



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente:
ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010).-

Ref.: 25899-3184-001-2006-00314-01

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado, señor ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA, respecto de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2008 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en el proceso de investigación de paternidad que contra él impulsó la menor LUISA MARÍA DÍAZ PINZÓN.

ANTECEDENTES

1. La Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Centro Zonal Zipaquirá-, en interés de la menor LUISA MARÍA DÍAZ PINZÓN, hija de la señora Constanza Díaz Pinzón, convocó a proceso de investigación de paternidad al señor ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA, con el propósito de que se le declarara padre extramatrimonial de aquella; que se ordenara la corrección de la inscripción del registro civil de

nacimiento de la menor, y que se fijaran alimentos en favor de ésta y a cargo del progenitor, por el equivalente al 50% del salario mínimo legal mensual vigente.

2. Como soporte fáctico de esas pretensiones se afirmó, en síntesis, que LUISA MARÍA DÍAZ PINZÓN, hija de la señora Constanza Díaz Pinzón, nació el 10 de abril de 2003; que fue registrada en la Notaría Primera del Círculo de Zipaquirá bajo el NUIP K4H 0250761, indicativo serial 34780414; que la madre era soltera en el momento de la concepción y para la fecha de nacimiento de la menor demandante; que aquella sostuvo relaciones sexuales con el señor ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA en la época de la concepción y, como consecuencia de ellas, quedó en estado de gravidez, “dando lugar al nacimiento de la menor LUISA MARÍA DÍAZ PINZÓN”; y que en “diligencia de juramento” el demandado “negó la paternidad de la menor”.

3. Mediante auto fechado el 18 de octubre de 2006, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, autoridad judicial ante la que se tramitó la primera instancia, admitió la demanda y decretó “el examen o prueba de la tipificación molecular A.D.N. con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el Índice de probabilidad de parentesco (...) para demostrar la paternidad del señor Antonio Julio Santis Ospina respecto de la menor Luisa María Díaz Pinzón”.

4. Una vez notificado el demandado de la mencionada providencia, a través de apoderado judicial respondió el libelo introductorio y en su desarrollo aceptó haber sostenido relaciones sexuales con la madre de la menor demandante

durante la época de la concepción de ésta -aunque precisó que fueron esporádicas-, sembró dudas sobre su paternidad dado que “la DEMANDANTE (sic) es soltera y mi PODERDANTE casado con otra señora”, y, en cuanto a las pretensiones, manifestó que se acogía “a las que resultaren probadas de acuerdo al resultado del análisis de las pruebas aportadas y solicitadas” (fls. 14 y 15, C. 1).

5. El dictamen genético de filiación, elaborado por el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, arrojó como resultado “que ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA posee todos los alelos paternos obligados (AOP) que debería tener el padre biológico de la menor LUISA MARÍA”, y en él se concluyó que el mencionado demandado “no se excluye como el padre biológico” de la menor accionante. “Probabilidad de Paternidad: 99.999999%. Es 213886098,4002 más probable que ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA sea el padre biológico de la menor LUISA MARÍA a que no lo sea” (fl. 22, C. 1).

6. Contra el trabajo pericial el demandado presentó oportunamente objeción por error grave. Con el propósito de sustentar su desacuerdo, indicó que el señor Francisco Manuel Santis Ospina, su hermano gemelo, le había informado que también sostuvo relaciones sexuales con la señora Constanza Díaz Pinzón durante la época en la que tuvo ocurrencia la concepción de la menor LUISA MARÍA DÍAZ PINZÓN.

7. Se aportó al proceso copia auténtica del “acta de declaración juramentada” que recoge la manifestación efectuada

por fuera de proceso judicial por el señor Francisco Manuel Santis Ospina ante la Notaría Tercera de Sincelejo, en la que éste manifestó que sostuvo relaciones sexuales con la señora Constanza Díaz Pinzón “DURANTE LOS MESES DE MAYO, JUNIO Y JULIO DEL AÑO 2.002, YA QUE EN ESOS MOMENTOS ME ENCONTRABA RESIDIENDO EN LA MISMA CASA DONDE VIVIA ELLA Y ESTO INICIÓ EN EL MES DE MAYO EN UNA FIESTA QUE HABÍA EN SU CASA” (fl. 59, c. 1).

8. Con ocasión del trámite de la objeción que por error grave propuso el demandado contra el dictamen pericial practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el juez de primera instancia decretó “el examen científico utilizando la técnica del DNA en el uso de los marcadores genéticos necesarios a que se refiere la Ley 721 de 2001 a las partes, señor Antonio Julio Santis Ospina, señora Constanza Díaz Pinzón, niña Luisa María y [al] señor Francisco Manuel Santis Ospina”. Se dispuso que la nueva experticia la hiciera el Laboratorio Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. S. en C. Instituto de Genética.

9. En el nuevo dictamen, el laboratorio al que le fue encomendada su realización concluyó que los señores Antonio Julio y Francisco Manuel Santis Ospina “son hermanos gemelos y por tanto en los dos casos la paternidad con relación a la menor Luisa María Díaz Pinzón no se excluye (compatible) con igual Probabilidad Acumulada de Paternidad” de 99.999999387%. Se corrió traslado a las partes de ese resultado, término dentro del cual la parte demandante pidió al Juzgado del conocimiento que

se practicaran las pruebas testimoniales solicitadas en la demanda.

10. Cuando el proceso se encontraba para sentencia, oficiosamente se ordenaron y practicaron los testimonios de Constanza Díaz Pinzón, Angélica María Parada Cuevas, María Victoria Díaz Pinzón y Francisco Manuel Santis Ospina, al igual que el interrogatorio de parte del demandado, ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA.

11. El señor Francisco Manuel Santis Ospina, en escrito presentado personalmente ante Notario, dirigido al Juzgado del conocimiento, le manifestó al Despacho, textualmente, que “después de analizar detenidamente la época de la convivencia y relaciones sexuales con la señora CONSTANZA DÍAZ PINZÓN (Enero a Diciembre de 2002) y el nacimiento de la menor LUISA MARÍA DÍAZ PINZÓN (10 DE abril De 2003), he concluido que el PADRE BIOLÓGICO de la mencionada menor es el suscrito FRANCISCO MANUEL SANTIS OSPINA”, luego de lo cual solicitó al Juzgado “fallar el presente proceso” y tenerlo a él “como PADRE de la menor LUISA MARÍA DÍAZ PINZÓN” (fl. 88 c. 1), petición que fue despachada negativamente, por cuanto su autor “no es parte en el proceso”.

12. Agotada la tramitación de la primera instancia, la citada oficina judicial le puso fin con sentencia del 11 de julio de 2008, mediante la cual declaró “que el señor ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA... es el padre extramatrimonial de la niña LUISA MARÍA”; dispuso que la patria potestad será ejercida únicamente por la madre de ésta; fijó como alimentos en favor de la

demandante y a cargo del demandado, el equivalente al 25% del salario que éste devenga; ordenó la corrección del correspondiente registro civil de nacimiento; y ordenó compulsar copias del proceso con destino a la Fiscalía General de la Nación – Seccional de Zipaquirá (Cund.), para que se “investigue la conducta contra la Eficaz y Recta Administración de Justicia en que pudieron incurrir los hermanos SANTIS OSPINA en este proceso”.

13. En virtud del recurso de apelación que el demandado interpuso contra el comentado pronunciamiento del *a quo*, el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Civil Familia, decidió confirmarlo mediante el fallo impugnado en casación, fechado el 6 de marzo de 2009.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Luego de observar que se encontraban satisfechos los presupuestos procesales, el *ad quem* abordó la temática correspondiente a la investigación de la paternidad, y en torno de ella afirmó que el “derecho legal y constitucional de todo ser humano de tener un nombre, nacionalidad, familia y saber quiénes son sus padres, tiene directa relación con el derecho innominado a definir la filiación”; que a partir de la Ley 75 de 1968 la normatividad “impuso a los jueces la obligación de decretar en todos los procesos de investigación o impugnación del estado civil, una prueba de carácter biológico a fin de establecer la consanguinidad del hijo frente al presunto padre (...), prueba que solamente es trascendental si el resultado indica que la

paternidad es incompatible, pero solo una prueba más en caso de resultar compatible”; y que la Ley 721 de 2001 consagró la obligación de practicar la prueba de ADN y estableció que para determinar la paternidad o la maternidad se requiere un “índice de probabilidad igual o superior al 99.9%”.

2. Acto seguido, el Tribunal se ocupó del caso llevado a su conocimiento y sobre él resaltó “que la causal alegada es la contemplada en el ordinal 4º del artículo 6º de la citada ley 75, es decir las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre durante la época de la concepción”. Asimismo, observó que no hay lugar a la declaración de paternidad “si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba (...) que en la misma época la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por actos positivos acogió al hijo como suyo”. Respecto de la prueba de ADN señaló que de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 8º de la Ley 721, en firme el resultado de la prueba que demuestra la paternidad o la maternidad el juez debe proceder a decretarla o, en caso contrario, a absolver al demandado o demandada.

3. A continuación, el Tribunal señaló que en el proceso se efectuaron dos experticias que arrojaron como resultado una paternidad acumulada respecto del demandado y también de su hermano gemelo de un 99.999999387%, razón por la cual, no siendo “posible establecer la paternidad de la menor Luisa María Díaz Pinzón a partir de los resultados de la prueba de ADN”, resultaba “imprescindible” efectuar “una valoración conjunta

de los demás medios probatorios”, tarea que enseguida dicha autoridad acometió.

