos cargos.

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 proferida el 15 de julio de 2011 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso especial de filiación extramatrimonial instaurado por YURANY ESTHER RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, en representación de su menor hijo AXEL SEBASTIÁN RODRÍGUEZ MARTÍNEZ contra las recurrentes, herederas determinadas de ABELARDO CASAS CASTRILLÓN.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente. La secretaría incluirá en ellas la suma de \$3.000.000,00, como agencias en derecho, en atención a que el recurso no tuvo réplica.

Notifíquese,

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA