te dieron lugar a ella, se hizo inexpugnable, pues la maternidad no puede ser impugnada por ellos cuando ha transcurrido más de ese lapso, contado a partir de la fecha del parto, según lo establece el artículo 336 del C. Civil.

*Para los padres supuestos que impugnen la maternidad, el término de caducidad que el precepto (artículo 336 C. C.), antes mencionado, establece, debe contarse desde cuando se dijo ocurrido el falso alumbramiento, como expresamente lo dice esa disposición y no desde cuando se hizo el registro civil del nacimiento, porque desde aquel día, por actos propios de los padres supuestos, por maniobras ejecutadas por ellos libre y consientemente, se atribuyeron el ser los autores de la vida de quien realmente no es su hijo. Cuando la disputa sobre la maternidad se origina en un falso parto, cual sucede en la especie de este litigio, no es posible concebir que a la madre supuesta se le atribuya la maternidad a espaldas suyas. Sería exótico que se fingiera un parto sin el concurso de la mujer que lo finge. Por ello, el texto de la ley no deja la menor duda de que el término de caducidad contemplado en el artículo 336 citado, relativamente a la acción de impugnación de la maternidad que se concede a los supuestos padres para desconocer la legitimidad del hijo respecto de ellos, se cuenta desde la fecha del parto y no desde cuando se haga el registro civil del nacimiento.*

Por lo expuesto, los cargos no prosperan.

A mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 12 de diciembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso ordinario que María Avila viuda de Moralé promoviera contra su hija Yolanda Moralé Avila.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

*Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo.*

*Alfonso Guarín Ariza,* Secretario.

## FILIACION NATURAL

### Hijo natural de mujer casada; impugnación de legitimidad.

*Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.*—Bogotá, D. E., octubre nueve de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a desatar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de enero pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por el menor Jorge Arturo Mora frente a los herederos de Misael Hernández Parrado.

I

*El litigio.*

1. En demanda que fue admitida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá el 23 de febrero de 1972, el menor Jorge Arturo Mora, representado por su madre, citó a proceso ordinario a Carmen Baquero viuda de Hernández y a María Ulrica, Lucila, Oliva, Héctor, José, Marina, Leonor y Luis Hernández Baquero, la primera en su condición de cónyuge sobreviviente de Misael Hernández Parrado y los demás como herederos de éste en su calidad de hijos legítimos, para que se declarase que el demandante es hijo natural de Misael Hernández Parrado y que, por tanto, tiene derecho a heredarlo en concurrencia con sus citados hijos legítimos.

2. La causa para pedir se fundó en que, desde 1967 hasta el 29 de marzo de 1971, fecha de su fallecimiento, Misael Hernández sostuvo relaciones sexuales con Irene Mora "en forma estable, continua y notoria"; que de estas relaciones, el 20 de agosto de 1960, nació el demandante Jorge Arturo, a quien, desde su nacimiento y por más de cinco años continuos, dio posesión notoria del estado de hijo natural.

3. Al contestar la demanda, los demandados se opusieron a que se hiciera la declaración impetrada, alegando que, en virtud de que Irene Mora, la madre del demandante, se hallaba casada durante toda la época en que se presume haber ocurrido la concepción del menor Jorge Arturo, éste se presumía hijo legítimo de Marco Antonio Bentancourt o Passos, marido de aquélla.

4. La primera instancia del proceso concluyó con sentencia favorable a los intereses del demandante, fallo que, al desatarse el recurso de apelación que contra el mismo introdujeron los demandados, fue revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de sentencia calendada el 28 de enero pasado, por la cual se absolvió a la parte demandada. Contra esta decisión, el demandante interpuso el recurso extraordinario que ahora se decide.

II

*La sentencia del Tribunal.*

Sustancialmente fúndase en la siguiente consideración:

Si está plenamente demostrado que Irene Mora estaba casada con Marco Antonio Betancourt o Passos para cuando el demandante Jorge Arturo fue concebido, síguese que, dando aplicación a los artículos 213 y 214 del C. Civil, éste debe presumirse hijo legítimo y, por tanto, se reputa que su padre es Marco Antonio. Por ende, habiendo sido concebido el demandante por mujer casada, solo podría ser reconocido como natural, o declarado tal, en uno de los tres casos contemplados en el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, ninguno de los cuales se da en el presente caso.

III

*El recurso.*

Cargo único se formula contra la demanda del Tribunal, montado en la causal primera y con

sistente en que, por errores de hecho en la apreciación de la prueba de testigos, y de derecho en la del acta civil del matrimonio de Irene Mora, el Tribunal "violó indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 66 del C. Civil y el numeral 1º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968 y, por aplicación indebida, el artículo 213 del C. Civil y los numerales 2 y 3 del artículo 3º de la citada Ley 75 de 1968".

Desenvolviendo el ataque, el censor expresa que de las declaraciones de Isabel Páez viuda de Galindo, José Miguel Otálora, Nelson Gutiérrez, María Inés Ramírez de Pérez, María del Carmen Díaz e Irene Mora, brota la prueba de que, a partir de 1957 y hasta la muerte de Misael Hernández Parra, éste hizo vida marital con Irene Mora bajo un mismo techo y de manera pública y notoria, y que de este trato sexual nació el demandante. Arguye el impugnador que con la prueba testifical apuntada se acredita la filiación natural de Jorge Arturo, con lo cual queda destruida la presunción de legitimidad del artículo 213 del C. Civil.

Resumiendo el cargo por error de hecho, la censura dice: "Estas versiones no controvertidas ni infirmadas por medio alguno y en las que se establece la filiación natural de Jorge Arturo, destruyen la presunción del artículo 213 del C. C., pero como el Tribunal las pasó por alto, llegó a la conclusión equivocada de la sentencia que se impugna, en la que debido al error de hecho a que se refiere este cargo, lo condujo a dar indebida aplicación al artículo 213 del C. Civil y a los numerales 2º y 3º de la Ley 75 de 1968, y a dejar de aplicar el numeral 1º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968 y el artículo 55 del C. Civil que permite probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, pues al establecer, mediante la prueba que el Tribunal no vio, que el marido de Irene Mora no es el progenitor del hijo concebido por su mujer, queda desvirtuada la presunción de legitimidad y establecido legalmente el hecho de la paternidad natural de Jorge Arturo".

En cuanto al error de derecho la censura expresa que él ocurrió porque, a pesar de que la parte demandada no pidió en oportunidad la copia del acta civil del matrimonio que celebrara Marco Antonio Betancourt con Irene Mora, en el alegato de segunda instancia, al sustentar el recurso, pidió que el Tribunal decretara de oficio esa prueba, por lo cual, cuando el *ad quem* ordenó que ella se adujera, "ya no fue prueba de oficio sino una prueba que se decretó a petición de parte, lo que legalmente no podía hacer el Tribunal", porque "la facultad del fallador para decretar pruebas de oficio tiene por objeto el que el funcionario pueda dirimir dudas o puntos oscuros". Que, entonces, se cometió error de derecho "al fundar la decisión en pruebas irregularmente allegadas al proceso", con violación de los artículos 179 y 180 del C. de P. Civil.

## IV

*Consideraciones de la Corte.*

1. Como en la demanda introductoria del proceso se pidió la declaración de que Misael Hernández es el padre natural de Jorge Arturo Mora, con fundamento en que éste fue concebido en las relaciones sexuales que aquél sostuvo con Irene Mora y en que el demandante tiene a su favor posesión notoria del estado de hijo natural, y como el Tribunal absolvió a los demandados, síguese indiscutiblemente que el fallador dejó de aplicar el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 que es la norma que señala las únicas presunciones de paternidad natural.

Pues bien, ni esta norma, ni la del artículo 1º de la Ley 45 de 1936 que establece quiénes son hijos naturales, ni la del artículo 18 siguiente que da derecho a estos hijos para heredar a sus padres en concurrencia con los hijos legítimos, fueron señaladas como infringidas por la censura.

De consiguiente, si el impugnador, desde luego que no atacó la sentencia en el punto expresado antes, se conformó con la inaplicación de esas normas, la decisión del Tribunal, negatoria de la paternidad natural, se hace intangible para la Corte, comoquiera que el campo de su intervención está demarcado por los límites que le traza la demanda de casación.

La impugnación, pues, por el aspecto dicho, no podrá prosperar.

2. Mas dejando a un lado este defecto, se observa:

*Antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 no era posible concebir jurídicamente un hijo* natural *de mujer casada, por la razón paladina de que para tener esta calidad se exigía que quienes habían tenido el hijo fuera de matrimonio, "pudieran casarse entre sí al tiempo de la concepción". Y es evidente, entonces, que si a la sazón la mujer era casada, no podía contraer simultáneamente otras nupcias con el cómplice de su infidelidad. El hijo de mujer casada, pues, aunque se impugnara victoriosamente su legitimidad, no podía ser nunca hijo natural, pues siendo adulterino quedaba clasificado en el género de los llamados de dañado y punible ayuntamiento, categoría que excluía a los naturales.*



*Fluye de lo anterior que hasta la vigencia de la citada Ley 45, el hijo de mujer casada no podía ser hijo natural en ningún caso, pues como lo declaraba el artículo 54 de la Ley 153 de 1887, sólo podían ser reconocidos como tales los que no provinieron de dañado y punible ayuntamiento.*

*3. Mas como la citada Ley 45 cambió la estructura anterior relativa a los hijos naturales y, en su artículo 1º estableció que tienen calidad de tales los nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando han sido reconocidos o declarados tales, a partir de su vigencia las mujeres y los hombres casados pudieron tener hijos naturales, pues, desde entonces, para tener esa calidad no se requería que los padres, al tiempo de la concepción, pudieran casarse entre sí, sino simplemente que no estuvieran casados el uno con el otro.*

*Como era indispensable, empero, proteger la intimidad y el sosiego de los hogares formados bajo la tutela del matrimonio, previniéndolos contra los ataques malintencionados y alejándolos de todo escándalo, el legislador de 1936, en el inciso 1º del artículo 3º de la Ley 45, estableció:*

*"El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo".*

*Y para tutelar mejor ese principio, en su segundo inciso, de manera tajante preceptuó:*

*"Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en el caso final del inciso anterior".*

*Seguramente, por cuanto con antelación a la Ley 45 al hijo de mujer casada en ningún caso podía considerarse como natural, la legislación derogada no conoció disposición semejante a esta del artículo 3º transcrito.*

*La doctrina jurisprudencial de la Corte, no obstante la precisión del texto antes transcrito, apoyándose en que el artículo 20 de la Ley 57 de 1887 expresamente declaró que no es hijo del marido el concebido por la mujer casada durante el estado de divorcio o de separación legal, sostuvo que, en estos dos eventos, el hijo concebido por la mujer casada también podía ser reconocido como natural, sin que el marido de la madre tuviera que adelantar, previamente y de manera victoriosa, el proceso de impugnación de la legitimidad presunta, por la razón palmaria de que en los eventos contemplados en ese artículo 20 no operan las presunciones de legitimidad y de paternidad legítima de los artículos 213 y 214 del C. Civil. Cuando se dan los supuestos de aquella norma, la presunción es la contraria: la de que el padre del hijo dado a luz por la mujer casada no es el marido de ésta.*

*4. Esta situación legal imperó hasta cuando entró en vigor la Ley 75 de 1968 que, acogiendo en norma positiva lo que ya era doctrina de la Corte y regulando clara situación de hecho que no había sido contemplada por el legislador, modificó profundamente el sistema anterior, al disponer en su artículo 3º:*

*"El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:*

*"1º Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges.*

*"2º Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el Título 10 del Libro 1º del Código Civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del Defensor de Menores, si fuere menor.*

*"3º Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido.*

*"El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo, contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. De esta acción conocerá el Juez de Menores cuando el hijo fuere menor de diez y seis años de edad, por el trámite señalado en el artículo 14 de esta ley, con audiencia del marido y de la madre o de sus herederos, si ya hubieren muerto ellos, salvo que en la demanda se acumule la acción de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el Juez Civil competente, por la vía ordinaria.*

*"Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en los tres casos señalados en el presente artículo".*

*Despréndese de lo anterior que desde la vigencia del Código Civil y hasta el momento en que entró a regir la Ley 75 de 1968, era absoluto el principio sentado en el artículo 216 del C. Civil:*

*"Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo".*

*La ley erigía al hombre casado como árbitro supremo de su paternidad legítima presunta; nadie, contra su voluntad, podía poner en duda que él fuese el progenitor de los hijos que diera a luz su mujer. Y sólo él podía impugnar esa paternidad. Con ese fundamento pudo decir la Corte: "Si el padre reconoce como suyo al hijo nacido durante el matrimonio, nadie puede sostener lo contrario; él es juez soberano en este asunto". (G. J.* XXVI, *236).*

*"Sería inconcebible —dicen los hermanos Mazeaud— que alguien que no fuera el marido pudiera ser juez en la legitimidad del hijo; no pertenece sino al marido decidir si conviene o no, en interés de la familia misma, no revelar que el hijo nacido de su mujer es el fruto de un adulterio.... Sea cual sea el interés que se una a la manifestación de la verdad y a la exactitud del estado civil, ese interés debe ceder ante el de la familia y el hijo, interés que debe poder determinar soberanamente el marido". (Derecho Civil, parte* I, *volumen* III, *página 332).*

*Hasta la vigencia, pues, de la apuntada Ley 75, mientras viviera el marido, nadie, ni el hijo mismo, ni siquiera la madre podían reclamar contra la legitimidad presunta que abriga a todo hijo de mujer casada que fue concebido durante el matrimonio. Para la ley, sólo el marido tenía interés jurídico para discutir esa presunta legitimidad, presunción que, por cuanto solamente podía ser impugnada por el marido, era relativamente a éste una presunción simplemente legal, que admitía prueba en contrario, pero que, en relación con toda otra persona, incluyendo entre éstas al hijo mismo, a su madre, y a los demás parientes de los progenitores, era en el fondo una verdadera presunción irrefragable, desde luego que para toda otra persona distinta al marido, la presunción de legitimidad se imponía plenamente por cuanto no podía impugnarla.*

*Tal estado de cosas varió a partir de la vigencia de la Ley 75, pues, desde entonces, la acción de impugnación de su legitimidad se concedió también al hijo, mas solo en el caso de que su nacimiento hubiera tenido lugar "después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal", como expresamente lo dice en su aparte 5º el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, antes transcrito.*

*Hoy, pues, la acción de reclamación contra la legitimidad presunta del hijo concebido por mujer casada no es exclusiva del marido. El hijo, en el evento a que antes se hizo referencia, puede también ejercerla. Pero como tanto el padre legítimo presunto como a la madre casada los afecta directamente la decisión que se tome en proceso en que se discute la legitimidad del hijo, el legislador de 1975, al conceder al hijo la acción dicha, expresamente dispuso que deben ser citados al debate el padre legítimo y la madre, o sus herederos, si alguno hubiere fallecido ya.*

*Ahora bien, mientras el hijo no triunfe en el litigio en que a su solicitud se discuta su legitimidad o mientras no pruebe estar situado en una de las tres posiciones a que aluden los numerales del artículo 3º de la Ley 75, es claro que no puede adelantar el proceso de investigación de paternidad natural, desde luego que, en tanto, sigue amparado con la presunción de legitimidad que impide hacer el reconocimiento respectivo o, en su caso, la declaración judicial de paternidad natural. No sobra precisar que el hijo puede, en un mismo proceso, acumular las pretensiones de impugnación de su legitimidad y de investigación de su paternidad natural.*

Sobre este último tema, la Corte, en sentencia de 19 de junio de este año, no publicada aún (proceso de Angela Jiménez contra Aldemar López), dijo:

"Antes de la vigencia de la 'Ley Cecilia', la presunción de paternidad legítima impuesta por la ley al marido, relativamente a los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio, a pesar de ser presunción simplemente legal, solo podía ser impugnada por él mientras viviera (artículo 216 del C. Civil), pues como lo había declarado la Corte el marido era el juez soberano en ese asunto.

"Tal situación fue modificada por la Ley 75 de 1968 que, en la primera parte del inciso segundo del numeral 3º de su tercer artículo dispuso:

" 'El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal.

"Expresamente dice la norma citada que ejercitándose por el hijo este derecho debe hacerlo 'con audiencia del marido y de la madre, o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos'.

"Brota del texto legal transcrito que hoy, pues, son ya dos las personas que, viviendo el marido, pueden reclamar contra la legitimidad presunta del hijo concebido durante el matrimonio, a saber: el hijo mismo y el marido. Cuando es el primero el que ejercita la acción de impugnación, para que pueda decidirse sobre la relación sustancial nacida de dicha presunción de legitimidad, expresamente la ley exige que al proceso sean citados la madre y el marido de ésta; y si uno de ellos ha fallecido, deben ser citados sus respectivos herederos.

"¿Pero requiere el presunto hijo legítimo triunfar previamente en la apuntada acción de reclamación para que pueda promover la de investigación de su paternidad natural? Yerran quienes así lo creen, porque el citado artículo 3º, en la parte final del inciso 2º, numeral 3º, tácita, pero nítidamente, permite acumular las dos pretensiones en una misma demanda, sin que, por ende, sea menester adelantar por separado y previamente el proceso de impugnación, para luego, si se sale victorioso en éste, se proceda a intentar el de investigación de la paternidad natural. La norma impera que los jueces civiles y no los de menores conocen de la acción de impugnación cuando a esta pretensión se acumula la de paternidad natural.

"No existe, pues, indebida acumulación de pretensiones cuando en una misma demanda se solicita la declaración de que determinado hijo concebido por mujer casada no tiene por padre al marido de ésta y que, a la vez, se falle que es hijo natural de la persona a quien se señala como tal".

De lo expuesto conclúyese que, aun frente a la legislación que ahora rige en el punto, no es posible que el hijo nacido de mujer casada adelante proceso de investigación de su paternidad natural sin que, ya previamente, ora en forma simultánea, impugne, con citación de su madre y del marido de ésta, su legitimidad presunta, o sin que demuestre estar en uno de los tres casos enumerados por el artículo 3º de la Ley 75 apuntado como situaciones en las que se permite el reconocimiento como natural del hijo dado a luz por mujer casada. Ni el padre natural puede hacer el reconocimiento si no se ofrecen los supuestos de hecho requeridos para cuando el reconocimiento recae en un hijo que estaba cobijado por la presunción de legitimidad del artículo 213 del C. Civil, ni el juez puede declarar la paternidad sino en los mismos supuestos.

No pudiendo, pues, el hijo de mujer casada adelantar la investigación de paternidad natural mientras no impugne victoriosamente, en forma simultánea o previa, su legitimidad presunta, síguese que el Tribunal *ad quem* no quebrantó las normas señaladas en el primer cargo. Y tampoco cometió el error de derecho que se le endilga, por cuanto las pruebas de oficio no son únicamente las que no fueron solicitadas por las partes, sino las que los jueces decretan *motu proprio*, así hubieran sido pedidas extemporáneamente por aquéllas.

A mérito de lo expuesto y como los cargos no prosperan, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 28 de enero pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por el menor Jorge Arturo Mora, frente a los herederos de Misael Hernández Parrado.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

*Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo.*

*Alfonso Guarín Ariza,* Secretario.