4. Con apoyo en las declaraciones recaudadas, el sentenciador *ad quem* concluyó que Constanza Díaz Pinzón y Antonio Julio Santis Ospina tuvieron una relación de pareja que comenzó “aproximadamente” en el año 2000 y que se extendió hasta poco después del nacimiento de Luisa María, “que para la época en que se presume la concepción de la menor, la demandante vivía con su hija mayor en el barrio “Barandillas”, lugar donde era frecuentemente visitada por el demandado, quien se quedaba semanas enteras con ella, que la relación se deterioró luego de un problema con la esposa del demandado, que Constanza no vivió en el barrio San Carlos” y que las declarantes Angélica María Parada Cuevas y María Victoria Díaz Pinzón, personas “cercanas a Constanza Díaz Pinzón”, no conocieron al hermano gemelo de Antonio Julio.

Respecto de la queja del demandante sobre las eventuales contradicciones en los testimonios o la falta de total exactitud en los mismos, indicó que ello resulta comprensible por el paso del tiempo.

5. Señaló, por otra parte, que el demandado no cumplió “con la carga probatoria de demostrar que Constanza sostuvo relaciones” sexuales con otro u otros hombres en la época de la concepción.

6. Manifestó el Tribunal en “lo que tiene que ver con el escrito presentado por Francisco Manuel Santis Ospina, con el

cual reconoce ser el padre biológico de Luisa María (...), que el mismo no merece ser valorado por la sala, toda vez que, quien lo aportó no es parte en el proceso y para ser reconocido como tal, debe iniciar un pleito diferente al que se tramitó a instancia del a quo”.

7. Finalmente, el juzgador advirtió “que la declaración de Francisco Manuel Santis Ospina no genera mayor credibilidad, toda vez que incurre en contradicción cuando afirma, en primer lugar, que tuvo conocimiento del embarazo de la demandante porque su hermano Antonio Julio se lo contó luego del examen de ADN practicado a él por el Instituto de Medicina Legal, [y] en segundo lugar, dice que se enteró por una llamada que Constanza le hizo al Banco, Magdalena, además, si fuera cierto que vivió con la demandante en el barrio ‘San Carlos’ desde mayo de 2002 hasta diciembre de esa misma anualidad, y que durante esa época sostuvieron relaciones sexuales, no es posible que no haya notado el embarazo de su compañera, cuando para el mes de diciembre esta tenía aproximadamente 5 meses de embarazo y ya era un hecho notorio”.

8. Con el fundamento anteriormente reseñado, el Tribunal confirmó íntegramente la providencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contra la sentencia de segundo grado la parte actora formuló dos cargos, ambos al abrigo de la causal primera del

artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por quebranto indirecto de la ley sustancial, que la Corte despachará en el mismo orden propuesto.

PRIMER CARGO

1. Afirmó el recurrente que la sentencia de segunda instancia viola los artículos 6º de la Ley 75 de 1968, ordinales 4, 5 y 6; 8º, parágrafo 3º de la Ley 721 de 2001 (que reformó el artículo 14 de la Ley 75 de 1968); y 29 de la Constitución Nacional, por indebida aplicación, a causa de “la apreciación errónea, por ERROR DE HECHO, de los testimonios rendidos por la madre de la menor, Señora CONSTANZA DÍAZ PINZÓN, la tía de la menor MARÍA VICTORIA DÍAZ PINZÓN y la amiga de la madre de la menor ANGÉLICA PARADA”.

Asimismo denunció “la falta de valoración de la prueba por parte del *ad quem*, donde **se reconoció** la PATERNIDAD de la menor LUISA MARÍA, por parte del hermano gemelo del DEMANDADO Señor FRANCISCO MANUEL SANTIS OSPINA”.

2. En relación con las mencionadas declaraciones, el censor señaló que con base en ellas “no se puede[n] establecer las relaciones sexuales en la época de la concepción de la menor, ni el trato personal o social dado por el supuesto padre, no se acredita posesión notoria del estado civil de la hija, aspectos señalados en los ordinales 4 a 6 del artículo 6 de la Ley 75 de 1968 sobre presunción de la paternidad extramatrimonial”. Adicionalmente reprochó que los testigos son “personas

interesadas” en los hechos y pretensiones de la demanda y que sus versiones “carecen de todo valor probatorio”, por cuanto fueron “decretadas de oficio” y, como consecuencia de ello, no se permitió “que se controvirtieran en la audiencia, ni tampoco se corrió traslado de la etapa probatoria, para que las partes ejercieran el derecho de defensa, conllevando a la VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO”.

El impugnante efectuó una síntesis de los indicados testimonios para demostrar a la Corte que ellos “no constituyen plena prueba o suficiente para acreditar los hechos de la demanda”, y se quejó de que la sentencia censurada reconoce “la contradicción en los testimonios de las mencionadas señoras” mientras que, en contraste, no aceptó las contradicciones en que hubiera podido incurrir el testimonio del hermano gemelo del demandado.

3. Igualmente, el casacionista censuró el tratamiento que el fallador *ad quem* le brindó al “documento visible a folio 88 del cuaderno 1”, contentivo del reconocimiento que el señor Francisco Manuel Santis Ospina, hermano gemelo del demandado, hizo de su paternidad respecto de la menor demandante. Señaló “que a pesar de no ser parte en el proceso la persona que está reconociendo la PATERNIDAD de la menor (...) se debió al momento de fallar, negar las pretensiones de la DEMANDA, por estar demostrado quién es el padre biológico de la menor LUISA MARÍA”, por lo cual, al rematar el cargo, criticó al Tribunal, ya que éste “desconoció de plano el reconocimiento como padre biológico realizado por el Señor FRANCISCO MANUEL SANTIS OSPINA”.

CONSIDERACIONES

1. En esencia, el cargo previamente reseñado se orienta a censurar al Tribunal por cuanto éste habría incurrido en error fáctico respecto de las declaraciones de las señoras María Victoria Díaz Pinzón, Angélica Parada Cuevas y Constanza Díaz Pinzón, comoquiera que de esos testimonios “no se puede[n] establecer las relaciones sexuales en la época de la concepción de la menor, ni el trato personal o social dado por el supuesto padre”.

2. En apretado resumen, se observa de los testimonios objeto de reproche lo siguiente:

2.1. María Victoria Díaz Pinzón, en síntesis, manifestó que su hermana, Constanza Díaz Pinzón, sostuvo una relación de noviazgo con el demandado, ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA, desde antes del nacimiento de LUISA MARÍA y hasta después de ese hecho; que era una relación conocida por diversas personas, entre las que destaca a sus otras hermanas; y que no le consta que durante el año 2002 Constanza haya tenido relaciones íntimas con un hombre distinto a ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA.

2.2. Angélica Parada Cuevas declaró, en concreto, que en el año 2001 iba a almorzar con frecuencia a la casa de su amiga Constanza en el barrio Barandillas; que allí siempre estaba el señor ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA; que después, en la casa del barrio Bosques de Silecia, al que se trasladó Constanza, él se quedó durante semanas enteras a vivir allí, hasta cuando su

esposa “hizo un escándalo terrible”; que luego de ese problema, él “no quería verla y más que quedó embarazada..., después CONY se trasteó de casa, pero él llegó ahí varias veces”; y que Constanza y Antonio “tuvieron una relación, fueron como novios, los conocí como novios, duraron 4 años”.

2.3. Constanza Díaz Pinzón, madre de la menor demandante, expresó que conoció al demandado en el año 2000; que empezaron a tener relaciones sentimentales el 9 de septiembre de ese año; que “él tenía permiso permanente por ser del Sindicato, de ahí que (...) estaba todo el tiempo conmigo, incluso se quedaba en mi apartamento los fines de semana y semanas enteras”, como si tuviéramos “una vida marital normal”; que el 11 de julio de 2002 concibió a su hija; que la relación entre ellos fue muy estrecha, incluso después de que nació la niña; que unas seis veces le “colaboró [con] plata”, puesto que la niña es muy enferma; que la última vez que tuvieron relaciones íntimas “fue cuando la niña ya tenía 9 meses de nacida”; que conoció a Francisco Manuel Santis Ospina por ser hermano de ANTONIO JULIO, pero que nunca tuvo una relación afectiva con él, sino que en alguna ocasión le ayudó por solidaridad dados los diversos problemas que afrontaba, incluso con la administración de justicia pues era requerido por la Fiscalía y por varios juzgados penales; y que a pesar de ser gemelos univitelinos podía diferenciar a los hermanos Santis Ospina “porque ANTONIO SANTIS tiene el rostro más joven, es más culto, elegante, no usa ese bigote, FRANCISCO es ordinario, grueso, las veces que lo vi ha tenido bigote (...)”.

En definitiva, la madre de la menor Luisa María puntualizó que tuvo relaciones con ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA desde el 9 de octubre de 2000 hasta el 10 de junio de 2003, después de nacida la niña, y afirmó, por una parte, que no sostuvo en el año 2002 trato sexual con otros hombres; y, por otra, que nunca convivió con Francisco Manuel Santis Ospina, ni existió entre los dos vínculo afectivo.

3. A su turno, como arriba se reseñó, el Tribunal destacó de los mismos testimonios, “que las dos declarantes que concurrieron al proceso son personas cercanas a Constanza Díaz Pinzón, una de ellas es su hermana y la otra su amiga y, por los lazos de familiaridad con la demandante, conocieron de cerca la relación amorosa que entre ella y Antonio Julio Santis Ospina existió, razón por la cual, son contundentes al afirmar que la relación de la pareja inició aproximadamente en el año 2000 y que terminó poco después del nacimiento de Luisa María, que para la época en que se presume la concepción de la menor, la demandante vivía con su hija mayor en el barrio ‘Barandillas’, lugar donde era frecuentemente visitada por el demandado, quien se quedaba semanas enteras con ella, que la relación se deterioró luego de un problema con la esposa del demandado, que Constanza no vivió en el barrio ‘San Carlos’, y que no conocen al hermano gemelo de Antonio Julio”.

Observó el *ad quem* que la inconformidad del apelante versó sobre la contradicción “en los testimonios y en el interrogatorio absuelto por Constanza Díaz Pinzón”, ya que ésta “de manera prodigiosa recuerda fechas”, al tiempo que “los testigos narran hechos de oídas y en ocasiones confunden las

fechas de su relato”, lo que en su criterio determina “que tales pruebas no pueden, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ser valoradas para declarar la paternidad” en contra de ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA y, menos, cuando su hermano gemelo reconoció ser el padre biológico de la menor.

Acto seguido, el fallador de segundo grado señaló que “no se le puede exigir a los testigos total exactitud en sus dichos, cuando los hechos sobre los cuales versa su testimonio ocurrieron varios años atrás”.

4. Contrastado el contenido objetivo de los relacionados testimonios con la valoración que, respecto de ellos, efectuó el Tribunal, conforme se dejó compendiado en precedencia, forzoso es descartar la ocurrencia de error de hecho en la ponderación que realizó el *ad quem*, pues es ostensible que las inferencias que dicha autoridad extrajo de las declaraciones se ajustan a la información suministrada por las deponentes, apreciadas sus versiones individualmente y en conjunto.

Ciertamente, lo expuesto por María Victoria Díaz Pinzón y Angélica Parada Cuevas permitía colegir que entre la señora Constanza Díaz Pinzón y el demandado existió una relación amorosa desde antes de la concepción de la menor demandante y que perduró hasta después de su nacimiento, así como que dicho vínculo dio lugar al trato íntimo de la pareja, al punto que el señor ANTONIO JULIO SANTIS OSPINA pernoctaba en la casa de habitación de la progenitora de la niña distintos días e, incluso, semanas completas.

Del mismo modo, las citadas declarantes son enfáticas en negar que su hermana y amiga, señora Constanza Díaz Pinzón, en esa época, hubiese tenido otra u otras relaciones amorosas, mucho menos con el señor Francisco Manuel Santis Ospina, hermano gemelo del demandado, a quien dijeron no conocer.

Así las cosas, ninguna razón se encuentra a la queja del censor consistente en que de los aludidos testimonios “no se puede[n] establecer las relaciones sexuales en la época de la concepción de la menor”, toda vez que, se reitera, observadas objetivamente tales declaraciones, ellas sí ofrecen elementos de juicio suficientes de los que se puede inferir el trato sexual de la madre de la actora y el demandado en la época en la que, de conformidad con lo establecido en el artículo 92 del Código Civil, se presume la concepción de la menor demandante, lo que corrobora respecto de él el resultado obtenido en la prueba genética.

5. En relación con el documento visible a folio 88 del cuaderno 1, contentivo, por una parte, de la manifestación del señor Francisco Manuel Santis Ospina en el sentido de reconocer como hija suya a la menor demandante y, por otra, de la petición al juzgador orientada a que se fallara el proceso declarando esa relación paterno-filial, debe señalarse que el Tribunal no dejó de ver ese escrito, ni su contenido, sino que explícitamente manifestó que “no merece ser valorado por la sala, toda vez que, quien lo aportó no es parte en el proceso y, para ser reconocido como tal, debe iniciar un pleito diferente”.

Advierte la Corte, en torno de este aserto, que el debate respecto del mencionado documento no versaría entonces sobre la objetividad del mismo, sino sobre su mérito para ser tenido como prueba en el proceso, lo que se refiere sin duda a un típico error de derecho y no a un yerro de naturaleza fáctica como se denunció, falencia técnica que impide resolver de fondo este particular reproche.

Asimismo, destaca la Sala que la parte final de la afirmación que se comenta, según la cual el planteamiento allí contenido requeriría de un proceso diferente para que en él se efectuara el reconocimiento solicitado (“y, para ser reconocido como tal, debe iniciar un pleito diferente”), contiene un concepto estrictamente jurídico, y por ende, si existiese error no sería fáctico como se denunció, sino que sería un yerro jurídico cuyo único camino idóneo de impugnación en casación sería la vía directa.

6. Finalmente, en cuanto al argumento del censor según el cual los testigos son “personas interesadas” y sus declaraciones “carecen de todo valor probatorio”, debido a que fueron ordenadas “de oficio” y, por esa circunstancia, no se permitió “que se contravirtieran en la audiencia, ni tampoco se corrió traslado de la etapa probatoria, para que las partes ejercieran el derecho de defensa, conllevando a la VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO”, ha de señalarse, igualmente, que tales cuestionamientos no corresponden a censuras efectuadas estrictamente en el terreno del yerro fáctico, pues se trata de una queja propia del error de derecho en cuanto que a través de las

mismas se cuestiona la valoración jurídica que de las pruebas realizó el *ad quem*.

A cuento vienen las palabras de esta Sala pronunciadas en un asunto ya resuelto, cuando manifestó: *“Rememórase que en la tarea de apreciación de las pruebas, que indirectamente generan quebranto de la ley sustancial, los jueces pueden incurrir en error de hecho y error de derecho, los que, ha doctrinado esta Corporación, son inconfundibles, no pueden ni siquiera rozarse, pues mientras el de hecho dice relación con el aspecto material de la prueba, el de derecho toca con el aspecto jurídico de la misma (casación civil de 30 de mayo de 1996, exp. 4676).*

“Cuanto al yerro de derecho, para no hablar sino del que hace al caso, tiénese convenido que dice relación con la contemplación jurídica de las pruebas, precisamente para resaltar que en ese ámbito queda excluida toda controversia de tipo físico o material, pues él sólo podría estructurarse en un escenario que le es muy propio: el de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba. El reproche que cabe hacerle al juzgador, ya no es el de que vea mucho o poco, que invente o mutile pruebas; en fin, el problema ya no es de desarreglos visuales, porque el desacierto se ubica es en el pensamiento probatorio del juzgador; ya porque no muestra el debido respeto al apreciadísimo postulado del contradictorio (aducción e incorporación al proceso de elementos de juicio), ora porque entra a reñir con el legislador acerca del mérito de las probanzas. Bien podría decirse metafóricamente que aquí el problema no es de ‘pupila’ sino de discernimiento.

“Repetidísimo tiene la Corte, por cierto, que en el error de derecho puede incurrir el fallador ‘cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere’ (CXLVII, página 61)” (Sentencia del 21 de junio de 2005, Exp. 7804).

7. Como consecuencia de las consideraciones precedentes, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

1. Con respaldo en la causal primera de casación, se denunció la violación indirecta, por indebida aplicación, de los artículos 6º de la Ley 75 de 1968, ordinales 4, 5 y 6; 8º, párrafo 3º de la Ley 721 de 2001 (que reformó el artículo 14 de la Ley 75 de 1968); y 29 de la Constitución Nacional, como consecuencia de error de derecho en la apreciación de los testimonios de Constanza Díaz Pinzón, María Victoria Díaz Pinzón y Angélica Parada Cuevas, “en la medida en que los mismos fueron recepcionados, violando expresas normas del C.P.C., razón por la

cual no debieron ser apreciados por el JUZGADO al momento de proferir sentencia”.

2. Explicó el censor que el error de derecho se configuró por la apreciación en la sentencia “de una prueba practicada en forma indebida (...) ya que por no haberse decretado o por el no cumplimiento de los requisitos legales”, se generaron “vicios que la afectan de manera sustancial”. Seguidamente precisó que “[r]ecaudadas las pruebas de oficio no se corrió traslado para presentar los respectivos alegatos de conclusión, se dictó sentencia de inmediato, siendo allí la única oportunidad procesal para ejercer el derecho de defensa, violándose el DEBIDO PROCESO”.

3. Por otra parte, estimó el recurrente que “al existir el reconocimiento expreso del hermano gemelo” del demandado, el sentenciador “debió haber negado las pretensiones de la DEMANDA, por encontrar el final de la INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD, quedando sin asidero jurídico, los tan mentados testimonios que sirvieron de fundamento para la sentencia atacada”, ya que “lo que busca el Estado en los procesos de INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD, es que los menores tengan derecho a un padre y un apellido y en el caso que nos asiste se demostró en el plenario que el padre biológico de la menor LUISA MARÍA DÍAZ PINZÓN, es el hermano gemelo” del demandado.

Añadió el censor que “la falta de tener en cuenta dicha prueba, conllev[ó] a un error de derecho” porque, como consecuencia de tal circunstancia, no se negó “la paternidad de la menor LUISA MARÍA DÍAZ PINZÓN en cabeza de... ANTONIO

JULIO SANTIS OSPINA”, dejando “en libertad a las partes, para que con las pruebas aquí existentes, inicien un proceso de INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD en contra del señor FRANCISCO MANUEL SANTIS OSPINA, en otro estrado judicial”.

CONSIDERACIONES

1. Se destaca, para empezar, que en el cargo que se analiza no se señala norma alguna de derecho probatorio que hubiera sido infringida por el Tribunal, sin que para el efecto sea suficiente la invocación del artículo 29 de la Constitución Política, ya que el debido proceso se encuentra regulado, en relación con lo que interesa a la materia que se decide, en diversas normas de naturaleza probatoria contenidas en el Código de Procedimiento Civil, de manera que para entender satisfecho ese requerimiento hubiera sido necesario que se indicaran con precisión y claridad los preceptos de este ordenamiento que habrían sido objeto de conculcación, lo que no se hizo.

2. No obstante que, como ya se ha señalado, la acusación contenida en el cargo que se despacha no indica las normas de disciplina probatoria quebrantadas por el Tribunal, deficiencia técnica que, en principio, impediría que la Corte estudiara de fondo el reproche, es del caso manifestar que, en todo caso, el error denunciado por el censor no tuvo ocurrencia.

La anterior conclusión se deriva de que, por una parte, la contradicción de los testimonios decretados oficiosamente cuando el proceso se encuentra pendiente de dictar sentencia, se

realiza en la audiencia en la que ellos son recaudados y no otorgando una nueva etapa de alegatos, fase que, naturalmente, para cuando se practican dichas pruebas, ya se ha surtido.

En un asunto que guarda simetría con el que ahora se despacha, la Sala, sobre ese particular, expresó lo siguiente: *“Planteó el recurrente que si hay pruebas en segunda instancia, luego de practicadas ellas es necesario otorgar de nuevo traslado a las partes para la formulación de alegatos. A ese respecto juzga la Corte que cuando se acude a la facultad de decretar pruebas de oficio, no hay regla legal que imponga otra ocasión para alegar... Las oportunidades para presentar alegatos de conclusión, a las que se refiere el numeral 6º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, están expresamente previstas por la ley, de suerte que no basta la opinión del censor sobre la necesidad de surtir un nuevo traslado para alegar, tras la práctica de probanzas oficiosas, para de ahí extraer una regla forzosa cuyo desconocimiento lleve a desquiciar el proceso... Además, el artículo 180 del C. de P. C. establece que la prueba de oficio se practica antes de fallar, con lo que se está indicando que, salvo la contradicción de la prueba, ningún otro trámite es menester previo a proferir la sentencia”* (Sent. 11 de octubre de 2004, Exp. 7706, que reitera precedentes anteriores. Ver al respecto la sentencia de 17 de noviembre de 1983. G.J. Tomo CLXXII, primera parte, 239).

Destaca igualmente la Sala al respecto que en la ritualidad establecida en el ordenamiento jurídico para la práctica del testimonio, consagrada principalmente en los artículos 109, 110, 124, 125 y 228 del Código de Procedimiento Civil, se hallan

los elementos establecidos por el legislador para que se surta satisfactoriamente la contradicción de la prueba. En efecto, el auto que decreta la prueba testimonial, sea de oficio o por petición de parte, debe notificarse y la prueba sólo se practicará cuando quede ejecutoriado; las partes pueden asistir, a través de sus apoderados, a la audiencia en la que los testimonios se recaudan y contrapreguntar; pueden asimismo las partes objetar las preguntas si con ellas se pretende conducir el testimonio, o insinúan la respuesta, o se consideran impertinentes o inconducentes, o son legalmente prohibidas o ineficaces, o contienen manifestaciones superfluas; y, en fin, las partes pueden dejar en el acta que se levante de los testimonios practicados, las constancias que estimen apropiadas.

Por otra parte, en relación con el reproche contenido en el cargo que se despacha, atinente a que el Tribunal no le asignó mérito demostrativo a la declaración del señor Francisco Manuel Santis Ospina, hermano gemelo del demandado, es del caso destacar que el *ad quem* efectivamente apreció dicho documento, pero le restó valor probatorio, por cuanto, en realidad, el indicado elemento de juicio no era atendible pues se trata de un documento aportado por fuera de las oportunidades probatorias, no fue ratificado, ni controvertido, y no podría apreciarse como confesión, por no provenir de ninguna de las partes en contienda. Se concluye que, de tenersele como prueba, su producción se hubiera dado con desconocimiento de las ritualidades que le son inherentes, y, por lo mismo, que ninguna norma se quebrantó, cuando el juzgador le negó mérito de persuasión.

4. No está de más precisar que en casos como el presente, en el que la prueba genética arrojó como resultado una probabilidad de paternidad superior al 99.99% tanto respecto del demandado, como de su hermano gemelo, tercero al proceso, es forzoso colegir que dicho medio de convicción, no obstante conservar el mérito demostrativo que conforme la ley tiene y efectuar al proceso un valioso aporte en cuanto que la investigación de la paternidad se reduce a los mencionados sujetos, no se convierte por tal circunstancia en la prueba determinante para la definición de la paternidad auscultada, y, por lo mismo, en tales supuestos, es indispensable, como en este asunto lo hizo el Tribunal, recurrir a otros elementos de juicio, que permitan al juzgador convencerse sobre si el accionado es o no el padre de la demandante.

Téngase presente que, como lo enseña la ciencia médica, los gemelos idénticos o monocigotos, también llamados monocigóticos, es decir aquellos que provienen de un mismo óvulo y se han desarrollado en una sola placenta, son individuos genéticamente iguales. Se señala al respecto que “[h]ay dos clases de gemelos: monocigotos (MC) y dicigotos (DC). En el lenguaje corriente se denominan gemelos idénticos y fraternos. Los gemelos monocigotos proceden de un solo óvulo fecundado, el cigoto, que en un período relativamente precoz del desarrollo forma dos embriones. Así, por ejemplo, dentro de los primeros 14 días después de la fertilización los miembros de un par MC [monocigoto] suelen poseer genotipos idénticos, por lo que son del mismo sexo, idénticos respecto de marcadores genéticos como grupos sanguíneos. (...) Los gemelos dicigotos se producen cuando dos óvulos, liberados durante el mismo ciclo menstrual

son fecundados por dos espermatozoides distintos. Los gemelos DC [dicigotos] son tan similares, en el orden genético, como un par ordinario de hermanos y poseen *en común* la mitad de sus genes”¹.

En contextos como el que se ha reseñado, es pertinente destacar la gran valía que adquiere la prueba testimonial, la cual se erige como un medio idóneo para acreditar situaciones fácticas de las que pueda inferirse el trato carnal entre la madre de la persona demandante y el presunto padre demandado en la época de la concepción del interesado (artículo 92 del Código Civil), sin que la realización de la aludida prueba científica, cualquiera sea su resultado, impida el decreto, práctica y valoración de las declaraciones que se estimen pertinentes.

Sobre el particular, tiene dicho la Corte que *“los artículos 1º y 2º de la Ley 721 de 2001 no establecen ‘exámenes antropoheredobiológicos que determinen científicamente y de manera indiscutible la paternidad o la maternidad en relación con una persona en particular’ y, por el contrario, ‘conforme al propio texto de la ley, el Estado reconoce que la ‘información de la prueba de ADN’ no es completa, absoluta, con ella no se alcanza a plenitud la certeza, sino tan solo un ‘porcentaje’ de ella. Y, entonces, si ello es así, el texto del artículo 3º de la Ley 721 de 2001 no impide que en el estado actual de la ciencia, además de las pruebas científicas sobre el ADN pueda recurrirse tanto a las pruebas testimoniales, como a las documentales y a otros medios de prueba, pues la ‘información de la prueba de ADN’ no arroja*

¹ Genética Médica. Thompson, James S. & Thompson, Margaret W. Tercera Edición. Salvat Editores S.A. Mallorca – Barcelona, 1985, págs., 356 y 357. En igual sentido, “Genetics in Medicine, Thompson & Thompson” por Nussbaum, Robert L., McInnes, Roderick R. y Willard, Huntington F., Sexta Edición, W.B. Saunders Company, Philadelphia, 2001, págs. 291 y 292

certeza absoluta sino tan solo una altísima probabilidad de paternidad o maternidad. Ello significa, entonces, que mientras la situación no varíe hasta el punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador, interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones’ y, por ello, ‘no puede afirmarse válidamente que el legislador optó por un regreso a la tarifa legal de pruebas para imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial, como tampoco resulta de recibo concluir que se le impide al juzgador apreciar la prueba científica que se ha aludido con exclusión de las demás, pues, al contrario, si esa prueba avanzada y de alto valor científico llega a establecer tan solo un alto ‘porcentaje de certeza’ que constituye ‘índice de probabilidad’ que incluso podría ser muy cercano al ciento por ciento, la práctica y la valoración de otros medios permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial’ (Sentencia C – 476 del 10 de mayo de 2005)” (Cas. Civ., sentencia del 30 de abril de 2008, expediente No. 68001-3110-004-2003-00666-01).

Así las cosas, se reitera, en ningún desatino incurrió el sentenciador *ad quem* de este proceso cuando, para arribar a las conclusiones a las que llegó, tuvo en cuenta y valoró la prueba testimonial decretada de oficio en la primera instancia e, igualmente, desestimó las manifestaciones que el señor Francisco Manuel Santis Ospina, hermano gemelo del aquí demandado, hizo respecto a que él sería el padre biológico de la actora.

5. Corolario de lo expuesto es que ninguna norma probatoria, ni de procedimiento fue infringida por el Tribunal cuando profirió la sentencia de segunda instancia y, menos, que, por contragolpe, dicha autoridad hubiese vulnerado normas de naturaleza sustancial, razón por la cual el cargo formulado no se abre paso.

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 de 6 de marzo de 2009, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en el presente proceso ordinario identificado al inicio de esta providencia.

Se condena en costas del recurso de casación al demandante. Liquídense en oportunidad.

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

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DIAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA
Ausencia justificada

WILLIAM NAMÉN VARGAS

ARTURO SOLARTE RODRIGUEZ

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA