



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia

Área Familia

República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente
HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados
JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

DIEGO GERARDO BOLIVAR USECHE
Coordinador Académico
Programa de Investigación Académica



*Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”*

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA

ÁREA DE FAMILIA

AURA MARÍA CÁRDENAS PAULSEN

**PLAN DE FORMACIÓN DEL RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-SALA ADMINISTRATIVA**

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA
ÁREA DE FAMILIA

AURA MARÍA CÁRDENAS PAULSEN

Autora

**PASTOR EMILIO CARDONA BEDOYA, ENRIQUE VIVEROS CASTELLANOS,
JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ, DAMARIS SALEMÍ HERRERA**
Caducidad de los efectos patrimoniales de la acción de legitimación de hijo extramatrimonial en los procesos de petición de herencia

OLGA LUCIA GONZÁLEZ, SANDRA MILENA ROJAS RAMÍREZ, SOL MARY ROSADO GALINDO
El interés actual en la impugnación de la paternidad de hijos extramatrimoniales

MARIA DEL PILAR OCHOA JIMÉNEZ, FLOR ÁNGELA RUEDA ROJAS
Interés del cónyuge para demandar la simulación de negocios jurídicos realizados por el otro

NELCY EDITH CARDENAS MUNEVAR, GUILLERMO ZULUAGA GIRALDO

Inobservancia de los requisitos formales para los testigos testamentarios

**JESÚS ANTONIO BARRERA TORRES, JOSÉ RICARDO BUITRAGO FERNÁNDEZ,
MANUEL ANTONIO FLECHAS RODRÍGUEZ, JULIÁN GARCÉS GIRALDO,
CLAUDIA CONSUELO GARCÍA REYES, ANA ISABEL GUEVARA ORDÓÑEZ,
ALEXANDRA HERNÁNDEZ HURTADO, DIEGO LUIS HERNÁNDEZ TRUJILLO,
VIVIANA MERCEDES MORA VERBEL, SANDRA MILENA MUÑOZ BASTIDAS,
CARLOS ERNESTO OLARTE MATEUS, JAIME ALBERTO PULIDO ALAYÓN,
JUAN FERNANDO RANGEL TORRES, LILIANA RODRÍGUEZ RAMÍREZ,
ADRIANA DEL PILAR RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EDGAR GERARDO RÓMO LUCERO,
HERMES LIBARDO ROSERO MUÑOZ, MAYURIS SÁNCHEZ ROMERO, ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ,
FRANKLIN IGNACIO TORRES CABRERA, LUZ ESPERANZA ZAMBRANO GUZMÁN**
Valor probatorio de la prueba de ADN en los procesos de filiación

**LIBARDO CORTÉS CARREÑO, ANA LUZ FLOREZ MENDOZA, LUZ MYRIAM MENDIETA JARAMILLO,
MARIA CLARA OCAMPO CORREA**
Obligatoriedad de la prueba científica en los procesos de filiación

LUZ MARINA BOTERO VILLA

Prevalencia del derecho sustancial o de la formalidad procesal en el proceso de filiación

**GLAUCO IVÁN BENAVIDES HERNÁNDEZ, MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO,
LUBIN FERNANDO NIEVES MENESSES, EVA XIMENA ORTEGA HERNÁNDEZ**
La *affectio societas* en la sociedad de hecho entre concubinos

**ELSA CAMARGO AMADO, ANTONIO FABIO DÍAZ NIEVES, JORGE LEONARDO GARCÍA LEÓN,
JANETH GONZÁLEZ ROMERO, JESÚS HERNANDO LINDARTE ORTIZ, AMANDA CRISTINA LÓPEZ**
Aplicación en el tiempo de la ley 54 de 1990

EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA, MIGUEL ALIRIO PÉREZ YELA
¿constituye la unión marital de hecho un estado civil?

AUTORUN

Diagramación

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra.
Calle 11 no 9^a -24 piso 4 - www.ramajudicial.gov.co

ISBN: 978-958-8331-75-1

Primera edición Bogotá, Junio de 2011.
Impreso en Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

Programa de Investigación Académica

PRESENTACIÓN

El Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área de Familia del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador constituye el resultado del esfuerzo articulado entre los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial promoción 2009 y los Magistradas, Magistrados de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales y los Comités Académicos, bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la asesoría del doctor Diego Eduardo López Medina, y la autoría de la doctora **AURA MARÍA CÁRDENAS PAULSEN**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El módulo de Interpelación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos de los trabajos de investigación desarrollados por los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial Promoción 2009 a quienes en la estructura del curso se les planteó como la construcción, análisis y sustentación de líneas jurisprudenciales en las distintas áreas del componente de formación especializada.

El texto entregado por fue validado con los Funcionarios de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discípulos, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia. .

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. Investigación Aplicada: Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. Plan de Formación: Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interacciona. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. Proyección Social de la Formación: Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un **aprendizaje activo** diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de

una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de **aprendizaje social** como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “*learning societies*”, *organizaciones que aprenden* “*learning organizations*”, y *redes de aprendizaje* “*learning networks*”¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciati-

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

vas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Finalmente, el Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa

CONTENIDO

ÁREA FAMILIA

- 3** CADUCIDAD DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LA ACCIÓN DE LEGITIMACIÓN DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LOS PROCESOS DE PETICIÓN DE HERENCIA
- 23** EL INTERÉS ACTUAL EN LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES
- 39** INTERÉS DEL CÓNYUGE PARA DEMANDAR LA SIMULACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS REALIZADOS POR EL OTRO
- 53** INOBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS FORMALES PARA LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS
- 69** VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DE ADN EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN
- 93** OBLIGATORIEDAD DE LA PRUEBA CIENTÍFICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN
- 119** PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL O DE LA FORMALIDAD PROCESAL EN EL PROCESO DE FILIACIÓN
- 141** LA *AFFECTIO SOCIETATIS* EN LA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS
- 157** APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LA LEY 54 DE 1990
- 173** ¿CONSTITUYE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO UN ESTADO CIVIL?

CADUCIDAD DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LA ACCIÓN DE LEGITIMACIÓN DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LOS PROCESOS DE PETICIÓN DE HERENCIA

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Pastor Emilio Cardona Bedoya, Enrique Viveros Castellanos, José Antonio Cruz Suárez, Damaris Salemi Herrera en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. LA AMPLIACIÓN DEL BIENIO Y SU CARÁCTER FATAL O SUBJETIVO

Ya es de aceptación general el derecho que toda persona tiene, en cualquier tiempo, a saber quiénes son sus padres biológicos. Incluso, muerto el presunto padre, quien alegue ser su hijo, puede exigir la intervención jurisdiccional, no solo para que se declare tal vínculo biológico, sino también para que, como resultado de esa declaración, le sean reconocidos los derechos sucesorales que por ley le corresponden. No obstante, para este último caso, el legislador estableció un límite dirigido a los efectos patrimoniales del fallo que reconoce la filiación extramatrimonial, en aras de garantizar la seguridad jurídica y procurar que aquellos que ostentan la condición de herederos y cónyuges del causante no tengan que afrontar indefinidamente una demanda de quien no tienen tal condición, con miras a exigir una redistribución de la herencia de aquel. Con ese fin, el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 en su inciso 4º estableció que la sentencia que declare la paternidad *"no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción."* Con ello, el legislador estableció un término de caducidad conducente a limitar los efectos patrimoniales de tal declaratoria. Dentro de esos efectos se encuentra la eventual vocación hereditaria del declarado hijo extramatrimonial, que puede quedar excluida, en razón de la caducidad establecida, en aquellos casos en que se notifique la

demanda por fuera del lapso legalmente previsto, subsistiendo, no obstante, el derecho a investigar la paternidad, que es un derecho imprescriptible.

El problema jurídico que se plantea en esta línea tiene que ver justamente con ese límite previsto por el legislador, más concretamente con la cuestión de si ese plazo de dos años posteriores a la muerte del causante para la notificación de la demanda de filiación es objetivo y fatal y no permite consideraciones adicionales, o debe interpretarse prudencialmente por parte del juez. En el desarrollo de esta línea se verá cómo la Corte Suprema de Justicia ha venido interpretando la norma para así darle respuesta a esta cuestión que no queda resuelta con la redacción del texto legal.

Cabe aclarar de entrada que, respecto de los efectos del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no es este el único tema que la Corte Suprema de Justicia ha discutido. El otro tema, que está profundamente relacionado con el problema jurídico que aquí se expondrá, tiene que ver con el hecho de si el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 debe aplicarse autónomamente, o en concordancia con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. Adelantándonos a ello, es preciso decir que la Corte Suprema de Justicia ha optado por la solución que establece que dichos preceptos deben ser aplicados de forma armónica y complementaria cuando de determinar el plazo en que opera la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de la filiación extramatrimonial se trata. A continuación se verá cómo están interrelacionados los dos temas y la importancia de exponer el de la aplicación armónica de los dos preceptos antes de entrar a desarrollar la línea jurisprudencial que nos ocupa en este capítulo.

Con posterioridad a la vigencia de la Ley 75 de 1968, el Código de Procedimiento Civil de 1970, en la versión original del artículo 90¹, estableció de forma general que la simple presentación de la demanda impedía la caducidad, siempre y cuando la notificación se llevara a cabo con celeridad. Con base en ello y en la interpretación complementaria que se le dio a

¹ En la versión original de 1970 decía el Artículo 90: "Admitida la demanda se considera interrumpida la prescripción desde la fecha en que fue presentada, siempre que el demandante, dentro de los cinco días siguientes a su admisión, provea lo necesario para notificar al demandado y que si la notificación no se hiciere en el término de diez días, efectúe las diligencias para que se cumpla con un curador ad litem en los dos meses siguientes.

En caso contrario, solo se considerará interrumpida con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su curador ad litem."

las dos normas – el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y el artículo 90 C.P.C. –, el término de dos años para notificar la demanda sufrió una flexibilización, ya que dicha interpretación trajo como consecuencia la ampliación del plazo perentorio de dos años previsto en la norma de 1968. Así, aun cuando el demandante, conforme al artículo 10 de la Ley 75 de 1968, tenía un plazo estricto de dos años para notificar la demanda, con la norma del Código de Procedimiento Civil de 1970 se le agregaron a este cinco días más para proveer lo necesario para la notificación, y si aquella no se hiciese en el término de diez días, efectuase las diligencias para que se cumpliera con un curador *ad litem* en los dos meses siguientes.

El legislador, en consideración a que ese plazo previsto para la notificación era insuficiente, lo amplió mediante Decreto 2282 de 1989² que modificó el artículo 90 citado, estableciendo como condición que el auto admisorio de la demanda se notificase al demandado dentro de los 120 días siguientes a la notificación de dicho auto al demandante. En la praxis, tratándose estos de días hábiles y teniendo en cuenta que cuando el expediente está en el despacho no corren términos, el plazo resultaba siendo de varios meses. Así, el término previsto por el legislador de 1968 se fue extendiendo por interpretación judicial. Finalmente, el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil fue modificado en la Ley 794 de 2003³, ampliando el plazo de 120 días a un año, con lo que, por la interpretación conjunta de las dos normas, el bienio previsto inicialmente por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 ha pasado a extenderse a un trienio. De lo aquí expuesto se revela entonces que, por legislación e interpretación, al demandante se la ha ido ampliando de forma generosa el plazo perentorio inicial previsto legalmente, con el fin de que no sea este quien cargue con la negligencia, incuria o desidia de los demandados o del aparato judicial, y termine notificándose a la parte demandada extemporáneamente.

- 2 Tras la modificación, el artículo 90 C.P.C. quedó, en lo ateniente, como sigue: “La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro de los ciento veinte días siguientes a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.”
- 3 En el aparte de interés para esta línea, la norma vigente reza: “La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.”

Con respecto a la aplicación de las dos normas, en un primer momento, la Corte Suprema de Justicia optó por considerar que el artículo 90 C.P.C. no tenía ninguna incidencia en el precepto de 1968 citado⁴, para posteriormente cambiar de posición y reconocer que estas debían aplicarse armónicamente⁵. La trascendencia de optar por una u otra interpretación no es poca, por cuanto, de acogerse la primera solución, el término de caducidad sería exclusivamente de dos años, excepto en aquellos casos en que, tal como lo planteó la Corte en su momento, se probase negligencia de los demandados o de los funcionarios judiciales. En ese caso, para dar un ejemplo, la demanda presentada dentro del bienio, pero a pocos días de su vencimiento, estaba llamada inexorablemente a fracasar, por la imposibilidad de su notificación dentro de los dos años previstos legalmente. Por el contrario, acogiéndose la segunda solución, la de la aplicación armónica de los dos preceptos, se tiene que, aún presentándose la demanda faltando un día para cumplirse el bienio, el demandante todavía tiene a su favor el término previsto en el Código de Procedimiento Civil, con lo que, teniendo en cuenta el simple cálculo objetivo, se traduciría en 120 días más conforme al artículo 90 en su versión de 1989, y en una ampliación de un año, de acuerdo con la redacción de dicho artículo que rige actualmente. Así, si el demandante es lo suficientemente diligente para lograr la notificación del auto admsorio de la demanda, puede ver prosperar sus pretensiones, no obstante haberse tardado en presentar aquella.

Vista la necesidad y la importancia de hacer referencia a este otro tema generado en torno al artículo 10 de la Ley 75 de 1968, es momento de adentrarse en la cuestión que busca desarrollarse en esta línea jurisprudencial, que se concreta en la siguiente pregunta: ¿el término de caducidad de los efectos patrimoniales derivados de la acción de legitimación de hijo extramatrimonial resultante de la aplicación del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en armonía con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, es taxativo y fatal o de interpretación prudencial?

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ante este problema, ha asumido dos posiciones diferentes. La primera de ellas afirma que el término de caducidad de los efectos patrimoniales es de interpretación prudencial o contextualista en aquellos casos en los que exista culpa atribuible a la parte

4 CSJ Civil, 06/Sep./1995, e4608, P. Lafont.

5 CSJ Civil, 04/Jul./2002, e6364, N. Bechara.

demandada o a los funcionarios judiciales en la notificación del auto admisorio de la demanda del proceso de filiación. La segunda, por su parte, sostiene que dicho término de caducidad es taxativo y fatal, de aplicación estricta, sin importar la causa por la cual no se produjo oportunamente la notificación del auto admisorio de la demanda. En uno y otro caso, como ya se mencionó, el cálculo del término de caducidad parte de la aplicación conjunta de las dos normas expuestas, esto es, del término previsto en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 con el plazo adicional del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

Las sentencias que contempla la línea jurisprudencial que se expone a continuación presentan un patrón fáctico idéntico, manifestado en el hecho de la notificación extemporánea del auto admisorio de la demanda de filiación con petición de herencia, es decir, por fuera del término de caducidad de dos años siguientes a la muerte del presunto padre establecido en el artículo 10º de la Ley 75 de 1968.

2. • GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿El término de caducidad de los efectos patrimoniales derivados de la acción de legitimación de hijo extramatrimonial resultante de la aplicación del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en armonía con el artículo 90 del C.P.C., es taxativo y fatal o de interpretación prudencial?

TESIS A

El término de caducidad debe ser de interpretación prudencial o contextualista.

TESIS B

El término de caducidad es taxativo y fatal.

CSJust Civil, 19-11-1976 G. Giraldo, GJ: CLII, No. 2393		
CSJust Civil, 22-02-1995 P. Lafont		
CSJust Civil, 06-09-1995 P. Lafont		
CSJust Civil, 20-09-2000 J. Ramírez		
	CSJust Civil, 04-07-2002 N. Bechara	
CSJust Civil, 04-07-2002 S.V. J. Ramírez	CSJust Civil, 04-07-2002 A.V. S. Trejos	
	CSJust Civil, 31-10-2003 S. Trejos	
CSJust Civil, 31-10-2003 A.V. C. Valencia, M. Ardila	CSJust Civil, 31-10-2003 A.V. J. Castillo, C. Jaramillo	
CSJust Civil, 02-11-2004 S.V. C. Valencia, M. Ardila	CSJust Civil, 02-11-2004 E. Villamil	
	CSJust Civil, 16-12-2004 C. Jaramillo	
	CSJust Civil, 23-02-2006 M. Ardila	
	CSJust Civil, 10-10-2006 C. Jaramillo	
	CSJust Civil, 30-11-2006 P. Munar	
	CSJust Civil, 21-01-2009 A. Solarte	

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 *Ad impossibilia nemo tenetur*

En la primera sentencia de la línea⁶, que se remonta a 1976, los demandantes solicitan que se declare que son hijos naturales del difunto presunto padre y, por tanto, sus legitimarios con derecho a heredarlo en concurrencia con sus hijos legítimos. No obstante la notoria actividad desplegada por la parte demandante, a los demandados se les hizo notificación personal del auto admisorio de la demanda a pocos días, pero por fuera plazo de dos años previsto legalmente.

Después de explicar los motivos por los cuales el legislador estableció un límite temporal para que el fallo que establece la paternidad produzca en favor del hijo los efectos patrimoniales que le son propios, la Corte se pregunta: *“Pero, por ventura, deberá necesariamente declararse caducado el derecho cuando, a pesar de una normal diligencia del demandante, la notificación del auto admisorio de la demanda, por ocultación de los demandados, por otros escollos, y obstáculos puestos por los mismos o por negligencia de los funcionarios competentes, no ha podado llevarse a cabo dentro del término prefijado?”*

Y para responder a ello afirma de entrada y de forma tajante que *“nadie está obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur)”*. Partiendo de ello, reflexiona entonces sobre la interpretación que ha de dársele al precepto de la Ley 75 de 1968 que aquí se cuestiona, para concluir que, si se ejercita oportunamente el derecho de acción allí previsto presentando la demanda en tiempo, pero la notificación del auto admisorio de la misma se hace con posterioridad al vencimiento del plazo, sin culpa posterior del demandante y mostrando este su diligencia para ello, *“entonces la sola presentación del libelo en tiempo tendría el efecto de impedir la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad.”* Esto apoyándose tácitamente en las consideraciones del Tribunal de segunda instancia y en la armonización del contenido de los artículos 90 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época y 10 de la Ley 75 de 1968. Agrega la Corte además que, aceptar lo contrario

6 CSJ Civil, 19/Nov./1976, G. Giraldo, GJ: CLII, No. 2393, p. 510 – 521.

sería, ya bien cohonestar el fraude premiando al demandado que, con el fin de impedir la notificación, se oculta, se ausenta del lugar donde se adelanta el proceso o intencionalmente obstaculiza la notificación, ora hacer responsable al demandante de la negligencia o morosidad culpable de los funcionarios judiciales. Tras esto concluye la Sala que, como *"la Ley 75 de 1968 ciertamente buscó mejorar la condición del hijo natural, so pretexto de una exégesis muy ceñida a la ley, [...] no se podría, insistir en una interpretación que daña patentemente a quien fue el objeto de la complacencia del legislador."*

En la siguiente sentencia⁷ la demandante solicita que se le declare hija extramatrimonial de su padre muerto y se le reconozca vocación hereditaria en virtud de ello. Alega que la demanda fue presentada dentro de los dos años siguientes al fallecimiento del causante, y que, admitida esta, adelantó todos los trámites necesarios para la notificación del auto admisorio a la parte demandada. Ante la imposibilidad de ello, se designó curador *ad-litem*, que tuvo que ser removido por razones ajenas a la actora, situación ante la cual el juzgado de conocimiento procedió a designar un nuevo curador, aún antes de transcurridos dos años de la muerte del causante. Producido el nombramiento del nuevo curador, logró notificarse el auto admisorio de la demanda 14 días comunes después de cumplidos los dos años de la muerte del causante.

En sede de casación, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia casa la sentencia de segundo grado, la cual había reconocido la filiación extramatrimonial, pero declarado la caducidad de los efectos patrimoniales. Para ello, aduce que la caducidad prevista en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, solo opera cuando, por negligencia o incuria del actor, se cumple el bienio previsto por el legislador sin que se notifique el auto admisorio de la demanda a los demandados. Sin embargo, agrega, dicho plazo resulta inaplicable cuando, por factores ajenos al actor, y a pesar de su diligencia, no se realiza la notificación. Ante una situación como esta, prosigue la Sala, aplicar mecánicamente la disposición sería aceptar el predominio de la exégesis de la norma, desconociéndose así su contenido teleológico y su función social, en detrimento de los derechos de la demandante. En el caso concreto, la Corte considera que la actitud de la parte demandante se caracterizó por ser pronta y diligente, para que la notificación se cumpliera en los tiempos previstos legalmente, es decir, en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 en armonía con el entonces artículo 90 del C.P.C. Si ello no

7 CSJ Civil, 22/Feb./1995, e4455, P. Lafont.

se cumplió así, la causa de que la notificación se lleva a cabo 14 días después de vencido el bienio, esto es, que haya sido necesario nombrar un segundo curador *ad-litem* y este haya sido notificado por fuera del tiempo, no puede ser imputable a la actora. Concluye entonces la Sala que, atendiendo el espíritu de la Ley 75 de 1968 y en aras de la justicia y conforme a la realidad procesal, le asiste la razón a la recurrente, por lo que revoca en lo atinente la sentencia de instancia y reconoce a la actora vocación hereditaria y, en consecuencia, derecho a participar en la partición de los bienes de su progenitor.

Esta tesis, sentada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en 1976 y corroborada en 1995, fue reiterada en posteriores ocasiones⁸, defendiéndose así una interpretación mas prudencial del término de caducidad impuesto por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en armonía con en artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. Esto, para aquellos casos en que, no obstante una oportuna presentación de la demanda, la notificación del auto admisorio de esta tiene lugar de forma extemporánea, a pesar de la normal diligencia del demandante, por ocultación, escollos u obstáculos de los demandados, o negligencia de los funcionarios judiciales.

3.2 Término fatal y objetivo

La interpretación prudencial y contextualista de la Corte del plazo previsto en la Ley 75 de 1968 defendida hasta este momento encuentra contraposición un tiempo más tarde. En una sentencia del año 2002⁹, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia modifica radicalmente su posición al otorgarle al bienio previsto en la norma, aplicado de manera conjunta con el plazo previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, un carácter taxativo y fatal.

En este caso, aun cuando la demanda se presentó con suficiente anticipación al vencimiento del término de dos años – un año y dos meses después del fallecimiento del causante –, la demanda fue notificada personalmente con posterioridad al bienio. El Tribunal de segunda instancia reconoció los efectos patrimoniales de la filiación declarada en primera instancia,

⁸ CSJ Civil, 06/Sep./1995, e4608, P. Lafont; CSJ Civil, 20/Sep./2000, e5422, J. Ramírez; CSJ Civil, 04/Jul./2002; S.V.: J. Ramírez; CSJ Civil, 31/Oct./2003, A.V.: C. Valencia, M. Ardila; CSJ Civil, 02/Nov./2004, S.V.: C. Valencia, M. Ardila

⁹ CSJ Civil, 04/Jul./2002, e6364, N. Bechara.

no obstante la notificación extemporánea. El juez estableció que, a pesar de que la parte demandante no fue lo suficientemente diligente para obtener la notificación oportuna a la demandada, sí estuvo atenta a obtener su emplazamiento, el cual fue ordenado 19 días después de vencidos los dos años, teniendo lugar la notificación 2 meses y 4 días después de concluido dicho término. El Tribunal justifica el reconocimiento de los efectos patrimoniales en el hecho de que también hubo morosidad en el juzgado de conocimiento, ya que dejó pasar dos meses entre la fecha en que se suministraron las expensas para realizar la notificación y aquella en que se enviaron los documentos necesarios para efectuarla. Por esta razón concluyó que no podía atribuirse total negligencia a la parte demandante, sumado esto a que encontró indicios de que la demandada evitó ser notificada de la demanda en su contra y sólo compareció una vez vencidos los dos años.

En sus consideraciones, la Corte Suprema de Justicia hace un análisis profundo del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil en su redacción de 1989 y su incidencia ante la interpretación armónica de este con el artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

En ese sentido explica que el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 constituye la regla general, “consistente en que la declaración de filiación extramatrimonial carece de alcances patrimoniales si la correspondiente demanda se notifica al demandado después de los dos años siguientes al deceso del progenitor; y que el artículo 90 del C. de P.C. se erige como su única excepción, en tanto que la oportuna presentación de la demanda, esto es, la realizada dentro del mencionado término, impide la caducidad si el auto admisorio se entera al demandado en las condiciones que la misma norma estatuye, independientemente [...] de] que la notificación se surta o no dentro de esos dos años.” Esto significa, prosigue la Corte, que presentada la demanda dentro de los dos años, el demandante debe lograr que el auto admisorio de la demanda se notifique al demandado dentro de los 120 días siguientes a cuando le fue informada tal determinación, independientemente de que la notificación se realice dentro del bienio de la Ley de 1968 o por fuera de este, “pues en ambos casos habrá lugar a otorgar al actor el beneficio económico que persigue, en tanto que en los dos supuestos la presentación de la demanda impide la configuración como tal de la caducidad.” Ahora, en el caso de que no se cumpla la notificación en los 120 días precipitados, debe verificarse si, de todas maneras,

esta se realizó o no dentro del plazo de dos años previsto legalmente, siendo en este último caso, que habrá de disponerse que los efectos patrimoniales han caducado. A esto añade que, así se accione el último día hábil del bienio siguiente al fallecimiento del presunto padre, el actor cuenta con ciento veinte días adicionales para notificar la demanda.

Más adelante se refiere a los alcances del artículo 90: "a) para que se interrumpa la prescripción o sea inoperante la caducidad se requiere que el correspondiente auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique personalmente o mediante curador ad litem al demandado dentro de los 120 días siguientes a la notificación del mismo auto al demandante; b) esos 120 días son hábiles y corren sin que sea posible su interrupción como consecuencia de peticiones del actor distintas a las relacionadas con la notificación personal o con el emplazamiento y el nombramiento de curador ad litem al demandado, que se constituyen en los únicos motivos válidos por los cuales debe ingresar para esos efectos el expediente a despacho del juez; c) otros ingresos al despacho así sea por peticiones urgentes, como sería el relacionado con medidas cautelares, resultan irrelevantes a esos fines; y d) mientras el expediente esté a despacho por los motivos determinados en el aparte b), no correrá el término de los 120 días ya aludido, y por ende deberá hacerse el descuento pertinente."

Al analizar el caso concreto y tras hacer el cómputo de las fechas traídas a discusión en el proceso, la Sala concluye, en primer lugar, que la notificación del auto admisorio de la demanda se dio pasado el término de dos años consagrado en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en segundo lugar, que tampoco se presentó dentro de los 120 días previstos por el Código de Procedimiento Civil, y en tercer lugar, que para el cómputo de este último plazo tampoco hay días para descontar por los tiempos en que estuvo el expediente en el despacho. En ningún momento hace referencia la Sala a la morosidad del juzgado de conocimiento, o a la actitud de la parte demandada para evitar la notificación. Por lo anterior, niega el reconocimiento de efectos patrimoniales a la declaración que en su favor se hizo de ser hija extramatrimonial del causante.

De las consideraciones aquí expuestas se hace evidente que la interpretación que la Corte hace de los plazos previstos legalmente es netamente taxativa y el término, según se concluye, fatal, con lo cuál, vencidos

estos, caducan inevitablemente los efectos patrimoniales de la declaración. Esto último, lo corrobora la misma Corte, al referirse a jurisprudencia anterior suya respecto del artículo 90 según la cual “dicho término de 120 días se computa de manera objetiva; no caben en el punto, entonces, averiguaciones de carácter subjetivo” y que dicho término legal “si bien corresponde a días hábiles es de carácter objetivo y externo a las incidencias del proceso, por lo que no cabe hacer descuentos por causa de las peticiones de variada índole que haga el demandante en su transcurso, de orden interno del proceso, las cuales por serlo no lo interrumpen de ningún modo.”

La posición expuesta por la mayoría de magistrados en esta providencia encontraría contradictores dentro de la misma Sala. En una aclaración de voto y en un salvamento de voto dos magistrados plantearon su oposición a la sentencia. Por un lado, el magistrado Silvio Fernando Trejos, en su aclaración de voto, discrepó de la posición mayoritaria de la Corte cuando afirma que para contabilizar el término de 120 días hábiles del artículo 90 C.P.C. se pueden descontar los días en que el expediente permanece en el despacho para resolver solicitudes “relacionadas con la notificación personal o con el emplazamiento y el nombramiento del curador.” Es decir, que los términos se suspenden cuando el expediente está a despacho. El magistrado considera que dicho término es de índole legal, por consiguiente objetivo y externo al proceso, razón por la que, aclara, no es procedente aplicar el inciso final del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil según el cual “mientras el expediente esté a despacho no correrán los términos”, ya que este precepto hace referencia a los términos de carácter judicial. Añade que la redacción del artículo 90 dada por el legislador de 1989 señala un término amplio pero fatal para la notificación del auto admisorio de la demanda, por lo cual basta con establecer dos extremos temporales: la notificación al demandante y el transcurso de los 120 días hábiles. Vencidos estos, añade, la inoperancia de la caducidad sólo se producirá con la notificación al demandado, según lo prevé el artículo 90, lo que no permite márgenes para optar por una posibilidad distinta a la de aplicar ese término sin interrupciones. Con esta posición, más rigurosa que la expuesta por la mayoría de la Sala, la aclaración de voto se acerca a la tesis más extrema presentada en esta línea y que sostiene que el término de caducidad de los efectos patrimoniales es taxativo y fatal, sin importar otros factores externos que hubieren llegado a ocasionar la notificación de la demanda por fuera de tiempo.

Por otro lado, el magistrado José Fernando Ramírez en su salvamente de voto, discrepa de la posición mayoritaria de la Corte, por cuanto considera que no se deben armonizar los términos del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 con los del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y concluir que, aun cuando se interponga la demanda el último día del bienio, el actor cuenta con 120 días adicionales para notificar la demanda. En su opinión, la solución que antaño defendió la Corte – expuesta en la introducción de este capítulo –, en la cual no se armonizaban estos dos preceptos, era más garantista, por cuanto, de acuerdo con ella, aún en el evento de presentarse la demanda tardíamente, faltando poco tiempo para cumplirse el bienio, “*per se no puede calificarse de conducta negligente, no sólo porque la acción es derecho subjetivo traducido en facultad, para cuyo ejercicio es idóneo todo el tiempo que la ley confiere, sino por que en el caso concreto obraban circunstancias particulares que justificaban el aparente retraso*”. Esa solución de antaño, según expresa, “le daba flexibilidad a la contabilización del bienio, pero teniendo en cuenta circunstancias objetivas y claro está razonables: la diligencia del demandante, la deslealtad del demandado y la negligencia de los funcionarios y empleados judiciales.” Con esta argumentación, el salvamento de voto del magistrado se ubica del lado de la tesis que había tenido la Sala en la primera fase de la línea. Esto, en cuanto la interpretación que hace este propende por una aplicación más prudencial y contextualista del plazo previsto en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, aun cuando sin aplicarlo armónicamente con el plazo establecido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, el magistrado Ramírez, al igual que el magistrado Trejos, manifiesta su oposición a que, del cómputo de los 120 días del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, se excluyan los tiempos en que el expediente permanezca a despacho con el fin de resolver las peticiones ya mencionadas. En cuanto a ello, considera que ese término debe correr ininterrumpidamente y la interpretación de la mayoría de la Sala, que decide suspender los términos mientras el expediente se encuentra a despacho, “invade la órbita del legislador en tanto amplía el plazo y lo deja sometido a los vaivenes y vicisitudes procesales, porque nada obsta para que en un proceso concreto por diversas circunstancias se presenten múltiples peticiones de las que el proveído menciona.”

La tesis expuesta por el magistrado Trejos vendría a corroborarse en una sentencia posterior, de la cual él mismo fue ponente.¹⁰ En ella se

¹⁰ CSJ Civil, 31/Oct./2003, e7933, S. Trejos.

sostiene la posición más extrema de las aquí presentadas, dentro de la tesis que defiende que los términos del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en complementariedad con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil son fatales y taxativos y sin consideración a otros hechos subjetivos. En esta sentencia la Corte manifiesta que “*deviene ineluctable, lógica y jurídicamente, que ambos términos legales mencionados antes – dos años y 120 días -, los cuales se conjugan en la forma explicada según sea el caso, son objetivos y, por consiguiente, su vencimiento resulta fatal, lo cual significa que la notificación al demandado que se efectúe con posterioridad ya no impedirá que obre con todo su vigor la caducidad de los efectos patrimoniales derivados de la sentencia de filiación.*” Y agrega a esto que “*no resulta admisible hacer consideraciones de orden subjetivo para obstruir esa fatal consecuencia tendientes a establecer que la notificación tardía ha obedecido a la conducta de alguna de las partes o a la culpa de los funcionarios y empleados judiciales encargados de velar porque ella se practique, como otrora y muy especialmente antes del decreto 2282 de 1989 lo admitió esta Corporación*”. Reitera igualmente en este punto que, para computar el término del Código de Procedimiento Civil, basta con establecer dos extremos: la fecha de notificación al demandante y el transcurso de los 120 días hábiles previstos en el artículo 90, pues vencidos estos, la inoperancia de la caducidad según la norma “sólo se producirá con la notificación al demandado”. De lo anterior deduce la Sala que, el precepto, “evidentemente no da margen para establecer una posibilidad distinta a la de calificar ese término como determinante, sin más, y por supuesto refractario a cualquier alargamiento sin importar la causa que lo pueda explicar o justificar.”

La posición mayoritaria de la Sala, una vez más, genera tensiones en esta sentencia. En las aclaraciones de voto de los magistrados Jorge Antonio Castillo Rugeles y Carlos Ignacio Jaramillo, estos manifiestan su persistencia en la tesis expuesta en la sentencia anterior, referida a que, mientras el expediente esté al despacho con miras a resolver las peticiones del actor relacionadas con la notificación personal del demandado o su emplazamiento, no corre el término de 120 días previsto en el entonces vigente artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. Por otro lado, los magistrados Cesar Julio Valencia y Manuel Isidro Ardila presentaron también aclaración de voto. En esta, una vez más, se sigue defendiendo la tesis expuesta en la fase primera

de la línea, para lo cual, explican, deben tenerse ciertas condiciones: que el demandante presente con la antelación debida la demanda y que luego emplee en el desarrollo del proceso la debida diligencia en orden a noticiar a los demandados el auto admisorio de la misma, no obstante, aducen, “no se pueden soslayar otros factores que, por resultar completamente anormales a su actividad, entorpezcan o dificulten en gran medida tal comunicación como, *verbi gratia*, el comportamiento ladino de los causahabientes del *de cuius*, con conductas tales como la ocultación tendiente a obstruir el enteramiento de esa providencia, o la negligencia de los empleados encargados de efectuar los actos propios de notificación.”

3.3 Término fatal y objetivo, con excepciones

En los tres casos siguientes, aunque la Sala mantiene la tesis que se ha defendido en esta segunda fase de la línea, ve necesario moderar su radical postura ante situaciones fácticas precisas que así lo ameritan.

Así, por ejemplo, en el primero de estos tres fallos¹¹, aun cuando la demanda se presentó en tiempo y la notificación a los demandados se llevó a cabo dentro del bienio previsto, el juez de conocimiento decretó la nulidad parcial del juicio desde el emplazamiento a los demandados, de tal suerte que la notificación válida se dio cuatro años después del fallecimiento del causante. En sus consideraciones, la Corte hace notar que cuando la parte demandada fue notificada por primera vez, lo fue en tiempo dentro del bienio, por lo que colige que en este caso no cabe debatir el término previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, sino que debe discutirse el alcance de la nulidad decretada dentro del proceso, de cara al artículo 91 del mismo Código según el cual no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad “cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda.”

En torno a esto se pregunta la Corte: “¿toda nulidad sin distingo alguno destruye los efectos interruptores que había generado la presentación de la demanda?” Para responder a ello, y después de reiterar la jurisprudencia sentada desde la sentencia de 2002¹² en cuanto a la aplicación armó-

¹¹ CSJ Civil, 23/Feb./2006, e1998-00013-01, M. Ardila.

¹² CSJ Civil, 04/Jul./2002, e6364, N. Bechara.

nica de los artículos 10 de la Ley 75 de 1968 y 90 del Código de Procedimiento Civil, explica la Corte lo siguiente: si bien el artículo 91 C.P.C. dice sin más que la nulidad del proceso que incluya la notificación de la demanda acaba con el carácter interruptor que se le atribuye a la presentación de la misma, es necesario tener en cuenta que hay nulidades que no son imputables al actor, o en las que el actuar de este no fue lo determinante para aquella. En estos eventos, concluye, *“aquella norma no puede ser aplicada mecánicamente porque en tal caso ha perdido la funcionalidad para la que fue creada y no podría sin más caer con todo su peso encima de quien no tiene mayor injerencia en lo sucedido.”* Así, continúa, estando la causa de la nulidad del lado del Estado, por una imperfecta prestación del servicio de administración de justicia, no sería de recibo que las consecuencias negativas las soportase el usuario, ya que esto iría en contra de la justicia y la equidad. Con esta argumentación, pues, atenúa su postura frente a un caso concreto en que, por fallas imputables a los funcionarios judiciales, no es aplicable la regla taxativa y fatal que venía defendiendo hasta este momento.

En el segundo fallo¹³ de este grupo, el actor presentó la demanda dentro de los dos años legalmente previstos, aun cuando con sólo unos días de anterioridad al vencimiento de dicho plazo. Encontrándose en el despacho el proceso se extravía, por lo cual se hace necesario reconstruir toda la actuación procesal, que incluía la demanda, los anexos y el auto inadmisorio de la misma. Reconstruido el proceso, no obstante algunas dilaciones, se admitió la demanda y dos meses después se notificó el auto admisorio de la misma a la parte demandante, todo esto, por lo ya mencionado, bastante por fuera de plazo de dos años después de la muerte del causante. Al analizar el presente caso, la Sala reitera su tesis en cuanto a que los términos previstos por aplicación armónica de las normas aquí ya varias veces mencionadas deben computarse de forma objetiva. Sin embargo, reconoce que en este caso se presentó una circunstancia particular que afectó el trámite del proceso, consistente en la pérdida del expediente con posterioridad a la fecha en que la demanda fue inadmitida por el juez de conocimiento, razón por la cual fue necesaria su reconstrucción. Agrega, además, que aun cuando la demanda finalmente fue admitida por fuera del bienio, así como la notificación a los demandados se dio por fuera de este plazo por los motivos narrados, no es menos cierto que la demanda inicial se presentó en tiempo

¹³ CSJ Civil, 10/Oct./2006, e50001-31-10-001-2001-21438-01, C. Jaramillo.

y que la notificación se produjo dentro de los 120 días siguientes a la fecha en que se dictó y notificó el auto admisorio de la demanda a la parte actora, motivo este por el cual, concluye, no operó la caducidad de los efectos patrimoniales derivados de la declaración de filiación.

En el tercer caso¹⁴, el demandante presentó la demanda contra quienes consideraba herederos, un día antes de cumplirse el bienio tras la muerte de su presunto padre. Cuatro años después de iniciada la actividad procesal, compareció al proceso un tercero, quien adujo su calidad de hijo extramatrimonial del causante y haber sido reconocido como heredero en la sucesión de su padre, desplazando a la postre a quienes habían sido señalados como demandados en el libelo introductorio. Una vez más en esta sentencia, la Corte confirma la posición que viene defendiendo desde hace varios años, no obstante, para el caso concreto, tiene que entrar a analizar la especial situación que se presenta respecto de la notificación a un tercero que, vencido suficientemente el término de caducidad previsto por la Ley 75 de 1968, en armonía con el artículo 90 de Código de Procedimiento Civil, entra hacer parte tardíamente del proceso que se adelanta. Tras analizar los hechos, colige la Sala que al demandante, dadas las particulares circunstancias, no podía exigírselle dirigir la demanda contra el tercero, ni mucho menos, que lo notificase en los plazos y condiciones previstos por los artículos 10 de la Ley 75 de 1968 y 90 del Código de Procedimiento Civil, pues se hace evidente que al momento de presentar la demanda este carecía de dicha legitimación. Así, teniendo en cuenta que como en el bienio siguiente al fallecimiento del causante, ese tercero no podía demandar ni ser demandado como heredero de este, “no hay lugar, respecto de él, a computar el término de caducidad de que trata el último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968.”

14 CSJ Civil, 30/Nov./2006, e0024-01, P. Munar.

4. CONCLUSIONES

El problema jurídico que se plantea en la presente línea jurisprudencial se refiere a si el término de caducidad de los efectos patrimoniales derivados de la acción de legitimación de hijo extramatrimonial resultante de la aplicación del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en armonía con el artículo 90 del C.P.C., debe aplicarse de forma taxativa y fatal o puede llevarse a cabo una interpretación prudencial del mismo en consideración a otros factores externos.

La Corte, en su intento por responder a esta pregunta, ha pasado por tres fases argumentativas que, si bien están bastante definidas, no implica ello que no se hayan presentado tensiones dentro de la línea.

En la primera parte de la línea, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia defiende una posición relativamente flexible para responder a la cuestión. Esta propende por la garantía de los derechos del demandante, esto es, quien pretende establecer la filiación respecto de su presunto padre fallecido y, en virtud de ello, que se le reconozca la vocación hereditaria para hacer parte del proceso sucesoral originado en la muerte del causante. Así, en ese primer momento, la Corte manifestó que el término de caducidad de los efectos patrimoniales debía ser de interpretación prudencial o contextualista, es decir, que debían tenerse en cuenta, al determinar si había operado la caducidad o no, factores no imputables al actor, como la culpa atribuible a la parte demandada o a los funcionarios judiciales en la notificación del auto admisorio de la demanda del proceso de filiación.

En el segundo período, la Sala da un giro a su jurisprudencia y empieza a defender la tesis contraria a la sostenida hasta el momento. Ese cambio significó que, incluso llegándose a la expresión más extrema de la tesis, se sostuviera que el término de caducidad de los efectos patrimoniales es taxativo y fatal, independientemente de las causas por las cuales no se produjo oportunamente la notificación del auto admisorio de la demanda del proceso de filiación, y sin importar si ello era consecuencia de la negligencia o desidia de los funcionarios judiciales, o de actos de obstaculización u ocultamiento de la parte demandante dirigidos a impedir dicha notificación.

Posteriormente, en un tercer y último periodo, la Sala Civil se ha mantenido en una posición moderada, mas manteniéndose en la misma línea defendida en la segunda fase. Así, la Corte ha aceptado que, en casos muy especiales, se deben tener en cuenta factores adicionales que le restan objetividad al cómputo de los términos pero que, partiendo de la función social de la norma, exigen dicho tratamiento, para evitar así que por fallos en el aparato judicial, entre otros, terminen afectándose los derechos de los demandantes.

La tesis dominante hoy es, pues, la defendida desde la sentencia de 2002¹⁵ descrita en el análisis de la línea. Según está, el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 estableció un término de caducidad de dos años posteriores a la muerte del causante para que se notifique la demanda de filiación a los demandados y así lograr que la declaración de paternidad produzca efectos patrimoniales. Así mismo, debe aplicarse de forma armónica lo previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil que, en su redacción vigente desde 2003, establece que la presentación de la demanda impida que se produzca la caducidad, debe notificarse el auto admisorio de aquella al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tal providencia.

Con base en lo anterior, si la demanda se presenta con suficiente tiempo de anticipación dentro del bienio previsto, y la notificación del auto admisorio de esta se lleva a cabo también dentro de dicho término, la norma del Código de Procedimiento Civil no requiere ser aplicada. No obstante, si la demanda se presenta dentro del bienio, incluso un día antes de cumplirse este, y la notificación por razón claras, no logra realizarse dentro de dicho plazo, el artículo 90 cobra su vigencia, teniéndose entonces, en el extremo de los casos, un año adicional al bienio – según la redacción vigente – para que se realice la notificación del auto admisorio de la demanda a los demandados. A este término, según expresó la Corte en la mencionada sentencia, serán descontables aquellos tiempos en que el expediente se encuentre en el despacho del juez por razones relacionadas con la notificación personal o con el emplazamiento y el nombramiento del curador *ad-litem*. Sólo en aquellos casos excepcionalísimos donde, por ejemplo, se demuestren fallos en el aparato judicial durante el desarrollo del proceso, el término de caducidad aquí mencionado no será taxativo y objetivo, para evitar con ello que recaigan sobre una parte actora

¹⁵ CSJ Civil, 04/Jul./2002, e6364, N. Bechara.

diligente y que ha actuado oportunamente las cargas de una imperfecta prestación del servicio de administración de justicia.

La posición dominante defendida por la Corte muestra una visión formalista y rigurosa de la lectura interpretativa que esta hace de las normas. Con la solución que se le da actualmente al problema jurídico sigue habiendo casos en los que haría falta una interpretación quizás más humana, contextualista y flexible. Ejemplo de ello son los casos presentados en la primera fase de esta línea, donde se hizo evidente la negligencia, incuria o morosidad culpable de los funcionarios judiciales o de los demandados u ocultación o ausencia a sabiendas por parte de estos últimos. Con la interpretación actual, según se deduce de las argumentaciones de la Corte, en estos eventos sufriría el actor oportuno y diligente las consecuencias de factores no imputables a este, en aras de aplicarse taxativamente las normas aquí mencionadas que regulan estos supuestos.

No sobra, además, resaltar aquí la importancia de tratar el tema desarrollado en esta línea. Esto en razón a que, de la lectura de las diferentes sentencias aquí expuestas, se deja ver aún la falta de claridad en los jueces de instancia para dar respuesta a asuntos como los aquí presentados. Entre otras cosas porque, en algunos casos, contrario a lo expuesto por la Corte y al espíritu mismo del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, algunos jueces defienden la idea de que el término previsto en dicho precepto es fatal, sin aplicar armoníicamente el art. 9º del Código de Procedimiento Civil, por lo que siguen resultando casos en los que, habiéndose presentado la demanda dentro del bienio previsto, pero a pocos días del vencimiento del mismo, el juzgador aduce de plano que ha entrado a operar la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad, por ser prácticamente imposible llevar a cabo la admisión y posterior notificación del auto admisorio de la demanda en el tiempo restante para que se venza el plazo de dos años previsto por la ley.¹⁶

¹⁶ Véanse, por ejemplo, las consideraciones del Tribunal de segunda instancia descritas en: CSJ Civil, 30/Nov./2006, e0024-01, P. Munar.

EL INTERÉS ACTUAL EN LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Olga Lucia González, Sandra Milena Rojas Ramírez, Sol Mary Rosado Galindo en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD Y SUS LÍMITES

La ley, desde antaño, y la Constitución Política de 1991, desde tiempos más recientes, han procurado proteger de forma celosa la institución de la familia, como base fundamental de la sociedad, limitando y regulando aquellos actos que puedan ir en contra de su estructura y estabilidad.

Uno de esos actos corresponde a la acción de impugnación de la paternidad, respecto de la cual el legislador ha establecido mecanismos restrictivos en aras de proteger la legitimidad, la familia y, en especial, el interés de los hijos sobre los cuales se discute el vínculo paterno-filial. Pero más allá de todo, dichos mecanismos restrictivos están dirigidos a salvaguardar el estado civil de las personas. Sobre este aspecto, el Estado ha mostrado una posición intransigente, que se ha reservado para sí, limitando, por no decir que excluyendo, la autonomía de la voluntad, y dejando todo lo atinente a este al imperio de la ley. Uno de esos mecanismos restrictivos corresponde a la exigencia de demostrar un interés actual para así poder ejercer el derecho a impugnar la paternidad del hijo extramatrimonial. Es sobre el momento del surgimiento de dicho interés que versa la presente línea jurisprudencial.

En relación con la impugnación de la paternidad, concretamente, de aquella referida a los hijos nacidos por fuera de la relación matrimonial – hoy debiéndose llamar preferiblemente relación marital, en reconocimiento, como lo ha hecho la ley, de las uniones maritales de hecho – tanto el Código Civil, como leyes más recientes, han buscado regular las condiciones según las cuales puede y debe ser impugnada la filiación de un hijo extramatrimonial. Así, el punto de partida en el análisis del tema que aquí nos ocupa son dos disposiciones que lo regulan:

Artículo 5º, Ley 75 de 1968: *“El reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 336 del Código Civil.”*

Artículo 248 del Código Civil: *“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. *Que el hijo no ha tenido por madre a la que pasa por tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título XVIII de la maternidad disputada.*

*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.”*¹⁷

De igual manera el legislador¹⁸, y con gran insistencia la Corte Suprema de Justicia, han predicado la irrevocabilidad unipersonal del acto objeto de impugnación, es decir, la imposibilidad de decidir privadamente sobre la legitimación, de forma individual ora consensual, tornándose así el

¹⁷ En su texto original, último párrafo, decía: *“No serán oídos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; estos en sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.”* El aparte subrayado fue declarado inexistente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-310-04, en el entendido de que será el mismo plazo de sesenta días consagrado en éste. Posteriormente, la norma fue modificada por el artículo 11 de la Ley 1060 de 2006, siendo el texto vigente el que se cita en el cuerpo de este texto.

¹⁸ El artículo 1º de la Ley 75 de 1968 dice: *“El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable [...]”*

“reconocimiento mismo [...] , *ab initio*, en irrevocable para quien lo efectúa, impidiéndose así que por camino similar de la decisión voluntaria se pueda luego, *motu proprio*, despojar al reconocido de su estado civil”.¹⁹

En el mismo sentido, tanto el ordenamiento legal colombiano, como la jurisprudencia, aún prefieren “preservar esa compleja situación emergente de la realidad de la vida familiar, incluidas en ellas, claro está, los términos de caducidad y la restricta legitimación que se otorga a las personas en los delicados asuntos del estado civil de las personas”²⁰, esto aún a pesar de los avances científicos por medio de los cuales es posible obtener con certeza la verdad biológica para determinar o no la filiación. De forma preliminar cabe decir entonces que, en especial dentro de los procesos de impugnación de la paternidad, el sistema antepone el hecho de que los hijos tengan una filiación definida, aún en contra de la realidad biológica de su procreación, en aras de no debilitar la estructura familiar formada dentro de los vínculos jurídicos o naturales. Esto se hace evidente en algunos de los casos que serán analizados a continuación, en los que, no obstante obrar en el proceso una prueba genética excluyente de la paternidad, no se ha atendido a la certeza de la misma, sino a aspectos formales del proceso, como lo son los aspectos de modo y tiempo del nacimiento del interés actual para impugnar y, con ello, el término de caducidad para instaurar la acción consagrado por el legislador.

Como ya se mencionó, es justamente sobre ese interés actual que versa la presente línea jurisprudencial. El problema jurídico que alrededor de este surge es, en efecto, en qué momento nace el interés actual exigido por la ley como punto en el tiempo determinante para que empiece a correr el plazo establecido legalmente para interponer la acción y opere la caducidad allí prevista. El patrón fáctico de las sentencias que para ello se analizan en este trabajo corresponde a sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que deciden, en sede de casación, sobre procesos de impugnación de la paternidad en los que se ha declarado la caducidad de la acción por no haberse probado el interés actual dentro de los plazos establecidos.

La Corte, en su labor de dar una clara respuesta al interrogante que aquí se plantea, ha sido sólida y constante al afirmar que el “interés

¹⁹ CSJ Civil, 11/Abr./2003, e6657, C. Valencia.

²⁰ CSJ Civil, 14/Ene./2005, e0780-01, S. Trejos.

actual" no puede estar sometido al capricho, arbitrio o disposición emocional del que reconoce a otro como hijo, sino que este, como su nombre lo dice, debe ser actual y estar fundado en motivos sólidos y suficientes que derriben en aquel la convicción errada de una paternidad biológica respecto del hijo que había reconocido como tal. Asimismo, ha sido invariable al sostener que el momento en el cual nace el interés actual no corresponde en todos los casos con el momento mismo del reconocimiento, ya que este puede aflorar con posterioridad. Por esa razón, el surgimiento de dicho interés, *ad cautelam*, debe ser determinado en cada caso en particular, a fin de no generalizar en todos los supuestos, y así poder establecer el término de la caducidad de la acción de impugnación. Con base en ello y ante dos supuestos fácticos que se han planteado respecto del tema, la Corte ha sostenido dos tesis que, más que opuestas entre sí, se complementan, por cuanto tienden a reforzar la afirmación primigenia según la cual el interés actual que se debe probar para ejercer el derecho de impugnación no puede estar sujeto al antojo o a la arbitrariedad de quien ha reconocido a un hijo como suyo.

Cobra importancia el esclarecimiento del problema jurídico planteado en esta línea jurisprudencial, entre otras cosas, porque, de la lectura de las sentencias traídas al análisis, se verifica que entre los jueces de instancia subsiste la duda sobre el momento en el cual nace el interés actual, ya sea porque consideran, independientemente de otras probanzas, que el plazo de caducidad empieza a correr, indefectiblemente, en el momento del reconocimiento del hijo, o porque, ante la contundencia de pruebas genéticas obrantes en el proceso, proceden a darle prevalencia a la verdad biológica por encima de los términos impuestos por ley para iniciar la acción de impugnación de la paternidad.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Cuándo surge el interés actual para impugnar la paternidad de un hijo extramatrimonial?

TESIS A

En el momento mismo del reconocimiento, cuando se tiene la *duda* o la *convicción* sobre la inexistencia de la relación filial.
(Ejemplo: cuando al momento del reconocimiento, el que reconoce a un hijo *tiene dudas* sobre su paternidad, o lo reconoce a *sabiéndas* de que no es hijo suyo).

CSJust Civil, 11-04-2003 C. Valencia			
CSJust Civil, 01-03-2005 C. Valencia			
			CSJust Civil, 04-12-2006 C. Jaramillo
CSJust Civil, 12-12-2006 C. Valencia			
CSJust Civil, 22-03-2007 C. Valencia			
			CSJust Civil, 12-12-2007 J. Arrubla
CSJust Civil, 29-07-2009 R. Díaz			

TESIS B

En el momento en que se descubre el error, con el *conocimiento* de la inexistencia de la relación filial.
(Ejemplo: cuando el que reconoce lo hace con la creencia de que el hijo es suyo y, posteriormente, descubre el error, *conoce* la verdad, es decir, la inexistencia de la relación filial).

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Como bien se mencionó anteriormente, ante el problema jurídico respecto de cuándo nace el interés actual para impugnar la paternidad de un hijo extramatrimonial, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha planteado, en respuesta a dos hipótesis diferentes, sendas tesis que más que oponerse entre sí, se complementan de forma armoniosa para solucionar el problema. No se presentan, pues, en esta línea, cambios de jurisprudencia, polos contrarios ante idénticos supuestos fácticos, sino, todo lo contrario, es una línea sólida con respuestas diferentes ante la concurrencia de hechos que, tras el análisis de los procesos, se revelan disímiles.

3.1 El interés actual surge con la mera *duda* o con la *convicción* de la inexistencia del vínculo

En la primera sentencia presente en la línea²¹, el demandante adelanta la acción de impugnación de la paternidad respecto de una menor, hija de su compañera y nacida con anterioridad al inicio de la relación, y quien fue reconocida posteriormente como hija legítima. Se alega que, contrario a lo establecido por la sentencia de segunda instancia, el interés para impugnar no nació en el momento del reconocimiento de la menor, sino cinco años después, justamente cuando le notificaron el embargo de su sueldo, ordenado dentro de un proceso de alimentos promovido por la madre de la menor, momento este en el cual vio afectado su patrimonio.

La Sala Civil, haciendo referencia al Artículo 5º de la Ley 75 de 1968 infiere que están autorizadas legalmente para promover la respectiva impugnación “*aquellas personas que tengan un interés actual, pecuniario o moral, según corresponda en cada situación*” y que, en determinados casos, el mismo autor del reconocimiento puede llegar a tener interés actual en que se declare la inexistencia del vínculo filial. No obstante, agrega la Sala, el argumento del recurrente, según el cual su interés surgió “justamente cuando le notificaron el embargo de su sueldo” no es admisible, ya que el interés actual que se exige en la norma no puede confundirse con motivos antojadizos o circunstancias

²¹ CSJ Civil, 11/Abr./2003, e6657, C. Valencia.

veleidosas, sino que corresponde a la “*condición jurídica necesaria para activar el derecho*”. El embargo del sueldo, colige, es tan sólo una circunstancia que, aun cuando de hecho puede haber afectado al recurrente, no responde de ninguna manera a lo exigido por el artículo 248 del Código Civil, y menos aún puede ser el punto de partida para calcular el término de caducidad establecido por esta. Con base en esas consideraciones, la Corte concluye que “en el actor ha existido un interés actual derivado del reconocimiento voluntario que efectuó, interés que en el asunto que se examina devino evidente desde que se surtió ese acto.” De entrada, en esa primera sentencia de la línea, la Corte establece una subregla para responder al problema jurídico aquí planteado, según la cual, en el evento del reconocimiento de un hijo *a sabiendas*, con la *convicción*, de que en realidad no lo es, el interés actual surge en forma concomitante con el reconocimiento voluntario, y ese será entonces el punto de referencia en el cálculo del plazo de caducidad de la impugnación previsto por ley.

Esta posición fue corroborada por la Corte Suprema de Justicia en la segunda sentencia presente en la línea²², en un caso en el cual el demandante en proceso de impugnación de la paternidad argüía haberse enterado por una llamada anónima de que no era el padre de la menor reconocida. No obstante, de las pruebas testimoniales obrantes en el expediente, tanto el tribunal de segunda instancia, como la Corte, pudieron establecer que el conocimiento efectivo del demandante acerca de no ser el padre de la hija que después reconoció se remontaba a la época misma del embarazo. Razón esta por la cual se determinó el surgimiento del interés en el momento del reconocimiento de la menor.

En la siguiente sentencia presente en la línea²³ que defiende la tesis planteada en este apartado, el demandante, mediante proceso de impugnación de la paternidad, narra haber reconocido dos hijos extramatrimoniales de la misma madre. Respecto de la segunda hija, fue realizada prueba genética que resultó excluyente de la paternidad y se adelantó proceso de impugnación, razón por la cual, según alega, en ese momento le surgió la profunda duda de que el primer hijo tampoco fuera suyo. Debido a esa duda, se practicó prueba genética con el menor, que resultó también excluyente de la paternidad, después de lo cual interpuso la acción de que trata este proceso. Durante el desarrollo del proceso, además, el demandante relató que no había

22 CSJ Civil, 01/Mar./2005, e73001-3110-004-2001-00198-01, C. Valencia.

23 CSJ Civil, 12/Dic./2006, e25290-31-84-001-2002-00137-01, C. Valencia.

consentido voluntariamente al reconocimiento de los menores, sino que lo hizo por las presiones que sobre él ejerció la progenitora de los mismos.

La Corte, para fundamentar su decisión de no casar la sentencia proferida por el tribunal de segunda instancia, reitera, en primer lugar, lo dicho en la sentencia de 2003.²⁴ En referencia al caso concreto y con base en lo expuesto en la sentencia de segundo grado, argumenta la Sala que, por cuanto el reconocimiento que el demandante hizo del menor no fue voluntario, sino bajo las presiones de la madre, se concluye que fue entonces a partir de la fecha en que se produjo dicho acto cuando a aquel le emergió el interés exigido por ley. No significa entonces que en el momento en que se realizó la prueba genética a la segunda hija haya surgido el interés, sino que este se acrecentó con dicho acontecimiento, y posteriormente se tornó más patente con el resultado de la prueba científica practicada respecto del hijo. Así pues, si desde antes del reconocimiento del menor se concibió dudosa la filiación, las conclusiones a las que llegó el reconociente después del resultado de las dos pruebas genéticas no pueden dejar de lado el interés que ya este tenía desde un principio para impugnar la paternidad, *"pues si efectuó el reconocimiento en las particulares condiciones en que afirmó haberlo hecho, era apenas natural que tuviera un interés inmediato en acudir a la jurisdicción para hacer la correspondiente reclamación"*.

Para finalizar, acude la Corte a su propio precedente en relación con las pruebas científicas en procesos de impugnación de la paternidad donde sostuvo que *"debe el juez, tras de percatar la vigencia de tales términos de caducidad, resolver sobre la tensión que se presenta por el establecimiento de hechos que conforme a los métodos científicos permiten observar una certeza probable sobre la paternidad, frente a la realidad social que también hace posible ver de otro modo ese aspecto entre quienes componen un grupo familiar, la que puede ser divergente a pesar de los resultados aproximados a la verdad que ofrece la ciencia; de allí que hoy por hoy todavía no pueda considerarse, sin más, que las pruebas científicas alcanzan para derribar las barreras que en el plano jurídico han sido implantadas para preservar esa compleja situación emergente de la realidad de la vida familiar, incluidas en ellas, claro está, los términos de caducidad."*²⁵

24 CSJ Civil, 11/Abr./2003, e6657, C. Valencia.

25 En un caso de legitimación de la paternidad de hijos legítimos: CSJ Civil, 14/Ene./2005, e0780-01, S. Trejos.

De las consideraciones expuestas por la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia pueden deducirse dos nuevas subreglas: en primer lugar, que el interés actual requerido por ley para ejercer el derecho a impugnar la paternidad del hijo extramatrimonial surge con la *mera duda* existente sobre la relación filial y, según el caso, también de forma concomitante con el acto de reconocimiento si para ese momento ya ha aflorado la incertidumbre; y en segundo lugar, que las pruebas científicas aún hoy no son suficientes para derribar los límites que en el plano jurídico se han impuesto para preservar la institución familiar y los derechos que de ella se derivan.

En un caso posterior²⁶, con similares circunstancias a las anteriormente planteadas, habiéndose comprobado que el demandante llevó a cabo el acto de reconocimiento por fuera de toda espontaneidad y autonomía y más bien sumido por la duda y la incertidumbre, y obrando en el expediente una prueba científica posterior excluyente de la paternidad, la Sala Civil reiteró las tesis expuestas en las sentencias de 2003²⁷ y de 2006.²⁸ Frente a esta última, reforzó su posición diciendo que, de aceptarse en un caso como estos que el interés surgió solamente con el resultado del examen de genética, sería desligar el parámetro exigido del interés actual de la voluntad abstracta de la ley, para dejarlo sometido a los particulares, por cuanto, bajo ese entendimiento, se llegaría a la conclusión de que el reconociente, no obstante haber reconocido al hijo extramatrimonial bajo la incertidumbre y la duda de la existencia del vínculo filial, puede conservar indefinidamente la facultad de anticipar o postergar la aparición del citado interés y consiguientemente el derecho a impugnar, practicando la prueba genética en el momento en que le parezca conveniente, lo cual, sostiene la Corte de forma categórica, sería inadmisible.

3.2 El interés actual surge a partir del momento en que se descubre el error

Como anteriormente se mencionó, la Corte, sin oponerse con ello a la tesis expuesta en las sentencias anteriormente escritas, y más aún reiterando lo dicho, responde de forma diferente en cuanto a la concomitancia del reconocimiento y el surgimiento del interés actual cuando se encuentra ante otros supuestos fácticos. En los casos hasta ahora expuestos, la Corte sostiene que el

²⁶ CSJ Civil, 22/Mar./2007, e00058-01, C. Valencia.

²⁷ CSJ Civil, 11/Abr./2003, e6657, C. Valencia.

²⁸ CSJ Civil, 12/Dic./2006, e25290-31-84-001-2002-00137-01, C. Valencia.

interés actual exigido en el artículo 248 del Código Civil para impugnar la paternidad extramatrimonial surge de manera simultánea con el acto de reconocimiento del hijo, en aquellos casos en que se demuestre que, para ese momento, el padre reconociente tenía la *convicción* de no ser el progenitor, o la *mera duda* de no serlo. En este segundo bloque de sentencias, al variar la situación fáctica de los casos, la Corte plantea una tesis diversa. Esta es, que el nacimiento del interés actual no coincide en el tiempo con el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en aquellos casos en que dicho acto se ha dado con la creencia plena de la paternidad y, posteriormente, emerge un hecho concreto que le hace descubrir al reconociente el error y le proporciona el *conocimiento* – se entera, se da cuenta de la inexistencia del vínculo biológico.

En el primer caso²⁹ el demandante alega haber reconocido a una menor como hija extramatrimonial en la creencia de ser su progenitor. Posteriormente, la madre de aquella promueve un proceso por alimentos el cual concluye con sentencia condenatoria para el demandante y su sueldo es embargado durante 17 años, tiempo en el cual responde por la menor. Pasado ese tiempo, conoce a su hija, y se percata de la falta de parecido físico entre ellos, razón por la cual se practica la prueba de ADN, que resulta excluyente. El tribunal de segunda instancia niega las pretensiones de la demanda al concluir de las pruebas testimoniales que el demandante había tenido desde tiempo antes conocimiento de la inexistencia del vínculo genético con la hija reconocida.

En primer lugar, en sede de casación, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia rebate la deducción que hizo el tribunal de segundo grado respecto de las pruebas testimoniales, por cuanto concluye que la declaración de los testigos, en lo pertinente, es sólo de oídas y contiene hechos que llegaron a su conocimiento, no por su percepción directa y personal, sino por haber sido transmitidos por la madre de la demandada, lo que menoscaba su vigor demostrativo. Aclarado este punto, pasa la Sala a exponer las consideraciones por la cuales, finalmente, casa la sentencia. Así, después de reiterar la doctrina ya expuesta en el apartado anterior de este texto, en cuanto a que no puede confundirse el interés actual del impugnante con cualquier motivo antojadizo, dice la Corte que, si bien en determinados casos quien reconoce puede tener interés actual en impugnar el reconocimiento, también puede suceder

²⁹ CSJ Civil, 04/Dic./2006, e11001-31-10-011-2002-00405-01, C. Jaramillo.

que el instante en que surge dicho interés no coincide temporalmente con la fecha del reconocimiento, motivo por el cual “el surgimiento del mismo, *ad cautelam*, debía ser determinado, en cada caso en particular, a fin de no generalizar en todos los supuestos.” Agrega, además, que “con independencia del alcance que pudiera darse a la expresión ‘interés actual’, se observa en el presente juicio, que dicho interés del actor se originó en el conocimiento que aquél tuvo del resultado de la prueba genética sobre ADN, [...] que determinó que respecto de la demandada su paternidad se encontraba científicamente excluida.” Y, agrega, aún cuando el sentenciador de segunda instancia advirtió esta circunstancia, no fue relevante en su decisión por cuanto estimó que la caducidad de la acción había operado al haberse presentado la demanda impugnatoria dieciocho años después de haberse reconocido la paternidad extramatrimonial respecto de la demandada. Después de analizados los medios probatorios existentes, es decir, las pruebas testimoniales y la prueba de ADN excluyente de la paternidad del demandante, concluye la Sala, derivándose de esto una nueva subregla para responder al problema jurídico y la hipótesis aquí planteados, según la cual el término de caducidad previsto por ley no empieza inevitablemente a correr desde el día siguiente al del reconocimiento de la paternidad, en la medida en que el interés actual del impugnante puede aflorar o emerger con posterioridad, como en este caso, a partir del interés derivado del contenido de la prueba científica que desvirtúa la paternidad.

La segunda sentencia que defiende la tesis expuesta en este punto versa sobre un proceso de impugnación de la paternidad en el cual se habían denegado las pretensiones por parte del tribunal de segunda instancia aduciendo que el interés actual surge al momento del reconocimiento. En este caso³⁰, el demandante declara que, convencido de que la menor demandada era fruto de las relaciones sexuales extraconyugales que sostuvo con la madre de la misma, la reconoció como su hija. Después de algunas desavenencias con la madre, esta le informó que quien creía era su hija en realidad no lo era, razón por la cual se realizó prueba genética que dio como resultado excluyente de la paternidad.

Para casar la sentencia impugnada, la Sala considera que no es lo mismo “reconocer a un hijo bajo la convicción invencible de ser el fruto de las relaciones sexuales que el reconociente tuvo con la madre del reconocido, [...

³⁰ CSJ Civil, 12/Dic./2007, eC-1100131100052000-01008-01, J. Arrubla.

que] abrigarlo como tal a sabiendas de que en la realidad no lo es.” En este segundo supuesto, concluye, el interés actual surge de forma concomitante con el acto voluntario de reconocimiento, mientras que de la primera hipótesis no puede predicarse lo mismo porque, durante el tiempo en que quien ha reconocido permanezca en el error, “*la posibilidad de impugnación simplemente se presenta latente*”. En este punto, la Corte reitera lo dicho en la anterior decisión en cuanto a que el interés para impugnar el reconocimiento nace en el instante en que, sin ningún género de duda, se pone de presente o se descubre el error, y expone como ejemplo, el “*conocimiento*” que el demandante pueda tener del resultado de una prueba de ADN, que determine la exclusión científica de la paternidad respecto del hijo reconocido.

4. CONCLUSIONES

El problema jurídico al que se pretende responder con el desarrollo de esta línea jurisprudencial está referido a cuándo surge el interés actual exigido por el artículo 248 del Código Civil para poder ejercer el derecho de impugnación del reconocimiento de la paternidad de un hijo extramatrimonial.

Ante esta cuestión, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido, sobre todo, sólida, y ha tratado de responder de manera diversa ante supuestos fácticos igualmente diversos.

Ha sido sólida en cuanto, desde un principio, la Corte ha sostenido que el acto voluntario de reconocimiento de un hijo, entre otras cosas, por afectar el estado civil de las personas intervenientes, es un acto, *ab initio*, irrevocable para quien lo efectúa, pero que dicha irrevocabilidad no genera siempre una inimpugnabilidad del mismo. También se ha mantenido en sostener que para que el reconocimiento sea impugnable, deben cumplirse los estrictos requisitos exigidos por la ley, dentro de los cuales se encuentra el comprobar la existencia de un interés actual para ello. Ha sido también firme e invariable al afirmar que el "interés actual" que exige la norma en mención no puede estar sujeto al capricho, al arbitrio o a la disposición emocional de aquel que reconoce a un hijo como suyo, puesto que este corresponde a la condición jurídica necesaria para activar el derecho a impugnar, y ese desconocimiento, derivado de la impugnación misma, no puede ser equiparable a la simple retractación.

La Corte ha respondido, dentro de esa solidez, de manera distinta a hipótesis distintas que se presentan dentro del mismo problema jurídico. En ese sentido y bajo esas hipótesis la Sala ha sostenido las tesis que se expusieron en el transcurso del análisis de esta línea. Dos respuestas que, se reitera, no son, en absoluto, opuestas, sino, por sobre todo, se complementan sobre las sólidas bases que se acaban de mencionar.

La primera de ellas sostiene que el interés actual, frente a unos supuestos fácticos demostrados dentro del proceso, surge de forma concomitante con el acto voluntario del reconocimiento, en aquellos casos en que,

para ese momento, se ha tenido la *convicción* de la inexistencia de una relación biológica respecto del hijo reconocido, incluso basta la *mera duda* sobre dicho vínculo para que se configure el hecho determinante del nacimiento del interés. La segunda de ellas, por su parte, afirma que el interés actual puede surgir con posterioridad al acto de reconocimiento cuando, habiéndose reconocido un hijo con la creencia invencible de que se es el padre, se descubre más tarde el error mediante el *conocimiento* de hechos, como la práctica de la prueba genética, que desvirtúen la paternidad.

De los argumentos expuestos por la Sala Civil y del análisis de sus sentencias, se han podido extraer algunas subreglas que vienen a resolver, en parte, el problema que aquí se plantea y que se enumeran a continuación: i) no en todos los casos, el instante en el cual nace el interés actual coincide temporalmente con el instante mismo del reconocimiento voluntario, por lo cual se hace necesario determinar el surgimiento de dicho interés para cada caso en particular; ii) en el supuesto de que quien reconoce un hijo lo hace a sabiendas, con la convicción, de que en realidad no es el padre, el interés actual surge concomitantemente con el acto voluntario de reconocimiento; iii) el interés actual requerido por ley también surge concomitantemente con el reconocimiento voluntario del hijo ante la mera duda existente sobre la relación filial; iv) por cuanto el interés actual del impugnante puede surgir con posterioridad al acto de reconocimiento del hijo, con base en el conocimiento de hechos que desvirtúan la paternidad, como lo es la prueba genética excluyente de la misma, debe ser a partir de este momento que empiece el cálculo del término de caducidad de la impugnación; v) aún en la actualidad, las pruebas científicas no son suficientes para derribar los límites que en el plano jurídico se han impuesto para preservar la institución familiar y los derechos que de ella se derivan, lo que incluye también los términos de caducidad de la impugnación de la paternidad

Para concluir, y retomando lo dicho en la introducción de este capítulo, es de resaltar cómo en los procesos de impugnación de la paternidad, tal como se vio en algunos de los casos aquí presentados, la Corte Suprema de Justicia y el sistema legal mismo, se sostienen en darle prevalencia al hecho de que los hijos tengan una filiación definida, preservando de esa forma tanto los derechos que a ellos corresponden por la filiación legítima respecto de un padre, así como también la institución misma de la familia, aún en contra de la realidad biológica de la procreación de aquellos. Deja entreverse aquí, sin

entrar en mayores detalles respecto de lo que esto implica, más un interés especial en defender los derechos patrimoniales del hijo reconocido, en detrimento, valga decir, de los del padre, que una motivación moral y social por preservar la tan magnificada institución de la familia, que aun aceptándose como núcleo esencial de la sociedad, en ocasiones, con argumentos procesales, ora económicos, termina unida a palos y con las frustraciones que de por sí debe traer consigo el tener que faltarle, en aras de una verdad jurídica, a la verdad real, que es la verdad biológica.

No obstante, es necesario reconocer los graves efectos jurídicos y sociales que podría acarrear el que se reconociese el derecho de impugnar la paternidad en cualquier momento, ya que con ello se dejaría al arbitrio de aquellos que en un momento han reconocido – a sabiendas – a un hijo ajeno como propio, el decidir en qué momento dejar a la deriva, sin un padre, a ese hijo, menos cabando de esa forma no solo los intereses y los derechos económicos de aquel, sino también sus derechos relacionados con la personalidad jurídica, como lo es el del estado civil de las personas. La Corte, quizás de forma justificada pero discutible, se ha valido de un formalismo jurídico para anteponer a la verdad biológica de la procreación, la realidad jurídica de la paternidad legítima, todo en aras de salvaguardar al menor, que de otra forma estaría sujeto a la incertidumbre constante y a los caprichos del padre que lo ha reconocido.

INTERÉS DEL CÓNYUGE PARA DEMANDAR LA SIMULACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS REALIZADOS POR EL OTRO

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado
por María del Pilar Ochoa Jiménez, Flor Ángela Rueda Rojas
en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para
Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DE LOS CÓNYUGES Y SIMULACIÓN

Sabido es que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una disposición normativa que defina expresamente la simulación de los negocios jurídicos, y, menos aún, una que haga referencia específica a quiénes son o pueden ser titulares de esta. Sabedora de la existencia de situaciones en las que, premeditadamente, la voluntad declarada en el negocio jurídico no resulta coincidente con la voluntad real o querida por las partes, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la encargada de construir, en virtud de lo previsto en el artículo 1766 del Código Civil³¹, la teoría de la simulación y, con ello, de definir los principios relativos a su noción, de fijar sus alcances, la legitimación para reclamarla, así como los presupuestos que la estructuran.

Siendo la simulación, tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, "una modalidad de contratación conforme a la cual se permite conservar una situación jurídica que las partes no quieren ver modificada en nada - simulación absoluta - , o se oculta otra realmente modificativa de una

³¹ Dice el artículo 1766 del Código Civil: "Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero."

situación anterior -simulación relativa-, acordándose emplear para ello un mecanismo que consciente y deliberadamente permite disfrazar la voluntad real de los estipulantes, bien sea haciendo aparecer algo que ninguna realidad tiene, o que la tiene pero distinta"³², la misma Corporación se ha dado a la tarea de determinar quiénes tienen interés para el ejercicio de la acción dirigida a declararla. En tanto que los contratos no pueden estar sujetos a que a cualquier persona pueda asistirle interés para ello, la jurisprudencia de la Corte ha establecido la necesidad de que el demandante demuestre un interés jurídico, serio y actual, es decir, que el actor sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o amenazado por el negocio simulado. En ese sentido, ha dicho la Corte que el interés se pregoná de las propias partes, de los terceros que puedan verse lesionados, de los herederos y del cónyuge. Es respecto de este último que versa el análisis de la presente línea jurisprudencial.

Establecido por la Corte misma que el cónyuge está legitimado para reclamar la acción de que aquí se trata, es necesario remitirse entonces a la norma que servirá de punto de partida para el análisis de la línea que se expondrá a continuación, y que regula la administración de los bienes de los cónyuges. La Ley 28 de 1932 estableció:

Artículo 1º. "Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación."

Tenemos, pues, por un lado, que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido jurisprudencialmente la legitimación del cónyuge para demandar la simulación de los negocios jurídicos realizados por el otro cónyuge; y por otro lado, que la ley establece la independencia administrativa y de disposición de los cónyuges respecto de los bienes propios como de los sociales.

³² GJ: No. 2455 pág. 249 citada en: CSJ Civil, 30/Oct./1998, e4929, J. Castillo

La cuestión que surge aquí es la siguiente: ¿cuándo surge el interés jurídico que la jurisprudencia le ha reconocido al cónyuge para demandar la simulación de los actos jurídicos llevados a cabo por el otro cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal, si se tiene en cuenta que cada uno de los miembros de la pareja tiene independencia administrativa y de disposición respecto de los bienes propios y sociales?

El patrón fáctico de las sentencias que conforman la línea corresponde a demandas de simulación de negocios jurídicos llevados a cabo por uno de los cónyuges, cuándo dichos actos han sido realizados estando aún vigente la sociedad conyugal.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿La inobservancia de las inhabilidades previstas en el artículo 1068 del Código Civil para los testigos instrumentales, respecto de la vinculación laboral y el domicilio de los mismos, afecta de nulidad absoluta el testamento solemne?

TESIS A

La inobservancia de dichos requisitos sí es causal de nulidad absoluta del acto testamentario.

TESIS B

El incumplimiento de dichos requisitos no es causal de nulidad del testamento.

CSJust Civil, 10-08-1914 C. Barco		
CSJust Civil, 18-03-1936 R. Hinestrosa		
	CSJust Civil, 14-03-1974 J. Esguerra	
		CSJust Civil, 24-06-1997 R. Romero
		CSJust Civil, 22-04-2002 J. Castillo
		CSJust Civil, 26-10-2004 J. Arrubla
		CSJust Civil, 13-10-2006 C. Valencia

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La discusión jurisprudencial sobre el nacimiento del interés jurídico de los cónyuges para demandar la simulación de los actos llevados a cabo por el otro se remonta a los principios del siglo pasado, de forma casi concomitante con la expedición de Ley 28 de 1932, que dio a la mujer casada su plena capacidad jurídica para administrar y disponer libremente de sus bienes, poniéndola en condición de igualdad con el hombre respecto de los derechos sobre los bienes propios, como sobre aquellos pertenecientes a la sociedad conyugal.

El punto de partida de la línea que aquí se presenta, no obstante, corresponde a una sentencia del año 1982, sentencia esta que de forma concisa hace un análisis de la evolución jurisprudencial hasta ese momento sobre el tema. Por esta razón, se tomará dicha sentencia como referencia para exponer esa evolución y se partirá de ella para mostrar cómo se ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta la actualidad.

En esta sentencia³³, la demandante solicita que se declare la nulidad absoluta, por simulación igualmente absoluta, el contrato de compraventa mediante el cual su cónyuge vendió un bien inmueble estando aún vigente la sociedad conyugal. Para resolver el caso, la Corte Suprema de Justicia entra de plano a dilucidar el tema de la titularidad de la acción de simulación, en especial, la controversia sobre la posición jurídica del cónyuge según se haya disuelto o no la sociedad conyugal. Para ello, se remite a la evolución jurisprudencial sobre la materia en la que, según lo expone, se ha pasado “desde requerir para la procedencia de la acción de simulación la ocurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad conyugal hasta considerar suficiente promover proceso de separación de bienes, de cuerpos, el de divorcio o el de la nulidad del matrimonio.” En aras de recapitular ese desarrollo jurisprudencial, hace referencia a tres sentencias hito de la Corte Suprema de Justicia sobre la cuestión:

En la primera de ellas, del 17 de diciembre de 1931, admitió que los casos en los que el marido dispone fraudulentamente o simuladamente de

33 CSJ Civil, 04/Oct./1982, A. Ospina, GJ: CLXV, No. 2406, pág. 211 – 218.

los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal que administra³⁴, en contra de la voluntad de la mujer, son frecuentes, por lo que “una vez disuelta la sociedad no podría negarse a aquélla la acción para demandar la nulidad (cuando la Corte hablaba de la simulación nulidad) de los contratos celebrados por el marido para perjudicarla...”. Este es el primer momento en que la Corte Suprema de Justicia le concede a uno de los cónyuges, en este caso a la mujer, la posibilidad de demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el marido, bajo la condición de que la sociedad ya esté definitivamente disuelta, esto significa, que no se encuentre ya vigente, siendo este el supuesto necesario para que le sea reconocido el interés jurídico.

Posteriormente, en una segunda sentencia hito del 17 de marzo de 1955, citada por la Sala en la sentencia de 1982, la Corte hace un análisis de la importancia de la Ley 28 de 1932, por cuanto reconoció a la mujer casada su plena capacidad y le dio la facultad de administrar y de disponer libremente de los bienes que le pertenezcan. No obstante, agregó, dicha Ley no puede ser entendida en el sentido de que la libertad de administración y de disposición que les fue otorgada a los cónyuges “sea tan absoluta que excluya todo recurso o acción defensiva contra una mala administración.” Del análisis de la mencionada ley concluye la Corte que con ella se les concede, tanto al hombre como a la mujer, el derecho de iniciar una acción de separación de bienes y así conseguir que, por la disolución de la sociedad conyugal producida por la sentencia de separación, se consolide su derecho a participar en los gananciales. En ese sentido y como la misma Ley lo establece, sólo entonces “se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio”, dejando de ser esta latente y actualizándose en razón de la disolución. Adicionalmente, agrega, en el marco del juicio de separación, se le permite a la parte actora solicitar las medidas preventivas necesarias para asegurar sus intereses mientras se decide la acción. De las anteriores consideraciones determinó la Corte en su momento que el interés jurídico inmediato para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro “lo deriva el demandante en su condición de actor en el juicio de separación de bienes y de las medidas de seguridad autorizadas para dicho juicio”. Con base en lo anterior, concluye la Sala que

34 Hasta la entrada en vigencia de la Ley 28 de 1932, conocida como la de la emancipación económica de la mujer, el marido administraba libremente tanto los bienes propios de cada uno de los cónyuges, como los bienes de la sociedad conyugal y podía disponer de ellos con absoluta libertad.

los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los negocios jurídicos realizados por el otro, en primer lugar, una vez disuelta la sociedad conyugal, por cuanto en este supuesto el interés jurídico es patente al actualizarse el derecho de cada uno de ellos sobre los bienes sociales; no obstante, y en segundo lugar, el interés jurídico puede existir antes de la disolución de la sociedad, mas sólo cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio. Aquí se muestra el primer cambio en la posición de la Corte, cuando, para que se reconozca el interés jurídico del cónyuge para demandar la simulación de los negocios jurídicos del otro, se pasa de requerir que la sociedad conyugal esté disuelta, a que se haya iniciado un juicio de separación y se hayan solicitado las medidas preventivas permitidas en este. Con ello se reconoce por primera vez el interés jurídico de los cónyuges para iniciar una demanda de simulación de los actos llevados a cabo por el otro estando aún vigente la sociedad conyugal.

En la tercera sentencia hito mencionada en esta providencia, la Corte, en un fallo de 8 de junio de 1967, plantea de forma más clara pero reiterando la tesis defendida en la sentencia de 1955 que “[s]i cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que adquiere durante el matrimonio y si sólo cuando se disuelva la sociedad conyugal se considera que esta ha existido desde la celebración de aquél, síguese que por regla general mientras no se disuelva dicha sociedad ninguno de los cónyuges puede atacar los actos celebrados por el otro, pues si le fuera permitido hacerlo antes esto conduciría en el fondo a anular la facultad que la misma ley concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiera durante la unión matrimonial.” Sin embargo, añade, el interés del cónyuge para demandar la simulación puede surgir incluso antes de la disolución, “cuando con anterioridad a la presentación de esta demanda, ha pedido la separación de bienes a objeto de que al decretarse queden sometidos al régimen de la liquidación de los gananciales, todos los bienes que no hayan salido real y legítimamente del haber de la sociedad conyugal.”

Fundamentada en la doctrina aquí expuesta, la Corte, en esta sentencia de 1982, reitera la posición sostenida desde 1955 al decir que el cónyuge está legitimado para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro, una vez disuelta la sociedad conyugal, o también, estando esta vigente

en los casos en que se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, lo que sucede cuando el cónyuge previamente ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc. Y cierra diciendo que “[s]in mediar la disolución de la sociedad conyugal o sin haber demandado al otro cónyuge en litigio que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede su pretensión de simulación, por carencia de interés jurídico para impugnar los actos o contratos en ese sentido.”

En la segunda sentencia presente en la línea³⁵, la demandante alega que el demandado vendió bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, aún estando esta en su vigencia latente previa a cualquier intento de disolución. Por esta razón y porque sospecha distracción indebida de los bienes de la masa conyugal, solicita que se declaren absolutamente simulados dichos contratos. Para la fecha de presentación de la demanda de simulación, la actora había entregado poder a su apoderado para iniciar la demanda de separación, hecho que sucedió unos días después de presentada la de simulación.

En esta ocasión, sostiene la Corte, reiterando la posición mantenida hasta el momento, que, cuando se demanda la simulación de los negocios celebrados por el cónyuge estando la sociedad conyugal de bienes ya disuelta, el interés jurídico del cónyuge demandante es diáfano y actual, y no adolece de ninguna duda. Por el contrario, dice, cuando el interés para demandar la simulación se apoya en la preexistencia de una demanda de separación de cuerpos, etc., la situación es distinta, ya que el proceso respectivo puede desembocar en la disolución de la sociedad conyugal, o no. En esa medida, lo que tiene el cónyuge demandante es una mera expectativa que, no obstante, debe ser tenida como interés suficiente y digno de protección. Agrega que la Ley 28 de 1932, cuando establece que “a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil, debe liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido una sociedad desde la celebración del matrimonio”, le otorga al cónyuge esa expectativa, y que esta, aunada al hecho de que se hubiese iniciado un proceso dirigido a disolver la sociedad conyugal, “proceso al cual debe estar vinculado, de modo efectivo, el cónyuge demandado”, configuran la existencia del interés para

35 CSJ Civil, 15/Sep./1993, e3664, H. Marín.

demandar la simulación de los negocios celebrados por el otro cónyuge antes de la disolución de la sociedad conyugal.

Sin embargo, continúa, esa expectativa debe ser inmediata, esto es, basada en un supuesto de hecho que permita que su desenlace definitivo sea la disolución de la sociedad conyugal. Por ello considera la Corte que, del hecho de que la demandante hubiese otorgado poder para iniciar el proceso de separación de bienes, no puede deducirse un interés jurídico de la misma que justifique la presentación con anterioridad de la demanda de simulación, como tampoco puede inferirse de la presentación de la demanda o de la admisión de la misma, por cuanto en estos supuestos la incertidumbre de la expectativa anteriormente mencionada es aún mayor, en la medida en que el demandante es libre de retirar la demanda mientras el demandado no sea notificado. "Sólo cuando esto ocurra, el interés de aquél viene a concretarse y a actualizarse."

Y concluye sus consideraciones sobre el caso concreto diciendo que "*ninguno de los pasos previos a la notificación del auto admisorio de la demanda de separación de bienes al demandado, si bien orientados a lograr este objetivo, tenían por sí solos o conectados entre sí, la fuerza suficiente para configurar el interés de la demandante en orden a impugnar como simulados ciertos negocios realizados por su consorte. Ese interés sólo venía a adquirir su perfil de tal, cuando se dio el hecho atrás mencionado, mas habiendo sucedido tal cosa con posterioridad a la presentación de la demanda incoativa de este proceso, no es posible decir que él exista en términos que permitan una decisión favorable a la actora.*"

En esta sentencia se hace evidente, más que un cambio jurisprudencial, un endurecimiento de la posición de la Corte respecto del tema cuando, de requerir la sola presentación de la demanda dirigida a liquidar la sociedad conyugal para que se configure el surgimiento del interés jurídico para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el cónyuge, pasa a exigir la notificación al cónyuge demandado, antes de la presentación de la demanda de simulación, de una de las ya mencionadas demandas definitorias de la disolución de la sociedad conyugal. Esta es la tesis que se ha venido reiterando y que se mantiene hasta la actualidad para resolver el problema jurídico aquí planteado.³⁶

36 Esta posición ha sido reiterada en las sentencias CSJ Civil, 30/Oct./1998, e4929, J. Castillo; CSJ Civil, 05/Sep./2001, e5868, J. Ramírez; CSJ Civil, 16/Dic./2003, e7593, M. Ardila.

Sin embargo, cabe hacer mención aquí a una de las sentencias reiteradoras posteriores, por cuanto en ella la Corte no sólo refuerza su posición, sino que se detiene a interpretar una expresión referida al tema que, desde la sentencia de 1982, ha estado presente en la doctrina de la Sala.

En esta sentencia³⁷, el demandante relata que, a raíz de desavenencias conyugales que originaron la separación de hecho de su cónyuge, contrató a un abogado con el fin de adelantar la separación de bienes por mutuo acuerdo, lo cual, después de conversaciones con la ahora demandada, no tuvo resultado positivo. Posteriormente, descubrió que su cónyuge, después de haber fracasado la separación de bienes por mutuo acuerdo, había vendido a sus hijos la nuda propiedad de un bien inmueble perteneciente a la sociedad conyugal. Con base en ello, solicita que se declare simulado el negocio jurídico en mención. Para fundamentar su petición aduce el demandante que el Código Civil, dentro de las causales de disolución de la sociedad conyugal, prevé la separación de bienes por mutuo acuerdo elevada a escritura pública; que, además, toda tentativa en buscar y pedir dicha disolución crea un interés actual en quien así actúa y si el otro cónyuge tiene conocimiento de esa petición, no puede negarse la existencia del mismo; y finalmente, que la Corte, en su sentencia de 1982, estableció que podía demandarse la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el cónyuge cuando, estando vigente la sociedad conyugal, “el cónyuge ha demandado la separación de bienes, de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc.”, y, alega el demandante, la locución “etcétera” implica indefectiblemente la presencia de otras causales, como lo es la disolución de la sociedad conyugal por mutuo acuerdo.

Para responder a este cuestionamiento, la Sala reitera la posición sostenida hasta el momento, referida a que el interés para demandar la simulación, estando vigente la sociedad conyugal, sólo se concreta y actualiza cuando se traba la relación jurídico-procesal con ocasión de un proceso donde se pretenda obtener la disolución y posterior liquidación de la mencionada sociedad, y para ello se hace necesario, además de la admisión de la demanda, la notificación del auto admisorio a la parte demandada. Insiste la Corte en que la razón de ser de esta exigencia es garantizar una definición sobre la situación jurídica, sea positiva o negativa, y que, aún existiendo otras formas anormales de terminación del proceso, verbigracia el desistimiento, la transacción, o la

³⁷ CSJ Civil, 05/Sep./2001, e5868, J. Ramírez.

conciliación, estás no son de resorte exclusivo del demandante, lo que si sucede con el retiro de la demanda, por cuanto en estos supuestos ya aparece vinculada la parte demandada. Así, lo que se busca es garantizar el desenlace del proceso que puede llevar, eventualmente, a la disolución de la sociedad. Por estos mismos motivos, recuerda la Corte en este punto, no se admitió en otras ocasiones que el factor determinante del interés jurídico fuesen la presentación de la demanda o el otorgamiento de poder al apoderado para la iniciación del proceso de separación de bienes.

Después de estas consideraciones concluye diciendo que ese desenlace del proceso “resulta imposible buscarlo tratándose de la disolución de la sociedad conyugal por mutuo acuerdo”, porque si bien existe la posibilidad jurídica de la intervención directa de los cónyuges con el propósito de disolver la sociedad, esa intención no puede quedarse ahí, sino que es necesario elevarla a escritura pública, siendo esta la única forma de concretarla, ya que, de no lograrse el mutuo acuerdo, los cónyuges deben acudir inevitablemente al proceso judicial para obtener dicha disolución. Por consiguiente, dice, no hay razón alguna para reconocerle al mutuo acuerdo, y más exactamente a la etapa anterior a la escritura pública, los mismos efectos de la relación jurídico-procesal.

4. CONCLUSIONES

Como ya se mencionó en la introducción de este texto, en el ordenamiento jurídico nacional no existe precepto normativo alguno que defina la simulación, y mucho menos el alcance de la acción, las personas legitimadas para instaurarla o los requisitos para que se configure el interés jurídico necesario para ello. Ante ello, ha sido la Corte Suprema de Justicia la encargada de definir, por vía jurisprudencial, todos los presupuestos que la configuran.

En esa labor, la Corte ha tenido que enfrentarse al problema jurídico expuesto en esta línea y que corresponde a la cuestión de cuándo surge el interés jurídico del cónyuge para demandar de simulados los negocios jurídicos celebrados por el otro cónyuge, estando aún vigente la sociedad conyugal. La discusión sobre el tema se remonta a principios del siglo pasado donde, aún estando la mujer subordinada económicamente del marido, se le reconoció la posibilidad de iniciar aquella acción para demandar los negocios jurídicos celebrados por aquel y que estuviesen dirigidos a perjudicarla económicamente. Esto, sin embargo, sólo se le permitía estando ya disuelta la sociedad conyugal.

Con la vigencia de la Ley 28 de 1932, que significó para la mujer su emancipación económica, se le reconoció a ambos cónyuges la independencia en la administración y disposición de los bienes tanto propios como de la sociedad conyugal, durante el tiempo que durase la sociedad conyugal. Con ello vino un cambio de jurisprudencia de la Corte, en tanto reconoció que dicha independencia no podía ser tal, como para negarles a los cónyuges la interposición de acciones conducentes a discutir la mala administración de los bienes por parte del otro consorte. Fue así como la Corte le otorgó al marido y a la mujer la posibilidad de iniciar una acción de simulación de los negocios jurídicos realizados por el otro, estando aún vigente la sociedad conyugal, pero bajo la condición de que se hubiese presentado una demanda dirigida a disolver la sociedad conyugal, como lo son la separación de bienes, de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc.

En este punto es en el que se desenvuelve el problema jurídico objeto de esta línea: frente a una sociedad conyugal aún subsistente, cuáles

son los supuestos que determinan el surgimiento del interés jurídico para demandar la simulación de los actos celebrados por el cónyuge.

Cabe decir que la línea que aquí se plantea no ha presentado cambios jurisprudenciales. Más que ello, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha mantenido en la posición inicial, es decir, que se hace necesaria la presentación de la demanda que pretenda la disolución de la sociedad conyugal, pero ha endurecido los requisitos determinantes del nacimiento del interés jurídico del cónyuge demandante. Así, la tesis dominante en la actualidad sostiene que, además de la mencionada demanda, se hace necesaria la notificación del auto admisorio de la misma a la parte demandada. Sin el cumplimiento de estos dos requisitos, sostiene la Corte, mal puede deducirse un interés jurídico real e inmediato que justifique la demanda de simulación.

INOBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS FORMALES PARA LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Nelly Edith Cardozo Munevar, Guillermo Zuluaga Giraldo en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. DOMICILIO Y VINCULACIÓN LABORAL DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS

El título III del Código Civil establece las normas relativas a la ordenación del testamento, definiéndolo en su artículo 1055 como "un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva".

Para su validez, la ley instituye ciertos requisitos de fondo y de forma, cuya omisión acarrea la nulidad absoluta de este, ya que puede estar afectado de vicios que atacan su esencia, como la falta de capacidad del testador; y otros vicios que atacan su forma, refiriéndose en este aspecto a solemnidades como la competencia del notario, el número y la idoneidad de los testigos, la firma del testamento cerrado, entre otras.

El artículo 1068 del Código Civil señala las inhabilidades para ser testigo de un testamento solemne:

Artículo 1068. No podrán ser testigos en un testamento solemne, otorgado en los territorios:

- 1) <Numeral derogado por el artículo 40. de la Ley 8a. de 1922>.
- 2) Los menores de dieciocho años.

- 3) Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia.
 - 4) Todos los que actualmente se hallaren privados de la razón.
 - 5) <Numeral inexequible> Los ciegos
 - 6) <Numeral inexequible> Los sordos
 - 7) <Numeral inexequible> Los mudos.
 - 8) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Los condenados a alguna de las penas designadas en el artículo 315, número 40, y en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos.
 - 9) Los amanuenses del notario que autorizare el testamento.
 - 10) Los extranjeros no domiciliados en el territorio.
 - 11) Las personas que no entienden el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1081.
 - 12) Los ascendientes, descendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, o segundo de afinidad del otorgante o del funcionario público que autorice el testamento.
 - 13) <Numeral modificado por el artículo 59 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:> El cónyuge del testador.
 - 14) Los dependientes o domésticos del testador, de su consorte, del funcionario que autorice el testamento y de las otras personas comprendidas en los números 12 y 17.
 - 15) Los que tengan con otro de los testigos el parentesco o las relaciones de que habla en los números 12 y 14.
 - 16) El sacerdote que haya sido el confesor habitual del testador, y el que haya confesado a éste en la última enfermedad.
 - 17) Los herederos y legatarios, y en general, todos aquéllos a quienes resulte un provecho directo del testamento.
- Dos, a lo menos, de los testigos deberán estar domiciliados en el lugar en que se otorga el testamento y uno, a lo menos, deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurran tres testigos, y dos cuando concurrieren cinco.

Frente al cumplimiento de estos y otros requisitos que deben rodear el testamento, el artículo 1083 de la misma normativa, subrogado por el Artículo 11 de la Ley 95 de 1890, establece que *"el testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno"*.

En este orden de ideas, la construcción de una la línea jurisprudencial sobre la nulidad del testamento solemne cuando se desconocen aspectos de forma en el instrumento por cuenta de los testigos testamentarios, ofrece un marco teórico integral de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. La presente línea se concentra en dos de los requisitos previstos en el artículo 1068 del Código Civil: el referente al vínculo laboral de los testigos testamentarios previsto en los numerales 9 y 14 (en conexión con los numerales 12 y 15), y el atinente al domicilio de los testigos previsto en el parágrafo segundo del mismo artículo. El hecho de tratar ambos aspectos en una misma línea no responde a una decisión caprichosa, sino al hecho mismo de que la Corte Suprema de Justicia ha dilucidado conjuntamente, en varias ocasiones, los efectos de la inobservancia de estos dos requisitos. Es en esa jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la que, al tratarse de uno o de ambos requisitos, se han defendido dos tesis opuestas: la que defiende la inhabilidad del testigo por incumplimiento de alguno de los mencionados requisitos, y con ello declara la nulidad absoluta del acto testamentario, y aquella que niega la inhabilidad del mismo y, en consecuencia, reconoce la validez del acto.

Del análisis jurisprudencial sobre el tema se esboza su importancia en razón a que se siguen presentando demandas de nulidad del testamento bajo los supuestos fácticos objeto del presente estudio. Esto, a pesar de que se ha concluido reiteradamente que tales circunstancias formales no son causales de nulidad, porque no afectan la esencia del acto testamentario, y que lo primordial es conservar el negocio jurídico garantizando el cumplimiento de la última voluntad del disponente.

Las providencias analizadas para esbozar la línea jurisprudencial resuelven recursos de casación relativos a la demanda de nulidad del testamento en razón a que este fue otorgado sin el lleno de los requisitos formales arriba mencionados, exigidos para los testigos testamentarios en el artículo 1068 del Código Civil.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿La inobservancia de las inhabilidades previstas en el artículo 1068 del Código Civil para los testigos instrumentales, respecto de la vinculación laboral y el domicilio de los mismos, afecta de nulidad absoluta el testamento solemne?

TESIS A

La inobservancia de dichos requisitos sí es causal de nulidad absoluta del acto testamentario.

TESIS B

El incumplimiento de dichos requisitos no es causal de nulidad del testamento.

CSJust Civil, 10-08-1914 C. Barco		
CSJust Civil, 18-03-1936 R. Hinestrosa		
	CSJust Civil, 14-03-1974 J. Esguerra	
		CSJust Civil, 24-06-1997 R. Romero
		CSJust Civil, 22-04-2002 J. Castillo
		CSJust Civil, 26-10-2004 J. Arrubla
		CSJust Civil, 13-10-2006 C. Valencia

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 Aplicación estricta y restricta de los requisitos para el testigo instrumental

Las sentencias que se han ocupado del análisis del tema que aquí se discute han enfocado su estudio interpretativo en la razón de ser de las exigencias de los requisitos formales de no dependencia laboral y del domicilio de los testigos testamentarios. En ese sentido, es posible extraer de las sentencias analizadas el problema jurídico que buscan resolver, concretándose este en la cuestión de si la inobservancia de dichos requisitos afecta de nulidad absoluta el testamento solemne.

Para resolver dicha cuestión, han surgido en la jurisprudencia dos tesis opuestas. La primera de ellas, sostiene que la exigencia de los mencionados requisitos en el artículo 1068 el Código Civil es de estricto cumplimiento, so pena de que el testamento adolezca de nulidad absoluta. Por su parte, la segunda tesis afirma que la omisión de requisitos no esenciales del testamento, como lo son los del vínculo laboral y el lugar de domicilio de los testigos instrumentales, no vicia de nulidad el negocio jurídico.

La primera sentencia presente en la línea³⁸ referente al tema defiende la tesis que propugna la aplicación estricta de lo dispuesto en el art. 1068 del Código Civil con respecto al domicilio de los testigos. En este caso, los demandantes pidieron declarar inexistente y nulo el testamento otorgado por el causante ante tres testigos y ante notario, sobre la base de que ninguno de los testigos era domiciliado en el lugar de domicilio del testador. En sede de casación, la Corte Suprema de Justicia casó el fallo proferido en segunda instancia, concluyendo que, habiéndose demostrado que dos de los testigos testamentarios trabajaban en el lugar de domicilio del causante pero no eran domiciliados en esa municipalidad, el testamento era nulo. La Corte fundamenta su afirmación en lo previsto en los artículos 1068, inciso segundo, y 1083 (subrogado por el artículo 11 de la Ley 95 de 1890) del Código Civil. En ese sentido, la Sala afirma que una cosa es que en el testamento se omita la

³⁸ CSJ Civil, 10/Ago./1914, C. Barco.

mención del domicilio de los testigos y otra es que no sean estos vecinos del lugar de otorgamiento. Además, que el Código exige terminantemente que dos de ellos, por lo menos, tengan su domicilio en ese lugar, con el fin de rodear el acto de mayores garantías de autenticidad, y no simplemente como lo entendió el Tribunal de segunda instancia, para que más tarde pueda establecerse la identidad de los testigos. Aduce que en el testamento ha podido omitirse el requisito de la mención de la vecindad de los testigos u otros de los que la Ley exige como, por ejemplo, la de consignar el nombre y apellido del notario en el testamento, sin que esto acarrease por sí solo la nulidad del acto. Pero si los testigos no reúnen las condiciones prescritas por la citada norma, lo mismo que si el notario no es competente por razón del lugar en que ha prestado su oficio, el acto cae indudablemente bajo la sanción de nulidad.

3.2 Aplicación moderada de los requisitos formales de los testigos

Un primer cambio en la tesis de la Sala se hace visible en sentencia proferida por la Corte en 1936.³⁹ En este caso, los demandantes solicitan que se declare la nulidad de un testamento por incumplimiento de lo previsto en los artículos 1083 (subrogado por el artículo 11 de la Ley 95 de 1890) y 1068 numeral 9º del Código Civil, referente a los amanuenses del notario, ya que uno de los testigos testamentarios era copista y escribiente de la notaría. A este respecto, la Sala argumenta que no puede confundirse al simple copista o escribiente con el empleado del notario ocupado en forma permanente por este y pagado en forma constante y la más de las veces, por no decir, siempre, a sueldo fijo, como es el caso del amanuense. Según la opinión de la Sala, de este último sí puede decirse que es un dependiente, cuyo testimonio puede peligrar en su completa veracidad en razón de la influencia posible de autoridad del notario, a que mira el legislador como causa de las referidas inhabilidades. Agrega que son el amanuense y el sirviente o doméstico del notario, más no el copista o el escribiente, los inhabilitados como testigos del testamento, razón por la cual, y al no ser este el caso a discusión en el presente litigio, no puede derivarse la inhabilidad del testigo, como tampoco la nulidad del testamento. De esta última aseveración de la Sala, en cuanto a que son el amanuense y el sirviente o doméstico del notario los inhabilitados como testigos instrumentales, se deduce que la posición de la misma, para esta época, aún defiende, aunque ya de manera moderada, la tesis de la aplicación estricta, si este fuere el caso, de lo previsto en el art. 1068 del Código Civil.

39 CSJ Civil, 18/Mar./1936, R. Hinestrosa, GJ: XLIII.

En sentencia del año 1974⁴⁰ debe decidir la Corte sobre la nulidad de un testamento en el cual, según aduce la parte demandante, uno de los testigos instrumentales que intervino en el otorgamiento de la escritura, dependía económicamente del testador, en su calidad de administrador y socio de un almacén de aquél. Al referirse al punto, encuentra demostrado la Corte que el mencionado testigo no trabajaba como dependiente del causante, sino que era su socio, hecho del cual considera que no se puede derivar la situación descrita en el numeral 14 del artículo 1068 del Código Civil, referido a la inhabilidad de los dependientes o domésticos del testador. No obstante, la Sala considera que, aún en el caso de que el testigo hubiese sido dependiente del testador, ello sólo habría producido la invalidez de una disposición a favor de aquél, y no la invalidez de todo el testamento. Recuerda para ello que el causante asignó la totalidad de sus bienes a su esposa. Con este argumento empieza la posición de la Corte Suprema de Justicia a desplazarse hacia la tesis que defiende la no aplicabilidad estricta de los requisitos del artículo 1068 del Código Civil, en tanto que condiciona la exigencia allí expuesta, referida a los dependientes o domésticos del testador, a que en el testamento no haya disposiciones que le favorezcan, caso en el cual sí debería tenerse como inhabil como testigo testamentario. Con esto, se atenúa la aplicación taxativa de las exigencias previstas en la mencionada norma.

3.3 La voluntad postrera por encima del cumplimiento de requisitos formales no esenciales

Años más tarde, la Corte muestra un desplazamiento radical en su posición con respecto a la tesis planteada en las primeras sentencias aquí expuestas. En una sentencia de 1997⁴¹, se pide en sede de casación la nulidad del testamento en razón de la inhabilidad de uno de los testigos testamentarios, por expresa prohibición del numeral 14 del artículo 1068, y el artículo 1083 del Código Civil. En la demanda se alega que el testigo era dependiente de la testadora, ya que se desempeñaba como coordinador de estudios en el colegio de propiedad de la causante, y que había un contrato laboral vigente entre el testigo y aquella al momento de otorgarse el testamento.

En esta sentencia la Corte, aún habiéndose probado la existencia de la relación laboral, niega la nulidad del acto testamentario arguyendo que

⁴⁰ CSJ Civil, 14/Mar./1974, J. Esguerra, GJ: CXLVIII.

⁴¹ CSJ Civil, 24/Jun./1997, e4605, R. Romero.

no basta que la inhabilidad para intervenir como testigo en un testamento se mida con la sola prueba de la subordinación jurídica que exista entre este y el testador, sino que es necesario determinar hasta qué punto dicha vinculación afecta la capacidad volitiva del dependiente, con fuerza suficiente para determinar la nulidad del respectivo testamento. Agrega que esta regla “*no se deteriora ni siquiera en presencia de una relación laboral, como acontece en el presente caso, pues aunque es indiscutible que la subordinación es de la esencia de relaciones de tal naturaleza, no puede afirmarse con la misma certeza que todo empleado sometido al régimen de subordinación es, en mérito de ese sólo hecho, dependiente de su empleador, pues si así lo fuere, todo empleado por la sola razón de serlo, sería inhábil para los efectos aquí investigados*”. Además, afirma la Sala, el citado numeral del artículo 1068 del Código Civil no contempla la inhabilidad del empleado, por ser tal, sino la del dependiente o doméstico, por cuanto la situación del trabajador frente a la del empleador, si bien trae consigo, por sí sola, la subordinación, no implica la dependencia o la sumisión, lo cual le permite ser testigo idóneo para intervenir en el otorgamiento del acto solemne del testamento realizado por su empleador.

Como fundamento del cambio de postura, la Corte argumenta en sus consideraciones que el testamento es un acto solemne, para el cual la ley fija y determina el modo de otorgarlo y sanciona sus defectos de fondo o de forma con nulidad. Sin embargo, dice, teniendo en cuenta que las nulidades previstas son de carácter taxativo, y que las consecuencias que acarrea la declaración de nulidad de un testamento son muy graves, tanto el legislador como la jurisprudencia se han venido orientando hacia un criterio de amplitud y han modificando el rigor de los antiguos principios existentes al respecto. Así, agrega, “*es casi por vía de excepción que se decreta la nulidad de un acto testamentario, porque en muchas ocasiones la voluntad y el querer del testador rectamente expresados, quedan sin eficacia y hasta burlados.*” De los argumentos expuestos por la Corte se deriva una nueva subregla que establece que el vínculo laboral no origina por sí mismo una situación de dependencia y sumisión tal que derive en la inhabilidad del trabajador para ser testigo instrumental en testamento solemne otorgado por el empleador causante.

En un siguiente fallo⁴², la Corte se pronuncia nuevamente en relación con el requisito del domicilio de los testigos instrumentales. Allí se

42 CSJ Civil, 22/Abr./2002, e6077, J. Castillo.

demanda la nulidad del testamento abierto otorgado por el causante por tener dos de los testigos un domicilio diferente al del causante, y por no haber conocido estos, según hechos probados, las disposiciones del testamento, ni haber presenciado la lectura del mismo. El Tribunal de segunda instancia, por su parte, niega la nulidad del acto testamentario, después de llegar a la conclusión de que no se desprendió vicio alguno derivado del domicilio de los testigos testamentarios y por no encontrar probada la causal alegada, en cuanto a que los testigos no presenciaron la lectura del mismo.

La Corte, en la exposición de los hechos, sólo se refiere brevemente a la posición del Tribunal con respecto al requisito del domicilio de los testigos, sin aludir posteriormente a ello en sus consideraciones, y dedica la mayor parte de su motivación para casar la sentencia de segunda instancia y a profundizar sobre la causal alegada referente a la omisión de la lectura en voz alta del acta testamentaria y la no presencia del testador a la vista de los testigos. Al respecto dice la Sala que *"la necesidad de que el testamento sea leído estando el testador a la vista de los testigos, está encaminada a que estos puedan establecer fehacientemente que las disposiciones que están escuchando corresponden realmente a la voluntad del testador, quien con su presencia en el acto, así lo corrobora. De modo, pues, que el cabal cumplimiento de la anotada exigencia les permitiría concluir, sin hesitación alguna, que el documento que se les está leyendo en verdad contiene los designios del otorgante para después de sus días."* No obstante la breve referencia que hace la Sala sobre la cuestión objeto de análisis en esta línea, esta permite establecer la posición de la misma sobre el tema. De ella se deduce, por tanto, que la ausencia de formalidades esenciales como la presencia de los testigos en el otorgamiento afecta de nulidad el acto testamentario, por el contrario, la formalidad exigida del domicilio de los testigos no afecta su validez.

Reforzando su posición respecto de la no aplicación estricta de los requisitos previstos en la citada norma del Código Civil, la Corte se pronuncia nuevamente sobre la materia en sentencia de 2004⁴³. En la demanda de nulidad del testamento objeto de esta acción se alega la inhabilidad de los testigos, ya que ninguno de los tres presentes al momento de otorgarse el acto tenía por domicilio el mismo lugar en que fue otorgada la memoria testamentaria. Con base en dichos hechos, en sentencia de primera instancia

43 CSJ Civil, 26/Oct./2004, eC-6867931840011999-0137-01, J. Arrubla.

se decretó la nulidad del acto, lo que fue corroborado por sentencia del tribunal de segunda instancia.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia casa la sentencia de segundo grado con base en los siguientes argumentos: En primer lugar, afirma que el requisito del domicilio de los testigos instrumentales en el otorgamiento del acto testamentario no es un presupuesto para determinar su capacidad, sino que busca asegurar su individualidad e identidad y, con ello, facilitar la prueba respecto de la validez del testamento, inclusive sobre el verdadero alcance de las disposiciones cuando estas sean ambiguas u oscuras. Agrega que, del hecho de que la ley exija que dos de los testigos testamentarios tengan su domicilio en el lugar del testamento, no se puede deducir que aquellos que tienen su domicilio en otro lugar estén inhabilitados para declarar, ya que si se autoriza a intervenir como tales tanto a los domiciliados, como a los no domiciliados, debe predicarse que todos son idóneos para ese propósito. En ese sentido, concluye la Corte, la prohibición prevista en el artículo 1068 del Código Civil, debe entenderse referida a quienes no pueden dar fe de las circunstancias que rodearon la confección del testamento, ya sea por motivos de incapacidad o fallas sensoriales notorias, o porque, a pesar de ser capaces, existen razones para dudar de su credibilidad, situación que se presenta en razón del interés, el parentesco y la profesión o estado de los testigos. De esta forma, mientras en el otorgamiento del testamento intervenga el número mínimo de testigos previsto por ley, el requisito del domicilio no debe ser tenido como una causal de inhabilidad para declarar.

En segundo lugar, manifiesta la Sala que, teniendo en cuenta los avances técnicos del mundo globalizado, los medios de transporte y de comunicación, el requisito del domicilio para los testigos testamentario ha perdido su razón de ser. Además considera que, debido a los constantes cambios de la sociedad, *“los formalismos exagerados que otrora se exigían han sido atenuados, en la medida en que no desconozcan los fines del legislador.”* En suma, al declarar la nulidad de la memoria testamentaria por causales tales como las expuestas en el presente caso, no sólo se desconoce el principio de conservación del negocio jurídico, sino que se violan las mismas disposiciones citadas, en tanto que estas, al establecer la presencia de testigos durante el otorgamiento del testamento, lo que pretenden es dar mayor certeza y credibilidad a la voluntad expresada por el testador, finalidad que de ninguna manera se

pone en entredicho por el hecho de tener los testigos domicilio distinto al del otorgamiento del testamento. De la argumentación expuesta por la Sala se establece una nueva subregla que determina que el requisito del domicilio de los testigos testamentarios no los inhabilita para cumplir su función, en tanto que la formalidad externa del testamento sobre que dos de tales testigos, a lo menos, tengan domicilio en el lugar en el que se otorga, ha perdido su utilidad práctica, razón por la cual no tiene la virtud de aniquilarlo.

En la sentencia más reciente sobre el tema⁴⁴, la Corte tuvo que decidir sobre la nulidad de un testamento del cual se alegaba su invalidez por no tener las testigos su domicilio en el mismo lugar en que este fue otorgado, y por ser una de ellas empleada del servicio doméstico y convivir bajo el mismo techo de la testadora. En primer término, la Corte hace hincapié en que el propósito del legislador al exigir la observancia de ciertas formalidades para el testamento, ha sido el de garantizar “la estabilidad, firmeza y cumplida ejecución de la última voluntad de quien decide disponer de sus bienes”. Por ello, agrega, y en orden a mantener razonablemente la voluntad postrera del testador, la doctrina jurisprudencial por ella proferida “viene propendiendo por atenuar la severidad de los antiguos principios atinentes a los requisitos formales, para dar cabida a conceptos más amplios que conduzcan a evitar la ineficacia y la burla de las manifestaciones expresadas por el disponente.” De acuerdo con ello, y en lo referente al requisito del domicilio cuestionado en este caso, la Corte reitera lo expuesto en su anterior fallo de 2004 en cuanto a que la trascendencia que tenía antes el domicilio de los testigos instrumentales no persiste actualmente, ya que era una exigencia tendiente ante todo a identificarlos o localizarlos cuando surgiera en un litigio la necesidad de ello, por lo que ahora no tiene razón de ser, debido a las facilidades que permiten los avances tecnológicos, de las comunicaciones y del transporte para lograr dichos objetivos.

En relación con el segundo cargo, tendiente a determinar la invalidez del acto por la condición de empleada doméstica de una de las testigos, confirma la posición del Tribunal de segunda instancia que, no obstante haber probado el vínculo laboral entre la testigo y la testadora, consideró que la subordinación laboral que aparecía establecida en este litigio respecto de la testigo testamentaria, no viciaba de nulidad el acto testamentario, ya que “no es esa la dependencia la que inhibe para ser testigo, sino el completo sometimiento

44 CSJ Civil, 13/Oct./2006, e41001-3110-001-2000-00512, C. Valencia.

o subordinación de una persona a otra, que se traduzca en un obedecimiento completo, a las órdenes de su amo”, sometimiento este que para nada se presentó en este caso, puesto que no se estableció que la relación laboral entre la testigo y la causante fuese de tal envergadura que su capacidad volitiva se encontrase afectada por ese grado de subordinación o dependencia laboral.

Concluye la Sala sobre este punto que el simple hecho de la subordinación laboral del testigo testamentario respecto del testador, de su consorte, del funcionario que autorice el testamento, así como de los ascendientes, descendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, o segundo de afinidad del otorgante o del funcionario público que autorice el testamento, y de los herederos y legatarios, y en general, todos aquellos a quienes resulte un provecho directo del testamento, según lo establecen los diferentes numerales del artículo 1068 del Código Civil, no es suficiente para configurar la inhabilidad allí prevista. Esta, afirma, sólo se configura cuando el testigo esté sujeto en grado sumo al sometimiento y subordinación patronal, a tal extremo que no le deje posibilidad de independencia y autodeterminación. En lo referente a la circunstancia de convivir la testigo en la misma vivienda que la testadora y a la alegada por los recurrentes en cuanto a tener aquella una escasa formación intelectual, medianamente cercana a la posibilidad de leer y escribir y, en particular, de saber y entender sobre materias tan delicadas como la de presenciar el otorgamiento de un testamento, la Corte concluye que no conducen inexorablemente a que, por ello, se configure “*el total y autómata sometimiento a la voluntad de su empleadora que la llevara hasta el extremo de testificar algo no acontecido realmente.*” De la exposición de la Corte se deduce una subregla que responde al problema jurídico aquí expuesto. Dicha subregla, según la cual la omisión de requisitos no esenciales de los testigos presentes en otorgamiento del mismo, no vicia el testamento de nulidad, corresponde a la tesis hoy dominante sobre la materia.

4. CONCLUSIONES

La interpretación de las prohibiciones previstas en el artículo 1068 del Código Civil con respecto a la vinculación laboral y al domicilio de los testigos instrumentales en el testamento ha suscitado dos posiciones en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La primera de ellas abogó por una aplicación estricta de los requisitos previstos por el legislador para dichos testigos, lo que significaba que el sólo incumplimiento de estos, ya fuera por que uno de los testigos tuviese un lugar de domicilio diferente al del otorgamiento del testamento, o que se demostrase una vinculación laboral de este con el testador o con alguna de las personas previstas por el artículo 1068 del Código Civil, conducía a la inhabilidad del testigo y, con ello, a la nulidad absoluta del acto testamentario, según lo establecido taxativamente en el artículo 1083 del mismo. El rigor de la aplicación de las normas en estos casos conllevaba dejar sin eficacia la voluntad del testador, aún en los supuestos en los que los elementos de fondo, la esencia del testamento, estuviesen intactos y fuesen inobjetables, acarreando graves consecuencias de frente al hecho de la imposibilidad del testador de tomar parte en el debate generado en torno al testamento.

Consciente de los graves efectos de la declaración de nulidad del testamento por el incumplimiento de dichos requisitos, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia fue cambiando el rigor de sus decisiones y de su interpretación de los textos normativos fundamento del problema jurídico que aquí se discute, pasando así a defender la segunda posición, según la cual, el incumplimiento de los requisitos referentes a la vinculación laboral y al domicilio no es causal de inhabilidad que derive en la nulidad del testamento.

De la lectura de las sentencias que conforman la línea y del análisis de las dos posiciones defendidas por la Corte en los diferentes momentos, se hace evidente que esta, ante todo, ha buscado conservar el propósito que tuvo el legislador para establecer los requisitos formales para los testigos testamentarios previstos en el artículo 1068 del Código Civil. Es así como la jurisprudencia de la Corte ha cambiado con el paso de los años, no en lo

referente a la interpretación de dicho propósito, sino en la adecuación de este a las circunstancias de cada época. En términos generales, el fin que persiguió el legislador al establecer los requisitos del artículo 1068 del Código Civil para el acto testamentario no es otro que el que la voluntad del testador no sea modificada, es decir, garantizar la autenticidad y certidumbre de las disposiciones que la conforman. Y esa es también la razón de ser de los requisitos específicos relacionados con los testigos testamentarios: dadas las especiales características del testamento, esto es, que se trata de un negocio en el que su único autor no puede acudir a la defensa, refrendación o impugnación de sus declaraciones, la presencia, durante su otorgamiento, de testigos capaces es trascendental, por cuanto, en caso de controversia sobre su validez o sobre su alcance, son ellos los llamados a declarar sobre el testamento.

Respecto de los dos requisitos específicos que se han venido tratando en este trabajo no queda más que concluir que la Corte Suprema de Justicia ha venido adaptándolos en su aplicación acorde con los avances de la sociedad y del derecho. En ese sentido, según la Corte, la exigencia de que los testigos testamentarios tengan por domicilio el mismo lugar de otorgamiento del acto, tuvo por objeto facilitar su identificación ya que, de no tener estos su domicilio en el lugar de otorgamiento del testamento, "podrían ausentarse antes de la apertura y publicación del testamento, y porque podría ser difícil hallarlos para que declarasen en caso de controversia sobre la validez del testamento".⁴⁵ La motivación del legislador, sin embargo, no iba dirigida a determinar la capacidad de los testigos, sino a "asegurar su individualidad e identidad y para facilitar la prueba, en caso de controversia, respecto de la validez del testamento, inclusive sobre el verdadero alcance de las disposiciones cuando sean ambiguas u oscuras".⁴⁶ Para la Corte, dicho requisito se justificaba para la época en la que se escribió el Código Civil, ya que los medios de transporte y de comunicación eran restringidos, "y porque con los dos testigos testamentarios en el lugar del testamento, cuya localización por lo tanto no era difícil, se hacía prueba."⁴⁷ Con los avances técnicos y tecnológicos, esta situación ha cambiado, razón por la que, en las sentencias más recientes, la Corte ha aceptado que dicho requisito debe ser atenuado, sin que de desconozcan los fines que tuvo el legislador originalmente. Así, después de

⁴⁵ Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo 4º, pp. 156 y 143, citado en CSJ Civil, 26/Oct./2004, eC-6867931840011999-0137-01, J. Arrubla.

⁴⁶ Ibíd.

⁴⁷ Ibíd.

haber sido rigurosa en la aplicación de este requisito, la Sala Civil ha pasado a sostener que, mientras se garantice la certeza y credibilidad de la voluntad del testador, el domicilio de los testigos testamentarios en la actualidad no juega ningún papel en la validez del testamento, ha perdido su razón de ser.

La prohibición de la vinculación laboral y a la inhabilidad que se genera por incumplimiento de dicho requisito, se justifican, según la Corte, en el interés del legislador de evitar todo fraude, alteración o desviación de la última voluntad del otorgante. Es por esta razón que la norma inhabilitó como testigos instrumentales a todas aquellas personas que, por sí mismas o por sus relaciones con las personas previstas en el artículo 1068, “puedan ser llevadas a callar o a no decir toda la verdad cuando se contienda sobre el modo de otorgarse un testamento dado o sobre tal o cual detalle ocurrido como motivo de su otorgamiento”⁴⁸. En aras de conservar el propósito del legislador al establecer el requisito de la no vinculación laboral como dependiente o doméstico, la Corte sostiene en la actualidad que no basta con demostrar que entre el testigo y alguna de las personas mencionadas en la norma existe una subordinación laboral para que se configure la inhabilidad, sino que es necesario establecer que el testigo está “sujeto en grado sumo al sometimiento y subordinación patronal, a tal extremo que no le deje posibilidad de independencia y autodeterminación”.⁴⁹ Para la Corte es claro que la subordinación es de la esencia de las relaciones de naturaleza laboral, pero no considera que todo individuo sometido a este régimen de subordinación es, “en mérito de ese sólo hecho, dependiente de su empleador, pues si así lo fuere, todo empleado por la sola razón de serlo, sería inhábil para los efectos aquí investigados”⁵⁰. Para la Corte, dichas consideraciones son en la actualidad de singular importancia, por cuanto “la legislación laboral imperante en el país desde hace algo más de medio siglo, ha venido procurando, además de sus fines de higiene social, por asegurar la independencia económica y moral del trabajador, sin desmedro de las exigencias laborales de la empleada, sustrayendo de la influencia excesiva del empleador aquellas condiciones de vida que se reputan sustanciales para la dignidad humana del trabajador.”

De lo anteriormente expuesto puede concluirse, tal como lo ha aseverado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que los requisitos previstos en el artículo 1068 del Código Civil puestos a discusión en la presente

48 CSJ Civil, 24/Jun./1997, e4605, R. Romero.

49 CSJ Civil, 13/Oct./2006, e41001-3110-001-2000-00512, C. Valencia.

50 CSJ Civil, 24/Jun./1997, e4605, R. Romero.

línea jurisprudencial, no son causales de inhabilidad de los testigos, y por ello, tampoco de nulidad, ya que, por un lado, no afectan la esencia del acto testamentario y, por otro lado, lo fundamental es preservar el negocio jurídico y garantizar el cumplimiento de la última voluntad del otorgante.

La Corte en uno y otro punto, ha fundamentado su cambio jurisprudencial y justificado su argumentación en los cambios sociales, técnicos y tecnológicos que han derivado indefectiblemente en cambios jurídicos. Las normas a las que se refieren las sentencias aquí presentadas tuvieron en su momento una finalidad que hoy persiste, y que sigue siendo la de garantizar la independencia y espontaneidad del testador, y conservar en forma íntegra y fidedigna su última voluntad. Pero la sociedad actual difiere mucho de la existente en la época en la que se redactaron dichas normas por lo que, para finalizar, cabe preguntar, si su texto, tal y como fue escrito en ese momento y sigue escrito hoy, sigue estando vigente.

VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DE ADN EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Jesús Antonio Barrera Torres, José Ricardo Buitrago Fernández, Manuel Antonio Flechas Rodríguez, Julián Garcés Giraldo, Claudia Consuelo García Reyes, Ana Isabel Guevara Ordóñez, Alexandra Hernández Hurtado, Diego Luis Hernández Trujillo, Viviana Mercedes Mora Verbel, Sandra Milena Muñoz Bastidas, Carlos Ernesto Olarte Mateus, Jaime Alberto Pulido Alayón, Juan Fernando Rangel Torres, Liliana Rodríguez Ramírez, Adriana del Pilar Rodríguez Rodríguez, Edgar Gerardo Romo Lucero, Hermes Libardo Rosero Muñoz, Mayuris Sánchez Romero, Orlando Tello Hernández, Franklin Ignacio Torres Cabrera, Luz Esperanza Zambrano Guzmán en el marco del “IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009”

1 LO QUE DICE LA LEY, LO QUE ● INTERPRETA LA JURISPRUDENCIA.

Cabe recordar que desde la entrada en vigor de la Ley 75 de 1968 la prueba científica de filiación hace parte de la legislación colombiana. En su artículo 7º establecía la Ley:

“En todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredobiológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antropoheredobiológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia.

La renuencia de los interesados a la práctica de tales, exámenes, será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias.”

Con ella, pues, se autorizó la realización del examen científico⁵¹ para determinar la filiación de una persona dentro de un proceso judicial. En un

⁵¹ La prueba antropoheredobiológica o antropomorfológica “utiliza caracteres hereditarios fundados en anomalías congénitas y patológicas transmisibles, y en la conformación

principio, no obstante, hubo cierta renuencia de los jueces no sólo a que se practicara tal prueba, sino también a aceptar sus resultados. Incluso, en algunos casos llegó argüirse para no decretarla dentro del proceso, que, conforme a la Ley, si no eran las partes quienes la solicitaban, podía el juez abstenerse de incorporarla por cuanto no se trataba de un imperativo mandato legal, sino simplemente de una potestad, con amplio margen de discrecionalidad para el funcionario judicial. En respuesta a esta situación, la Corte Suprema de Justicia se encargó, por vía jurisprudencial, de establecer dicha disposición como una "*potestad-deber*", lo que significaba la necesaria práctica de la prueba en los procesos de filiación. Posteriormente, esta postura sería adoptada por la Ley 721 de 2001, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de la persona a conocer quiénes son sus progenitores, y así zanjar las discusiones que en torno a la obligatoriedad de su práctica se habían generado en el campo jurídico.⁵²

Es así como la Ley 721 de 2001, modificando la Ley 75 de 1968, cambia no sólo el sistema de presunciones aplicable hasta el momento, sino también la prueba admisible en los procesos, pasando de la prueba antropoheredobiológica a la prueba de ADN. Esta dispuso en lo referente a la prueba científica:

"Artículo 1º. En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%".

[...]

Parágrafo 2º. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.

Artículo 3º. Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente."

físicas, fisiológicas e intelectuales". CConst. T-1342/01, A. Tafur.

52 CConst, C-476/05, A. Beltrán

Son estos preceptos en torno a los cuales gira la discusión que aborda esta línea jurisprudencial, concretamente en torno al valor irrefutable que aparentemente se había dado por el legislador a la prueba científica de ADN. Teniendo en cuenta los avances científicos y su complejidad, la valoración de la prueba de ADN reviste una gran dificultad para los jueces y juezas, no sólo porque implica manejar un conocimiento al menos básico sobre los fundamentos científicos que informan la misma, sino además, porque dicha valoración requiere conocimiento y manejo de las reglas que gobiernan la producción de la pericia para llegar a la atribución del valor que se le debe dar en el proceso.⁵³ En efecto, su valoración desde el punto de vista técnico reviste dificultad, pero esta se traslada también al plano jurídico, por cuanto no existe consenso en cuanto a la confiabilidad de la prueba científica y menos en cuanto su infalibilidad, aspectos que tienden a confundirse, así como tampoco existe unicidad de criterios sobre el hecho de que deba estimarse como prueba única, autónoma y suficiente, es decir determinante *per se* de la filiación, o si, por el contrario, se requiere que su apreciación se surta en conjunto con los demás medios de prueba que obren en el proceso.

El tema de la valoración de la prueba científica en el proceso reviste, pues, total importancia, ya que a través de la determinación de la filiación de una persona respecto de sus progenitores se garantiza no sólo el derecho a conocer su verdadera procedencia, sino también otros derechos de carácter constitucional y legal que están directamente enlazados con el mismo. Así, por ejemplo, el derecho al nombre, a la personalidad jurídica, al estado civil, a la familia y la dignidad misma. Del criterio para la valoración de la prueba científica en los procesos de filiación, depende entonces, en gran medida, la determinación de aquella y los derechos fundamentales que con ella se garantizan. En resumen, de la argumentación y criterio jurídico que posea el juez o la jueza para dar valor probatorio al examen científico pende el reconocimiento de derechos fundamentales de la persona que pretende que se reconozca su procedencia biológica.

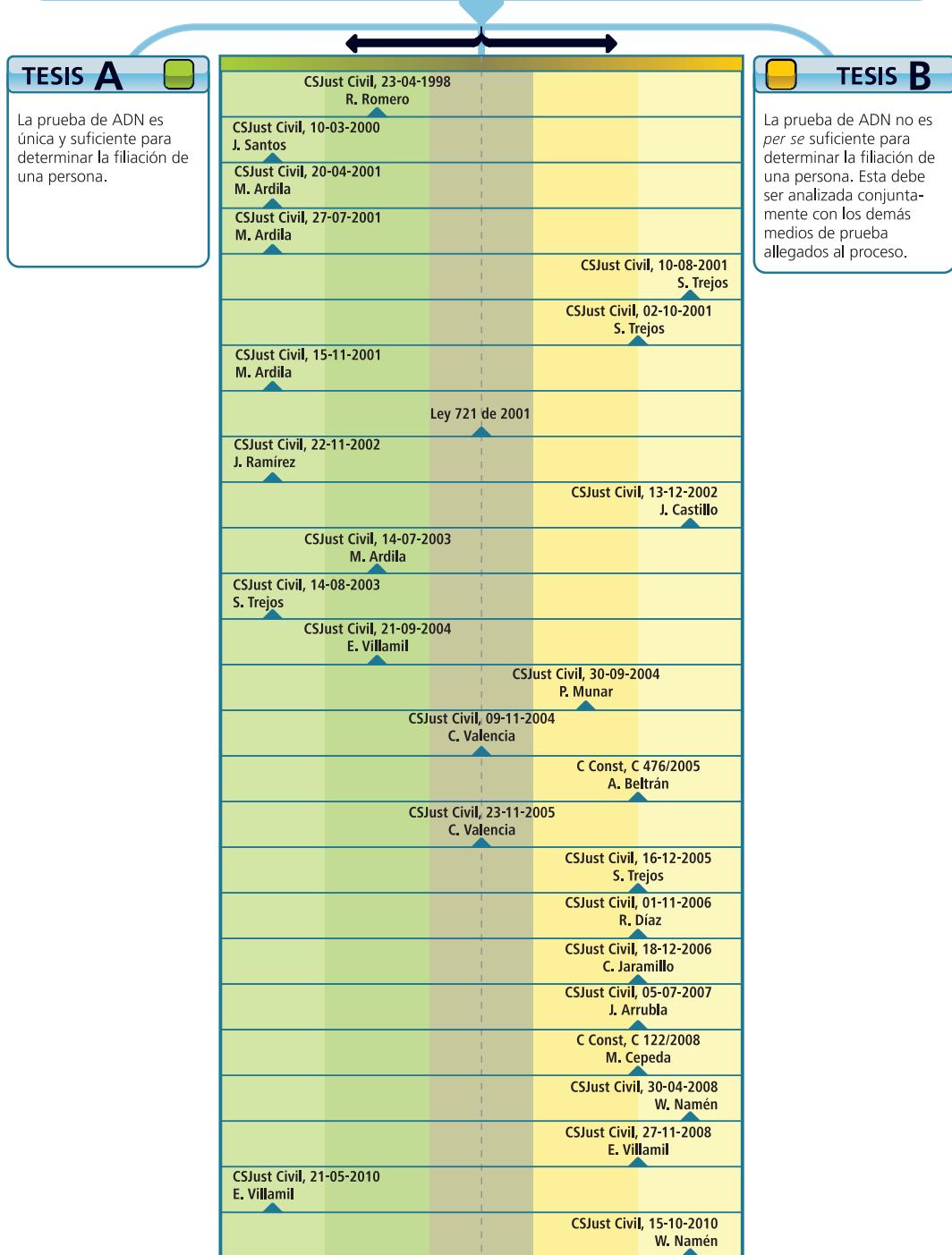
En razón de lo anterior, es oportuno analizar las posiciones que ha asumido la Corte Suprema de Justicia sobre la forma como debe apreciarse

53 Sobre la prueba de ADN, los conceptos y técnicas a ella relacionados y su valoración dentro del proceso, véase: Paredes López, Manuel; Puentes, Orlando Enrique; Vargas Ávila, Rodrigo Ernesto. La Prueba Genética en el Sistema Judicial Colombiano. Documento de Trabajo. Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: Unibiblos, 2008.

la prueba de ADN. En ese sentido, la Sala Civil de la Corte ha expuesto en su jurisprudencia dos tesis opuestas, con posiciones intermedias, para responder al problema jurídico que aquí se plantea, esto es, cuál es el valor probatorio de la prueba científica en los procesos que versan sobre acciones de reclamación de la filiación, así: la primera de ellas le otorga valor absoluto a la prueba, es decir, la establece como única y suficiente para determinar la filiación de una persona; la segunda le otorga valor relativo, por cuanto esta no es, *per se*, suficiente para determinar la filiación de una persona, sino que debe ser valorada en conjunto con los demás medios de prueba allegados al proceso.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Es la prueba científica de ADN medio de prueba único y excluyente para determinar la filiación?



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 La ciencia sobre la experiencia

Del poder persuasivo de la ciencia y de su carácter de indiscutible frente a una argumentación jurídica dan muestra las primeras sentencias referentes al tema presentes en la reconstrucción de la línea.

En la primera de ellas⁵⁴, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia debió resolver en casación sobre la decisión de un Tribunal de segunda instancia dictada en proceso de investigación de paternidad extramatrimonial que resultó desestimatoria de la paternidad basándose únicamente en la valoración de la prueba testimonial. La Corte no casó la sentencia de segundo grado argumentando que en la valoración testimonial no se cometió error. No obstante ello, y en referencia a la afirmación hecha por el Tribunal sobre la poca importancia de la prueba pericial⁵⁵, la Sala expresó en sus últimas líneas su oposición al desprecio que planteó el Tribunal por la prueba científica y recalcó, respecto del aporte científico en la indagación sobre asuntos relativos a la procreación humana, que dicho aporte “*tanto más es forzoso en la actualidad, cuando el avance de la ciencia en materia de genética es sencillamente sorprendente, contándose ahora con herramientas que a juicio de doctos contienen un indiscutible rigor científico, al extremo de que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayano en la seguridad.*” Sin formar parte esta breve acotación del argumento central de la decisión de la Sala, se convirtió en el fundamento de la primera tesis que defenderá la Corte en posteriores sentencias y que le otorga a la prueba científica un valor absoluto para determinar la filiación.

Así, en sentencia de casación del año 2000⁵⁶, se pide a la Sala que case la sentencia de segunda instancia proferida en un proceso de filiación natural

54 CSJ Civil, 23/Abr./1998, e5014, R. Romero

55 En el resumen de la sentencia recurrida, la Corte cita, en lo referente, al Tribunal de segunda instancia: “Quede por demás en claro y a propósito de probabilidades que la peritación de los forenses nada refuerza ni mucho menos concluye en el evento de marras, y que la inacreditada existencia de trato carnal entre las partes hacia el lapso de procreación, torna innecesario cualquier estimativo acerca del endilgado paralelismo sexual de la actora en el mismo período”.

56 CSJ Civil, 10/Mar./2000, e6188, J. Santos.

mediante la cual se declaró al demandado padre extramatrimonial de una menor. La decisión de segundo grado había declarado la paternidad del demandado con base en dos pruebas genéticas que arrojaron un grado de posibilidad de la paternidad del 95% y pruebas testimoniales que demostraban la presunción de relaciones sexuales, no obstante haberse allegado al proceso una tercera prueba científica que concluyó la posibilidad de paternidad de un tercero, testigo y sobrino del demandado, respecto de la menor en un porcentaje superior al 99%. Dicho examen no fue apreciado por el fallador de segunda instancia por cuanto, según manifestó, no era procedente ordenar su práctica, tal como lo hizo el a quo, "dado que 'la presunción de paternidad sólo puede ser enervada a través de una debida alegación y demostración de la exceptio plurium constupratorum, o de la excepción de la incapacidad para generar', por lo que tal examen [...] de suyo no puede constituir plena prueba que contrarreste o enerve la paternidad aquí declarada ni prueba las relaciones sexuales [...] con el testigo, sobre todo cuando su testimonio se desechará mediante la correspondiente crítica".

De frente a un tercer dictamen pericial no valorado por el juez de segunda instancia y que concluía la posible paternidad de un tercero respecto de la menor con mayor probabilidad que la del demandado, la Corte casó la sentencia por error de hecho en la valoración de la prueba y, antes de dictar el fallo sustitutivo, ordenó la práctica de un nuevo dictamen genético a todas las personas involucradas en el caso. A pesar de verse confrontada la Corte con los resultados de dos pruebas genéticas que demuestran alta probabilidad de paternidad en dos hombres diferentes, lo que de por sí evidencia sus posibles fallas, la Sala afirma en su argumentación la gran importancia de la prueba genética, hasta el punto de darle mayor valor probatorio que a los demás medios de prueba. Esto lo fundamentada en el hecho de que "el dictamen pericial hoy no sólo permite excluir sino incluir con grado cercano a la certeza absoluta, a quien es demandado como padre presunto", y pasa a comparar, por no decir que a enfrentar, los avances de la ciencia con "*la escueta, estática y quizá rígida formulación legal, basada sólo en presunciones, en reglas de la experiencia (y no de la ciencia) consagradas en la ley positiva*". No obstante lo anterior, admite que el juez debe basarse en ambas fuentes de conocimiento, la de la experiencia y la de la ciencia, pero insiste al decir que la ciencia actual "*le presta tal apoyo a su veredicto, que se constituye en pilar de su sentencia*." Más adelante en su argumentación, y en un intento por moderar su posición sobre la valoración que debe dársele a los demás medios probatorios, agrega que no se trata de descartar de un tajo las

pruebas testimoniales o documentales que dan muestra del trato íntimo de dos personas, sino de resaltar, con la altura exacta a la que llega hoy la ciencia, que no pueden desoírse los avances de la misma, no obstante no estar estos recogidos en la ley. Pero continúa la Sala su acérrima defensa al aseverar que hoy se impone “la declaración de ciencia frente a la reconstrucción histórica, salvo que aquella no sea posible obtener” y sugiere a los jueces, reconociendo la delicada función que tienen de declarar la paternidad o negarla, darle a las pruebas indirectas, debido a la imperfección que les es propia, apenas una importancia discreta, ya que no tienen el peso probatorio de las pruebas biológicas.

La tesis aquí expuesta por la Corte Suprema de Justicia fue reiterada en posteriores sentencias, sumándose en algunas de ellas contundentes afirmaciones que refuerzan sobradamente la valoración absoluta que en su momento le fue otorgada a la prueba científica. Esto se hace palpable, por ejemplo, en una ocasión en la que se alegaba la interpretación errónea del ordinal 4º del artículo 6º de la ley 75 de 1968 que, sobre la existencia de las relaciones sexuales, dice que “*dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad*”, por cuanto, según el recurrente, en el proceso se habían tenido en cuenta otros medios de prueba contrariando la ley, ya que dichas relaciones sexuales “únicamente” pueden inferirse del trato personal y social habido entre la madre y el presunto padre. Ante esto, respondió la Corte⁵⁷ que, efectivamente, el legislador, partiendo de la dificultad de probar la cópula, indicó en la Ley 75 de 1968, que esta bien podía colegirse del signo revelador hallado en el trato social y personal de la pareja, pero que esto no podía ser interpretado con el criterio restrictivo que propuso el recurrente, por cuanto no es cierto lo de la prueba única o tarifada de las relaciones sexuales y que, por ende, lo del trato social y personal de la pareja es apenas un camino para llegar a ella. Subraya, además, que “cabe admitir que no habría base jurídica para descartar la prueba genética con ese fin”, ya que su poder persuasivo “es sencillamente sorprendente”. Para cerrar este argumento la Corte concluye que “*se ha llegado, pues, al punto en que el problema no es el de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella, de manera que, en cualquier caso, quienquiera desvirtuar esa alta dosis demostrativa, que lo acredite.*”⁵⁸ En decisión ulterior asevera la Corte que, “si practicados los exámenes, científicamente

57 CSJ Civil, 15/Nov./2001, e6715, M. Ardila.

58 Ibid.

se determina, con un índice de probabilidad de la paternidad superior al 99.99%, esto sería suficiente, sin lugar a evacuar otras pruebas, para tener por establecidos los hechos de la presunción”⁵⁹, reiterando con ello que las pruebas indirectas allegadas al proceso pierden toda importancia, siendo la prueba genética única y suficiente para determinar la paternidad en proceso de filiación.

3.2 Importancia de la prueba científica en concurrencia con otros medios probatorios

La tesis contraria a la que hasta el momento se ha expuesto, que considera que la prueba científica no es determinante *per se* de la paternidad y debe ser valorada en concurrencia con los demás medios de prueba, no tarda en aparecer en línea jurisprudencial.

En un fallo del año 2001⁶⁰, se le pide a la Corte que case la decisión del Tribunal de segunda instancia, la cual había revocado la sentencia estimatoria dictada en primera instancia y declarado la paternidad del demandado. El Tribunal argumentó su decisión sobre la base de que la valoración integral y armónica de los testimonios recibidos no habían aportado elemento de convicción que acreditase plenamente el tratamiento sexual entre la madre y el presunto padre, y sólo se estableció un indicio derivado de la prueba pericial, que indicó una compatibilidad genética correspondiente a la de comparación de grupos sanguíneos, respecto de la cual subrayó que carecía en sí misma de eficacia exclusiva para dar paso a las pretensiones de la demanda. La Corte no casó la sentencia de segundo grado, corroborando así la argumentación del Tribunal y, adicionalmente, aclaró que la diversidad de sistemas científicos que se aplicaban en ese momento en el país no permitía que su efecto fuese igual en todas las investigaciones de paternidad, y que el grado de convicción que podía aportarle al juez cada uno de dichos sistemas difería de uno a otro. Finalmente, la Sala sugiere que, hasta tanto “*el dictamen no esté fundado en el sistema más avanzado científicamente, su análisis con el resto del material probatorio es una conducta ineludible para que la sentencia esté exenta de error.*”

La tesis que le niega valor absoluto a la prueba científica fue reiterada, aun cuando de una forma moderada, en una sentencia inmediatamente

59 CSJ Civil, 15/Nov./2001, e6715, M. Ardila.

60 CSJ Civil, 10/Ago./2001, e6898, S. Trejos.

posterior. En esta⁶¹, a pesar de que la Corte no manifiesta de forma tan tajante que el análisis del conjunto probatorio es inevitable para el juez y reconoce que la prueba genética “juega un papel determinante en la formación del convencimiento”, esto sólo sucede “en la medida en que concurre con otros medios probatorios a fortalecer las conclusiones que se reflejan en el fallo respectivo”.

No obstante, volvería a su posición más extrema, inclusive restándole gran parte de su valor a la pericia científica, en una sentencia⁶² en la que llegó a sostener que aquella, por sí sola, no es suficiente para una declaración de paternidad y que su mérito persuasivo es bastante endebil. Fundamenta esto refiriéndose a los exámenes allegados al proceso y sobre ellos expresa, por un lado, que el examen somático sistemático sólo “permite descubrir en el padre y en el niño rasgos comunes, detalles morfológicos superponibles” por lo que “el método no proporciona más que elementos de probabilidad”, y, por otro lado, respecto del análisis de grupos sanguíneos que, con este examen, es posible excluir cierto número de filiaciones, mas no “afirmar una filiación determinada, puesto que se trata de una herencia de grupo”. Con base en esto concluye que, teniendo en cuenta las características de la prueba genética, “no es suficiente que ella hubiese dado un resultado positivo, para fulminar per se, el litigio con sentencia estimatoria de las pretensiones del actor, esto es, sin la existencia de otros medios que respalden sin equívocos la filiación disputada, pues es palpable que la experticia aquí practicada, sólo concluye que la paternidad ‘es compatible’, aseveración que si bien no la descarta, tampoco la atribuye”. Ante esta afirmación aclara, sin embargo, que “los avances de la ciencia genética han puesto hoy al servicio de las causas de investigación de la paternidad, pruebas que [...] arrojan un altísimo grado de certidumbre”, en tanto determinan caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos, e intelectuales transmisibles, pero, agrega, las pruebas realizadas en el presente caso, es decir, la prueba sanguínea, no hace parte de ellas.

Tanto la tesis más extrema expuesta en este apartado, como su forma modera, serán, como se verá más adelante, reiteradas en diferentes ocasiones, coincidiendo incluso temporalmente con decisiones que defienden la tesis radicalmente opuesta, lo que hará manifiesta la tensión existente entre los dos polos defendidos dentro de la Corte.

61 CSJ Civil, 2/Oct./2001, e6964, S. Trejos.

62 CSJ Civil, 13/Dic./2002, e6426, J. Castillo.

3.3 Tensión entre el valor absoluto de la ciencia y la armonía del elenco probatorio

No pasaría mucho tiempo hasta que la misma Corte empezara definitivamente a moderar, aun cuando fuese de manera leve, la tajante posición que había expuesto reiteradamente en un principio, que otorgaba valor absoluto a la prueba científica dentro del proceso. Pareciera comenzar a vislumbrarse aquí un lento aprendizaje social, y por qué no, también jurídico, surgido de las ambivalencias que trae consigo el peritaje científico, reconociendo entonces sus posibles deficiencias y aceptando, gracias a esto, la necesidad de mitigar su poder probatorio y de considerarlo de manera concomitante con los demás medios probatorios.

En una sentencia del año 2003⁶³, en la cual se reitera la tesis hasta ahora sostenida, haciendo eco de algunos párrafos de sentencias anteriores, la Sala abre un resquicio de entrada a las pruebas indirectas, antes despreciadas ante la presencia de la prueba genética. En este fallo, que actuó como sentencia sustitutiva de la de segundo grado, ante una prueba de ADN que arrojó un resultado del 99.999%, persiste la Sala en otorgarle la máxima consideración dentro del proceso. Afirma, entre otros, que dicha pericia, con su resultado demostrativo de la paternidad alegada, constituye soporte principal de la decisión, básicamente, por cuanto torna completamente verosímil la afirmada relación paterno filial. A pesar de ello, más adelante en su argumentación, le cede paso al restante acervo probatorio concluyendo que el resultado de la mencionada prueba “*no es probanza que obre sola en este caso en pos de corroborar la paternidad materia de averiguación; otras hay en verdad que contribuyen al despacho favorable de esa súplica del actor, y son precisamente aquellas que en su momento resultaron insuficientes o fueron tildadas de inocuas, como en efecto lo son por sí solas, para acreditar el contacto carnal habido*”. Lo anterior es confirmado un párrafo más adelante al decir que dichos elementos de juicio, sumados a la conducta procesal del demandado y al resultado de la pericia, permiten inferir fundadamente el ayuntamiento entre la madre y el padre, tras lo cual concluye que suficiente es el análisis de aquellos, para “*establecer cómo ese caudal demostrativo enlaza armoniosamente con el resultado del dictamen*”.

Esta posición ligeramente moderada vendría a reiterarse también con ocasión de fallos posteriores. En el mismo sentido se pronunció la

63 CSJ Civil, 14/Jul./2003, e6894, M. Ardila.

Sala un año después⁶⁴, en un proceso de filiación donde obró prueba genética con un resultado de probabilidad del 99,85%. Al pronunciarse, la Corte hace nuevamente referencia a decisiones anteriores que reconocen el valor máximo de la prueba de ADN aludiendo incluso a que, en este caso, “*la prueba científica determinó ineluctablemente la compatibilidad, la que no es fruto de algún sortilegio sino de las averiguadas relaciones sexuales, pues el resultado de la pericia señaló de manera rotunda la probabilidad de paternidad, la que sólo se explicaría razonablemente por el acceso carnal alegado como soporte de las pretensiones*”. Y agrega más adelante que la contundencia de la prueba científica dentro del compendio probatorio dio una perspectiva diferente a la valoración de la prueba testimonial, “pues otorgó armonía al elenco probatorio y permitió liar los elementos de convicción que fundaron la decisión adoptada.”

De forma indirecta pero concluyente, en una sentencia proferida pocos días después de la anteriormente expuesta⁶⁵, la Corte empieza a dirigir su posición en dirección contraria a la tesis que defendía el valor absoluto de la prueba genética. En este caso, dentro del cual obra una prueba científica que dictaminó una inclusión del 99,96% de probabilidad, el demandado en proceso de filiación y recurrente en sede de casación, acusa la sentencia de segunda instancia de ser violatoria, entre otras, del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas testimoniales y científicas tenidas en cuenta dentro del proceso. En la descripción de la sentencia recurrida, se remite la Sala a algunos fragmentos de la misma, siendo de interés en este punto la afirmación hecha por el Tribunal de segunda instancia según la cual “*es sabido que el resultado de inclusión solo arroja, según el avance científico, una probabilidad en menor o mayor porcentaje que desde luego por sí solo no conduce a la certeza absoluta, como sí acontece cuando el dictamen es excluyente, siendo esta la razón por la cual se requiere del auxilio de otras probanzas que conduzcan a demostrar la paternidad extramatrimonial, como aquí acontece*”. Más adelante, y sin hacer referencia expresa a dicha afirmación del Tribunal, la Corte sostiene, por un lado, y en referencia a las pruebas indirectas, que la estimación que de las testificaciones hizo el Tribunal no puede tildarse de ostensiblemente equívoca, ya que “*colegir de ellas el trato íntimo entre la pareja no constituye una inferencia irrazonable o contraria a la evidencia de dichas probanzas*”, y, por otro lado, que la calificación que el sentenciador le conceda a

64 CSJ Civil, 21/Sep./2004, e85230-3189-001-1998-0316-01, E. Villamil.

65 CSJ Civil, 30/Sep./2004, e7762, P. Munar.

la prueba por indicios “en cuanto a la gravedad, precisión, conexidad, pluralidad y relación con otras pruebas, representa una labor cumplida en el ámbito de su ponderada autonomía, criterio que se mantiene intocable en casación mientras en el ataque no se demuestre contraevidencia”. De lo anterior se deduce, de forma indirecta, que la Corte se ha apartado de su radical expresión, en cuanto a que la prueba científica es única y suficiente, abriendo el espacio para que las demás pruebas allegadas al proceso, en este caso las testimoniales, hagan parte del acervo probatorio a valorar, en aras de determinar la filiación de una persona. La Sala, quizás, con este fallo empieza a ser consciente de que un 99,96% no es un 100%, es decir, que no obstante su alto grado de confiabilidad, este porcentaje no deja de ser una probabilidad.

La tensión entre una tesis y otra se mantiene en sentencias posteriores, en las que, sin mencionarse explícitamente la necesidad de valorar todo el conjunto probatorio, empieza a dársele importancia a las demás pruebas allegadas al proceso diferentes a la prueba de ADN. Este es el caso de la siguiente sentencia presente en la línea donde, si bien la Corte es cuidadosa en indicar que se valora en conjunto con las otras pruebas obrantes en el expediente, queda claro que es la prueba científica con base en la cual, en esencia, se adopta la decisión, precisando que la prueba pericial le da una nueva perspectiva al material probatorio. En el presente caso⁶⁶, se ordenó en casación la práctica de la prueba genética que arrojó un resultado de 99,9999% de probabilidad de paternidad. Ante esto, la Sala reitera su doctrina con respecto al altísimo valor demostrativo que han adquirido las pruebas científicas dentro de los procesos de la filiación. Así, tras el análisis de los resultados de la prueba, concluye que, sin hesitación ninguna, el categórico resultado de la prueba genética, “*cuya solidez y precisión emerge palpablemente de las mismas condiciones en que se realizó, está llamado a obrar como pilar básico y esencial del buen suceso de la declaración depreizada.*” Agrega, no obstante, y apoyándose también en sentencias anteriores que tendieron en su momento a una posición más moderada, que el nivel de confianza que inspira el convincente examen genético dan a la prueba testimonial una perspectiva diferente, ya que dichas pruebas, por sí solas inocuas, vienen a refrendar el resultado de la pericia. Después de esto, entra a analizar los testimonios allegados frente a los cuales infiere que, de manera aislada, ninguno de estos logra demostrar el trato personal y social entre la madre y el presunto padre que permitan deducir la ocurrencia de relaciones sexuales entre aquellos,

66 CSJ Civil, 9/Nov./2004, e6943, C. Valencia.

pero en conjunto dichos testimonios aportan parámetros de convicción que coinciden con el resultado del dictamen pericial para determinar el contacto íntimo. Respecto de la prueba testimonial, termina su argumento remitiéndose a su propia doctrina, según la cual “*bien podría decirse que este cotidiano detalle colma en buena medida la muy humana necesidad de averiguar el ‘de dónde’ ese tan contundente resultado de la prueba genética que se viene resaltando. - Es que la ocasión la hubo* - (sentencia de 20 de abril de 2001, [...]).” La Corte, finalmente, revoca el fallo de instancia, “*habida cuenta que con la apreciación conjunta e integral de los diversos elementos acopiados, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, se tiene por establecida la causal de paternidad invocada*”.

3.1 Ni completa, ni absoluta, ni constituyente de tarifa legal

De frente a la posición de la Corte Suprema de Justicia, que en la mayoría de los casos expuestos hasta este momento se ha mostrado defensora de la tesis que otorga valor absoluto a la prueba de ADN, se hace presente en la línea que aquí nos ocupa un giro radical en el criterio de valoración respecto de la mencionada prueba, expuesto ya no por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sino por la Corte Constitucional en una sentencia de constitucionalidad⁶⁷. Se trata aquí de la Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 y 8 (parcial) de la Ley 721 de 2001. Cabe aclarar aquí que, para el tema sobre el cual versa esta línea jurisprudencial, la norma que resulta de interés es el artículo 3º de la Ley 721 de 2001. Dicen la norma demandada:

Artículo 3º. Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.

El demandante sustenta su acusación manifestando que, conforme a la norma acusada, en los procesos de filiación “se le impone al juez el proferimiento del fallo ‘*con base exclusiva*’ en la prueba de ADN, que se torna así en ‘*única e incontrovertible*’, lo que significa que nos encontramos ante ‘*un peritazgo elevado a la categoría de sentencia*’, es decir, ante una situación de tal gravedad que desplaza al juez ‘*por un auxiliar de la justicia*’”. Finalmente señala que “*la prueba de ADN consagrada como una prueba única e incuestionable, viola*

67 CConst, C-476/05, A. Beltrán

el debido proceso (art. 29 de la C.P), las funciones judiciales en cabeza de los jueces (art. 116 C.P), la autonomía e independencia de la administración de justicia (art. 228 C.P), y los derechos fundamentales prevalentes de los niños (art. 44 C.P)".

Tras el análisis de la norma demandada, la Corte Constitucional concluye que esta no vulnera la Constitución, por lo cual la declara exequible. Como fundamento de su decisión, se basa en los siguientes argumentos: en primer lugar, La Ley 721 de 2001 que modificó el trámite del proceso de investigación de paternidad estatuido en la Ley 75 de 1968, no puede ser interpretada de forma aislada, sino que requiere un interpretación de conjunto, armónica y coherente que impida su distorsión. Por otro lado, arguye, la misma Ley no establece que existan exámenes científicos que determinen de forma indiscutible la filiación, ya que en su artículo 1º, al establecer un "*índice de probabilidad superior al 99.9%*", se deja abierta la puerta, aun cuando sea sólo un resquicio, a una posibilidad en contrario, es decir, el examen científico no quedó establecido como indiscutible y sin probabilidades de error, respetando el legislador con ello la autonomía judicial para la valoración de la prueba. Refuerza la Corte lo anterior al expresar que, en el parágrafo 2º del artículo 1º de la misma Ley, al establecerse que "*mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo*", quiso allanar el camino para que, en el caso de que en un futuro se presenten otras técnicas científicas que sean superiores a las hoy existentes, se deje de practicar dicha prueba.

En ese sentido, de la interpretación de la norma demandada, infiere la Corte 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*", por lo cual el artículo cuestionado, "*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*" para formar la convicción del juzgador.

De lo anterior concluye que, con el artículo 3º de la Ley 721 de 2001 no se pretendió ni regresar a la tarifa legal de pruebas para imponerles a los jueces y juezas certeza legal, en vez de certeza judicial, ni impedirle al juzgador apreciar la prueba científica con exclusión de las demás. Y agrega que el perito, como auxiliar de la administración de justicia, no puede sustituir la labor

del juez, ya que el dictamen, al ser un medio de prueba, no puede ser confundido con una sentencia. En suma, los jueces pueden y deben acudir a todos los medios de prueba, esto es, la prueba de ADN, los testimonios, los documentos y las declaraciones que las partes rindan ante aquellos, por cuanto, analizados en conjunto, dotan de legitimidad a la sentencia judicial, "dándole aplicación al principio de la unidad de la prueba y a las reglas de la sana crítica para su apreciación razonada por el juzgador." Así, con los argumentos aquí expuestos, la Corte Constitucional impone un nuevo derrotero en la valoración judicial de la prueba genética con relación a las demás pruebas allegadas e invita indirectamente a los jueces y juezas a ejercer su discrecionalidad y autonomía judicial en la apreciación de los medios probatorios obrantes en el proceso.

La tesis expuesta por la Corte Constitucional, según la cual la prueba de ADN no es absoluta y, por ello, tampoco *per se* suficiente para determinar la filiación de una persona, razón por la cual debe ser analizada conjuntamente con los demás medios de prueba allegados al proceso, sería acogida posteriormente por la Corte Suprema de Justicia. La primera sentencia de la Sala Civil, reiteradora de esta tesis, da muestra de ello. En esta⁶⁸, con referencia a la pretensión del recurrente en cuanto a que, decretada y practicada la prueba técnica, sin reparos de las partes, esta ya no puede ser objeto de crítica por el sentenciador, sostiene la Corte que, de ocurrir lo que pretende el censor, se eliminaría la fase de apreciación probatoria en cabeza del juez, quien debe actuar en ejercicio de la libertad de valoración probatoria, el cual también se aplica a la prueba de ADN en los procesos de filiación, prueba esta que, agrega la Sala, como toda prueba, "*debe ser estimada en conjunto con las demás y 'de acuerdo a las reglas de la sana crítica', con exposición razonada del 'mérito que le asigne a cada prueba'.*" Además, afirma que tampoco es cierto que, sólo partiendo de los resultados de la prueba científica, ya sea que demuestren la filiación o no, el juez deba proceder a dictar sentencia estimatoria o desestimatoria, ya que de dichos resultados no se deduce que la prueba deba ser aplicada sin ninguna otra consideración, "como si fuera un el (sic) componente de una mera ecuación matemática", sino que antes debe pasar por el tamiz del juez. Esta última afirmación la apoya en "la decantación que se le hadado en el orden constitucional a los preceptos contenidos en la Ley 721", conforme la cual es posible apreciar otras pruebas demostrativas de la paternidad, más aún si en el examen científico no se ha encontrado una prueba técnica fiable.

68 CSJ Civil, 16/Dic./2005, e11001-31-10-013-1997-09492-01, S. Trejos.

El afianzamiento de la Corte Suprema de Justicia en esta tesis, al hacer suya la argumentación dirigida a relativizar el valor de la prueba genética con respecto a las otras pruebas, se manifiesta en posteriores sentencias. Así, en sentencia ulterior⁶⁹, la Corte resalta la importancia de la prueba científica en los procesos adelantados para determinar la filiación, admitiendo, primero, que el juez debe analizar el dictamen en toda su integridad para evidenciar su calidad, precisión y firmeza, y segundo, que en este asunto tan delicado no puede este remitirse al simple resultado de la prueba, sino que debe respaldarse en “*un conjunto de elementos de juicio que le permitan [...] establecer que la probabilidad de paternidad acumulada es, ciertamente, el reflejo de los exámenes realizados o practicados y de la aplicación de las técnicas reconocidas para este tipo de experticias.*” Y añade a esto, que, si bien las pruebas testimoniales, en este caso, no son suficientes para establecer las relaciones sexuales entre la demandante y el demandado, dichas declaraciones, apreciadas en conjunto con la prueba de ADN “-que es prueba del trato carnal-, adquieren una nueva dimensión que el Juez no puede desconocer en cuanto elemento de juicio confirmante del resultado del dictamen pericial”.

De forma más explícita y categórica lo expone la Corte en sentencia más reciente⁷⁰, cuando, sin divagar ante un dictamen pericial de filiación que arrojó resultados del 99.999999999%, afirma que “el resultado positivo o negativo de la prueba científica de ADN, no determina *per se*, sentencia estimatoria o desestimatoria.” Además, esta tiene el carácter de un dictamen pericial, razón por la cual el juzgador debe valorarla conforme a las pautas legales, técnicas y científicas, “sin omitir los restantes elementos probatorios ni prescindir de apreciarlos en su fuerza de convicción, aún en la hipótesis de un resultado firme, positivo o negativo”.

3.4 Tensión renovada

Pareciera que con la Sentencia de la Corte Constitucional del año 2005⁷¹ se hubiera zanjado la discusión jurisprudencial en cuanto al valor que debe dársele a la prueba de ADN en los procesos de filiación, pasando de darle un valor absoluto, como prueba única y suficiente para determinar la

⁶⁹ CSJ Civil, 18/Dic./2006, e6919, C. Jaramillo.

⁷⁰ CSJ Civil, 30/Abr./2008, e68001-3110-004-2003-00666-01, W. Namén.

⁷¹ CConst, C-476/05, A. Beltrán

paternidad, a darle un peso relativo, siendo necesaria, y por qué no, obligatoria, la valoración de la prueba científica en conjunto con las pruebas testimoniales y documentales que obran en el expediente. No deja de sorprender por ello, que en las dos sentencias más recientes de la Sala Civil de la Corte Suprema vuelva a darse la confrontación, al defender cada una de ellas, de nuevo, cada una de las posiciones extremas que aquí se han expuesto.

De la primera de ellas⁷², antes que nada, hay que resaltar su gran importancia, en tanto se detiene a hacer un recuento minucioso de las diferentes regulaciones históricas de las relaciones paterno-filiales desde el derecho romano hasta nuestros días, pasando por el derecho extranjero y el colombiano. Así mismo, hace un repaso de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a los diferentes criterios expuestos por esta en la valoración de las pruebas de ADN en los procesos dirigidos a determinar la filiación de una persona. Para terminar su exposición doctrinaria se refiere de forma textual a una sentencia por ella proferida, en la cual se cita la exposición de motivos presentada en la ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 038 de 2000, que se convertiría posteriormente en la Ley 721 de 2001, según la cual *“si bien los jueces deben valerse de la ley y de las herramientas jurídicas que tienen a su alcance para determinar la paternidad de un niño, deben confiar por encima de ellas en las pruebas del ADN, que si han sido practicadas correctamente permiten establecer casi con certeza absoluta si un hombre es o no el padre de un niño.”* Después de esto, y sin mayores ambages ni comentarios posteriores, la Sala cierra su argumentación planteando su posición, una vez más defensora del valor absoluto de la prueba genética, con el siguiente párrafo: *“Viene de lo dicho que en la actualidad los exámenes de ADN, elaborados conforme a los mandatos legales, son elementos necesarios -y las más de las veces suficientes- para emitir una decisión en los juicios de filiación, pues dan luces sobre el nexo biológico y obligado que existe entre ascendiente y descendiente, con un altísimo grado de probabilidad que, per se, es capaz de llevar al convencimiento que se requiere para fallar.”*

En la siguiente y última sentencia de la línea jurisprudencial, parece traslucirse una respuesta a la posición adoptada en la decisión anterior. Igualmente en este caso⁷³, la Sala se remite a su propia doctrina para

72 CSJ Civil, 21/May./2010, e50001-31-10-002-2002-00495-01, E. Villamil.

73 CSJ Civil, 15/Oct./2010, e05001-3110-008-1994-04370-01, W. Namén.

fundamentar su posición, esta vez defensora de la tesis que exige la valoración de la prueba de ADN en conjunto con los demás medios probatorios, y muy pronto en su argumentación replica, de forma contundente, la afirmación hecha en la sentencia anterior, diciendo: “*en torno a este asunto concreto, en afortunada precisión de la Sala, el resultado de la prueba genética no conduce forzosamente e inexorablemente a una decisión estimatoria o desestimatoria según su resultado positivo o negativo*”. Y agrega inmediatamente para reforzar lo anterior que “*el sentido de esta inteligencia obedece a la naturaleza de la prueba genética de ADN, la cual, ostenta el carácter de dictamen pericial y, por ende, está sujeta a más de las reglas singulares consagradas en la Ley 721 de 2001, a las inherentes a su especie contenidas en el Estatuto Procesal Civil en todo cuanto hace a su decreto, práctica, contradicción y valoración ceñida a los dictados de la persuasión racional, y en conjunto con los restantes medios de prueba del proceso*.” Y para zanjar todo tipo de discusión remata justificando: “No se trata de restar el mérito probatorio de la prueba, sino por el contrario de afianzarlo. [...] Tampoco discernir el aspecto estrictamente científico o técnico, sino de su apreciación en el plano estrictamente jurídico, a la cual, todo juzgador está obligado.”

La tensión sobre el tema, se deduce, aún continúa.

4. CONCLUSIONES

Las diferentes decisiones aquí expuestas para ilustrar las posiciones que ha tenido la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el problema jurídico que aquí nos ocupa, esto es, cuál es el valor probatorio de la prueba científica en los procesos que versan sobre acciones de reclamación de la filiación, muestran, desde una perspectiva global, que la discusión sobre el tema es un problema aún no zanjado.

Se puede ver cómo, en una época inicial, la Corte se inclinó principalmente por defender el valor absoluto, y excluyente de otros indicios, de la prueba de ADN. Pasa después, en una segunda etapa, a revelar cierta tensión, cuando la posiciona como medio de prueba a ser valorado conjuntamente con los demás, restándole importancia y credibilidad. Llega así a un tercer periodo, del cual se podría decir que sostiene la tesis hoy dominante y que le otorga a la prueba genética gran importancia, pero no la considera, *per se*, prueba única para determinar la filiación, por lo cual debe ser valorada en conjunto con los testimonios, los documentos y las declaraciones que las partes rindan ante los jueces. Aun cuando dicha tesis pareciera haberse asentado en la doctrina de la Corte, se ve aflorar recientemente la confrontación entre las dos tesis más opuestas que intentan resolver el problema jurídico.

Es aquí donde surgen los cuestionamientos sobre la motivación de los jueces para haber tomado en unos y otros momentos algunos de los posibles caminos que permiten responder al problema jurídico expuesto. Y aun cuando las deducciones que aquí se expondrán no dejan de ser meras divagaciones emanadas de la imposibilidad de conocer los motivos e impresiones internos de los jueces y juezas de la Corte, algunos elementos concretos de las argumentaciones dadas por los jueces y expuestas en el análisis de la línea, sirven de asidero.

Así, retomando la primera tesis planteada por la Sala, en la que se muestra una elevada apreciación de la prueba científica, llaman la atención algunas expresiones expuestas por la misma. La primera de ellas es cuando plantea que “*el avance de la ciencia en materia de genética es sencillamente*

sorprendente, contándose ahora con herramientas que a juicio de doctos contienen un indiscutible rigor científico”⁷⁴. La segunda, cuando se refiere a “*la escueta, estática y quizá rígida formulación legal, basada sólo en presunciones, en reglas de la experiencia (y no de la ciencia) consagradas en la ley positiva*”⁷⁵. No puede deducirse de dichas expresiones cosa diferente al asombro y la sorpresa que advierten los magistrados al verse confrontados con los avances de una ciencia que trae respuestas a una cuestión hasta el momento indisoluble, como era la de determinar la existencia de relaciones sexuales entre dos personas. No podía haberse expresado mejor la Sala al referirse a esta dificultad al decir que “el secreto y sigilo para no dejar huellas, rastros, antecedentes o evidencias de hechos reservados e íntimos, propios de la vida privada de las personas, entrañan prístinas vicisitudes probatorias.”⁷⁶ Y es por eso que, ante tan poderoso medio de prueba, las herramientas probatorias hasta ese momento predominantes, le resultaban emanadas de una *escueta, estática y rígida formulación legal*, basadas en presunciones, que, se puede concluir, todo tienen que enviarle en poder probatorio a los fascinantes, precisos, rigurosos y contundentes resultados que trae consigo la ciencia genética.

Del deslumbramiento científico de las primeras sentencias, que en momentos concretos chocó con la posición radicalmente contraria, empieza a atisbarse en la tesis de la Corte un cierto halo de vacilación con respecto al poder probatorio del peritaje científico que contrasta con la certeza de las afirmaciones iniciales. La Sala en sus sentencias, y tal vez como resultado de un gradual aprendizaje sobre la confiabilidad real de la prueba, pasa de una excesiva confianza en aquella, a una actitud visiblemente más cauta frente a la misma. Con expresiones en sus fallos tales como que, aun cuando las pruebas indirectas “*resultaron insuficientes [...] como en efecto los son por sí solas, para acreditar el contacto carnal habido [...] en la época en que se presume ocurrió la concepción [...] ese caudal demostrativo enlaza armoniosamente con el resultado del dictamen*”⁷⁷, o que “*el categórico resultado de la prueba genética efectuada [...] cuya solidez y precisión emerge palmariamente de las mismas condiciones en que se realizó, está llamado a obrar como pilar básico y esencial del buen suceso de la declaración deprecada.*” Y agrega, refiriéndose a los testimonios allegados que, “*algunos de ellos sí aportan parámetros*

74 CSJ Civil, 23/Abr./1998, e5014, R. Romero.

75 CSJ Civil, 10/Mar./2000, e6188, J. Santos..

76 CSJ Civil, 30/Abr./2008, e68001-3110-004-2003-00666-01, W. Namén.

77 CSJ Civil, 14/Jul./2003, e6894, M. Ardila.

de convicción que coinciden razonablemente con el resultado del dictamen pericial.”⁷⁸ Empieza pues la Sala a abrirlle espacio en sus consideraciones a los otros medios de prueba, como elementos armonizadores del elenco probatorio, no restándole con ello todo el valor a la prueba científica, más sí reduciendo su poder probatorio absoluto dentro del proceso.

Como se corrobora en la línea analizada, la Corte no se detiene aquí en el proceso de relativizar el peso de los argumentos científicos en la determinación de la filiación. Llega así incluso a defender la tesis más extrema, reduciendo la prueba científica a su más mínimo valor, es decir, a darle exactamente el mismo mérito probatorio que a las restantes, incluso, ante un prueba con índice de probabilidad de 99.9999%.⁷⁹ En este, más que en cualquier otro caso, se hace evidente la comprensión de la Sala del hecho que, aún este alto porcentaje de probabilidad deja la abierta la posibilidad de un error, lo cual hace inexorable la valoración del restante acervo probatorio.

Hoy en día, la tesis dominante, sin ser la más extrema, sigue afirmando la gran importancia de la prueba de ADN, y reconoce sus aportes en la determinación de la filiación. No obstante, no la considera como prueba *per se* determinante de la relación paterno filial y exige, apoyada en una argumentación de carácter formalista, la apreciación conjunta e integral de los diversos elementos acopiados, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y sin imponerle al juez, como sentencia, los resultados del dictamen pericial llevado a cabo por un auxiliar de la justicia. Se ha impuesto pues, una actitud en los jueces epistemológicamente más cauta, y menos confiada en la ciencia, que aporta en este tipo de procesos unos porcentajes de probabilidad altísima, pero que no dejan de ser eso, una probabilidad, más no una certeza absoluta.

La tensión, como se vio, no obstante existir hoy una tesis dominante, persiste. La confrontación reciente en las decisiones de la Corte, más que aclarar conceptos o interpretaciones, no deja de generar dudas. Tras un análisis de lo aquí expuesto, no puede más que concluirse que las dos posiciones, al final, llegan a las mismas consecuencias: la prueba científica que indica un grado de probabilidad excluyente o incluyente de filiación, en últimas, la determina. De lo que nace la pregunta sobre qué es lo que está verdaderamente

78 CSJ Civil, 9/Nov./2004, e6943, C. Valencia.

79 CSJ Civil, 30/Abr./2008, e68001-3110-004-2003-00666-01, W. Namén.

en juego en la defensa de alguna de las dos posiciones. ¿Busca la tesis científica mayor celeridad en el proceso? ¿Considera esta su respuesta jurídica y fácticamente más objetiva que aquella basada en presunciones y reglas de la experiencia? Y la tesis más cauta, ¿considera ciertamente la gran relevancia de las presunciones aun ante la contundencia de una prueba científica? ¿Podrían llegar a ser el trato personal y social entre la madre y el presunto padre más convincentes que el resultado de una prueba excluyente? ¿O hablamos aquí de una cuestión de poder, donde la labor interpretativa del juez se ve ensombrecida por las leyes de la ciencia y el peritaje del experto científico?

La tensión sobre el tema, se concluye, aún continúa.

OBLIGATORIEDAD DE LA PRUEBA CIENTÍFICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Libardo Cortés Carreño, Ana Luz Florez Mendoza, Luz Myriam Mendieta Jaramillo, María Clara Ocampo Correa en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. EL LEGISLADOR IRRESOLUTO

En respuesta a las necesidades de una realidad palpitante y ante unos avances científicos irrefrenables, el legislador colombiano ha ido poniendo al día las disposiciones referentes al sistema de pruebas admisibles dentro de los procesos relacionados con la filiación de las personas, ya sea en los de investigación de la paternidad o en los de impugnación de la misma.

Fue así como con el artículo 7 de la Ley 75 de 1968 estableció que:

"En todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredobiológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antropoheredobiológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia.

Posteriormente, la Ley 721 de 2001, modificando la Ley 75 de 1968, adaptándose a las nuevas posibilidades que ofrecía la ciencia, cambió el examen científico admisible disponiendo:

“Artículo 1º. En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%”.

[...]

Parágrafo 2º. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.

Artículo 3º. Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.”

Como se desprende de la lectura de la norma de 1968, el legislador, poco decidido a darle al análisis científico de la filiación una importancia determinante dentro del proceso, dispuso que el juez podría decretar las pruebas establecidas por ley a solicitud de parte, o por iniciativa propia, dejando así latente la posibilidad de que, a criterio del fallador, no se diera ninguna de las dos situaciones, quedando de esa manera la prueba por fuera del elenco probatorio.

La Ley que posteriormente modificó esta disposición, esto es, la de 2001, se atrevió a una redacción un poco más contundente al establecer que el juez decretará las pruebas científicas de oficio, y sólo recurrirá a los demás medios de prueba cuando sea absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN.

En ambos casos, como se puede leer de ellos, un legislador irresoluto vaciló al no ordenar categóricamente a los jueces el decreto y práctica de la prueba científica. En ese sentido y sobre la base de estas dos disposiciones, la presente línea está dirigida a dilucidar cuál ha sido la posición de las altas Cortes, concretamente, la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al momento de tener que decir si la presencia de la prueba científica es o no obligatoria para dictar fallo en los procesos de filiación.

Frente a este problema jurídico han surgido dos tesis: una que justifica la no obligatoriedad de la prueba por cuanto existen otros medios de prueba igualmente válidos conducentes a determinar la filiación, y otra que, interpretando la norma como un mandato categórico del legislador, exige el decreto y la práctica efectiva de la prueba científica del proceso, so pena de incurrirse en un vía de hecho, dar lugar a un vicio procesal o a una violación del debido proceso.

La sentencias incluidas en esta línea corresponden a decisiones de casación de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y de tutela de la Corte Constitucional que se refieren a procesos de filiación en los que se ha dejado de decretar, de practicar o de valorar la prueba científica y que, entre otras, por esta razón, han sido discutidas en estas sedes. Adicionalmente, se hacen presentes sentencias de constitucionalidad en las que se ha demandado la inexequibilidad de normas relacionadas con la prueba genética y con su realización dentro de los procesos de investigación de la paternidad.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 De un legislador irresoluto a un juez vacilante

La jurisprudencia que se ha ocupado de responder al problema jurídico que aquí se plantea, tal como se muestra en el gráfico de línea aquí presentado, ha sido relativamente consistente y persistente en defender la tesis que le da a la prueba científica dentro del proceso de filiación el carácter de obligatoria. No obstante, ha habido momentos en que se ha defendido una tesis radicalmente opuesta, negando su obligatoriedad u otorgándole cierto grado de flexibilidad al juez en su decisión de decretar, practicar y apreciar la prueba dentro del proceso.

La primera sentencia de la línea referente al tema corresponde a una sentencia de constitucionalidad.⁸⁰ Aun cuando la Corte se refiere en ella solo de manera tangencial al asunto y sin asumir de forma determinante una postura sobre el problema jurídico que aquí nos ocupa, empieza a presagiar la que ha sido la posición de la misma respecto de la imperiosidad de valorar la prueba científica dirigida a determinar la paternidad dentro de los procesos de filiación. En ella se demanda la constitucionalidad de la presunción "de derecho" que establece el artículo 92 del Código Civil⁸¹ en relación con la época de la concepción, por ser esta contraria a la realidad científica.

Al examinar el aparte de la norma demandada, la Corte hace un recuento del origen de la norma, analiza sus efectos en relación con el estado civil y la personalidad jurídica, y se refiere a la existencia de casos científicamente comprobados en los que la gestación tuvo una duración inferior o superior a la establecida en la mencionada presunción de derecho. Partiendo de esto, sostiene que la presunción de derecho del artículo 92 tiene una clara

80 CConst, C-004/98, J. Arango.

81 El texto original del artículo 92 del Código Civil decía:

"De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento."

finalidad, que es la de permitir que se pruebe o se descarte la filiación. Pero al aplicar la norma en los casos que quedasen por fuera de los términos previstos en la presunción del artículo 92 del Código Civil, se impediría demostrar ante la justicia la condición de hijo de una determinada persona, vulnerándose así los derechos fundamentales del mismo. Llegada a esta conclusión se pregunta la Corte cuáles serían las consecuencias de la declaración de inexequibilidad de la expresión "de derecho" demandada. Y se responde a sí misma diciendo: "Sencillamente, el permitir la prueba de la filiación en los casos excepcionales de nacimientos acaecidos como fruto de gestaciones de menos de 180 días de duración o de más de 300 días. A la altura de estos tiempos, existen, en Colombia, métodos científicos que permiten probar, casi con el 100% de posibilidades de acierto, la filiación." Despues de referirse a un concepto emitido por el genetista Emilio Yunis Turbay, colige la Sala que la duración de la gestación ya no es un factor definitivo en la prueba de la filiación, y que, afirmación esta importante para la línea jurisprudencial que aquí se plantea, "*la filiación, fuera de las demás pruebas aceptadas por la ley civil, se demuestra ahora, principalmente, por el experticio sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre, y por la peritación antropo-heredo-biológica, medios de prueba expresamente previstos por el artículo 7º de la ley 75 de 1968.*" Con esta aseveración, aun cuando sin establecerlo como un mandato para el juez, la Corte deja entrever lo indispensable de considerar el examen científico dentro de los procesos dirigidos a determinar la filiación y decide, con base en lo anteriormente expuesto, declarar la inexequibilidad de la expresión "de derecho" contenida en el artículo 92 del Código Civil.

En la siguiente sentencia⁸² es la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia quien se pronuncia sobre el tema. En esta, la Corte debió resolver en casación sobre la decisión de un Tribunal de segunda instancia dictada en un proceso de investigación de paternidad la cual fue recurrida, según la parte actora, por haberse basado esta únicamente en la valoración de la prueba testimonial y no haberse apreciado la prueba genética allegada por la demandante, prueba esta que había arrojado un resultado de paternidad compatible. En su momento, el Tribunal de instancia había afirmado al respecto que "*la peritación de los forenses nada refuerza ni mucho menos concluye en el evento de marras, y que la inacreditada existencia de trato carnal entre las partes hacia el lapso de procreación, torna innecesario cualquier estimativo acerca del endilgado paralelismo*

82 CSJ Civil, 23/Abr./1998, e5014, R. Romero.

sexual de la actora en el mismo período." La Sala Civil de la Corte, por su parte, no casó la sentencia de segundo grado fundamentándose en que no se cometió error en la valoración testimonial. En cuanto a este punto subraya que los juzgadores de instancia gozan de autonomía en la apreciación de las pruebas y sus decisiones, excepto que se compruebe un yerro evidente de hecho o en la valoración, deben permanecer intocables en cede de casación. Más adelante, sin embargo, se refiere a la afirmación hecha por el Tribunal sobre la poca importancia de la prueba pericial. Sobre está expresó que de ella podría deducirse la idea errónea de que la prueba genética es un elemento que se puede despreciar a la hora de indagar las relaciones de filiación, lo cual, en opinión de la Sala, sería tan equivocado como engañoso. Agrega, además, que tal posición implicaría desoír el aprecio que en ese aspecto ha mostrado la ley por la ciencia, manifestado claramente en la Ley 75 de 1968, conforme a la cual, considera, "*es indispensable que en todos los procesos de filiación extramatrimonial los jueces acudan al aporte científico del caso, independientemente de los resultados que el mismo pueda arrojar en orden a comprobar la paternidad que se discute*", y finalmente concluye que "*es tal el imperio de la ley, que bien puede asegurarse que el funcionario judicial que sea omisivo sobre el particular, bien porque, siendo posible, deja de decretarlas, ora porque no controla que su práctica se realice con la idoneidad y cautela bastantes a garantizar el valor científico que de ellas se espera, compromete su responsabilidad; como también la comprometen en su caso los entes estatales encargados de su práctica cuando no la realizan, o la realizan deficientemente.*" De estas afirmaciones resulta palpable la posición de la Corte según la cual la prueba científica debe estar, ineludiblemente, presente dentro del proceso. Sin embargo vacila. Lo piensa, pero no lo dice. No casa la sentencia al no atreverse a reconocer lo imperioso de la apreciación de la experticia y con ello a injerir en la libertad de apreciación de la prueba de los jueces de instancia. Por su indeterminación y por no haber asumido una postura más categórica en su decisión, esta sentencia, al igual que la anterior, se encuentran cercanas al punto medio de los dos polos, pero aún próximas a la tesis que niega la obligatoriedad, según como se muestra en el gráfico de la línea.

3.2 El juez intrépido

Luego de la indecisión mostrada por los jueces en las dos primeras decisiones aquí expuestas, al no atreverse a darle a la norma existente, es decir, el artículo 7 de la Ley 75 de 1968, el sentido de mandato categórico

dirigido a establecer la obligatoriedad del decreto y práctica de la prueba científica en los procesos de filiación, y con ello evitar una interferencia en la libertad probatoria de los jueces de instancia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en una actitud intrépida pero necesaria, resuelve cambiar su posición frente al tema.

En la siguiente sentencia⁸³ la Sala debe decidir en casación sobre un caso en que se pretende por parte del demandante que se le declare hijo extramatrimonial, y en consecuencia, con vocación hereditaria en la sucesión del presunto padre. En primera instancia no se decretó la prueba científica mas se concedió favorablemente. En la segunda se revocó la de primer grado, por haberse ordenado de oficio la prueba antropoheredobiológica, pero la parte actora no concurrió a practicársela. El demandante alega, y posteriormente queda esto probado dentro del proceso, que la prueba fue decretada por el Tribunal de segundo grado, pero el laboratorio no le comunicó a este, ni a las partes, la fecha en la que debían concurrir para la práctica de la misma. Evidenciado esto, la Corte se pronuncia en referencia al yerro del Tribunal por haber negado la oportunidad para practicar la prueba. Al examinar la actitud del Tribunal, considera la Sala que con la disposición del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, cuando establece que el juez decretará las pruebas científicas a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, “*no solo se establece para el juez el deber de decretarla, aun de oficio, [...] sino que también se le otorga la atribución de que su decisión se cumpla con la mayor celeridad en pro de la verificación de 'los hechos alegados por las partes' [...].*” Destaca, además, que “*el hecho de que esta prueba sea decretada de oficio, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su práctica, es decir, hacerla o no, sino que, por el contrario, habiendo sido estimada como necesaria, le incumbe un mayor deber en su ejecución*”, por lo que corresponde al juez que la decrete adoptar las medidas procesales que considere indispensables para que esta se cumpla de modo acelerado y las partes intervenientes conozcan de sus existencia y tengan la oportunidad para su práctica. En razón de la anterior, la Sala Civil casa la sentencia.

Aquí pues, dando la Corte un gran paso en dirección a la tesis que defiende la obligatoriedad del decreto, la práctica y la apreciación de la prueba en los procesos de filiación, le deja claro a los jueces de instancia

83 CSJ Civil, 22/May./1998, e5053, P. Lafont.

que, sin estar limitando con ello su discrecionalidad, esta no puede ser tanta como para que el juzgador tenga la potestad de decidir sobre su decreto o no – ya que la norma impone el *deber* de decretarla –, así como tampoco para que, habiéndola decretado, no adopte las medidas necesarias para que se lleve a cabo su práctica efectiva y posterior recaudo dentro del proceso. Esta sería, con algunos matices y con algunas excepciones, la tesis que se seguiría defendiendo en las altas Cortes.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional posteriormente en sede de tutela.⁸⁴ Al igual que en el anterior caso, se trata aquí de un proceso de filiación en el cual, tanto en primera como en segunda instancia, se decretó de oficio la realización de la prueba, pero esta no fue practicada por dificultades alegadas por el laboratorio del ICBF, impidiéndose así la valoración y apreciación de una prueba conducente y determinante para la decisión final del proceso de filiación natural instaurado a nombre de un menor.

Al referirse a los jueces de instancia, considera la Corte que estos gozan de independencia y autonomía, las cuales implican que la validez, aptitud, pertinencia y conducencia del material probatorio para las resultas de un proceso a fin de formar su propio convencimiento, en cuanto les permita adoptar la decisión acorde con el ordenamiento jurídico y según la sana crítica, son del resorte de los funcionarios competentes y dependen de un juicio objetivo y razonable. Pero se pregunta inmediatamente después de esto: “¿Qué sucedería por lo tanto, en la eventualidad que un juez en ejercicio de esas amplias atribuciones decida no practicar una prueba o, en el peor de los casos, omita practicarla una vez decretada?” Basándose en su propia jurisprudencia, responde a su pregunta diciendo que el juez tiene la oportunidad procesal para determinar la pertinencia, conducencia y procedencia de las pruebas dentro del proceso, pero lo que no le es permitido es decretarlas para después, por su capricho o para interrumpir términos legales, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio. En ese caso, concluye, “resulta palmaria la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y ostensible la arbitrariedad judicial.” Más adelante en sus consideraciones la Corte, de forma más concreta y concisa y endureciendo su posición respecto del *deber* del juez, afirma que “*el decreto y práctica de la prueba antropoheredobiológica en el proceso de investigación de la*

84 CConst, T-488/99, M. Sáchica.

filiación natural no está sujeta a una decisión discrecional del juez de la causa, por el contrario, la misma debe practicarse en forma obligatoria". Y continúa diciendo que, aun cuando la prueba genética por sí sola no constituye un fundamento probatorio pleno, "es imperioso recurrir a ella en razón al aporte científico confiable y riguroso que suministra para dilucidar sobre la paternidad de quien reclama su reconocimiento". Y, para redondear su argumentación, se refiere a la inactividad de los jueces de instancia frente a las dificultades manifestadas por el ICBF, sobre lo cual expresa que aquellos, en tanto contaban con los poderes suficientes para ampliar el período probatorio para su práctica, debieron adoptar las medidas procesales pertinentes a fin de garantizar la práctica de dicho experticio, más si se tiene en cuenta que el mismo estaba decretado. Pero los recursos previstos por ley para que se alleguen los elementos probatorios al proceso no fueron agotados por ninguna de las instancias. En conclusión, los obstáculos que se presentaron para su práctica, no justifican de manera suficiente la omisión total de su realización.

3.3 En defensa de la autonomía del juez

En el siguiente caso presente en la línea⁸⁵, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, desanda el camino avanzado hasta el momento en aras de responder al problema jurídico aquí planteado y devela nuevamente su defensa de la discrecionalidad del juez y de su autonomía en el decreto y en las actividades tendientes a la práctica efectiva de la prueba científica. Se trata aquí de un proceso dirigido a determinar la filiación del demandante y la declaración de su vocación hereditaria en la sucesión del presunto padre, donde la parte demandada solicita se case la sentencia de segunda instancia por haber incurrido el juez en yerro al dictar sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante con base en las pruebas indirectas allegadas al expediente, pero no habiéndose practicado la prueba científica HLA, según se arguye, por haber sido obstaculizada su práctica por parte del demandante. En sentencia que denegó la casación del fallo objetado, la Corte apoya su decisión, en primer lugar, en lo previsto en el artículo 6º de la ley 75 de 1968, según el cual: "*Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente: [...] 40. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción. [...] Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social*

⁸⁵ CSJ Civil, 08/Nov./2000, e5792, C. Jaramillo.

entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad." Tras interpretar la norma en mención, expresa la Sala que "como para establecer la paternidad no existe tarifa probatoria alguna, [...] la omisión de la práctica del dictamen antropo-heredo-biológico a que hace referencia el artículo 7º de la ley 75 de 1968, o el HLA, o el VNTR/RFLP, o el STR, entre otros, forzosamente no impide que la filiación -conforme a las circunstancias- sea judicialmente declarada al amparo de otros medios de convicción, porque tales exámenes, si bien de ineludible práctica en la hora actual, no han sido en el pasado, ni en el presente, un medio de prueba per se excluyente, aunque si llegan a obrar en el proceso, debe el Juez aquilatarlos en consideración a la 'pertinencia, erudición de los peritos, comprensión del tema, precisión en las respuestas, apoyo científico que utiliza, etc.', [...]" Y agrega que si dicha prueba científica no pudo recaudarse, a pesar de que el juez, en cumplimiento de un deber ineludible, haya procurado su obtención, "su importancia resulta limitada, porque si ello obedeció a la renuencia de los interesados, este hecho apenas si constituirá un indicio, cuya trascendencia y gravedad será determinada por el Juez" teniendo en cuenta las circunstancias y su relación con las demás pruebas obrantes en el proceso. Subraya en este punto que corresponde de modo exclusivo a la conciencia y discernimiento del fallador de instancia evaluar el caudal probatorio, sin que su juicio pueda ser variado en casación, salvo en los casos en los que se presente un error manifiesto de hecho, o de un error de derecho en la estimación de las pruebas. Yerros estos que no están presentes en la sentencia demandada. Con esta posición la Corte refuerza la discrecionalidad y la autonomía del juez de instancia a tal punto que, a pesar de considerar la práctica de la prueba como ineludible, no estima como yerro el haberla omitido dentro del proceso, y ni siquiera menciona los recursos que tiene a disposición el sentenciador para hacer efectiva la práctica de las pruebas.

En ese mismo sentido, fallaría la misma Sala Civil de la Corte tres años después⁸⁶, defendiendo allí, aunque de manera menos evidente, la autonomía y discrecionalidad de los jueces de instancia. En este caso, la Corte determinó que en el proceso de instancia, dirigido a determinar la filiación de las demandantes en un proceso de petición de herencia, la parte demandante solicitó la práctica del examen sanguíneo, pero esta fue denegada por el juzgado de conocimiento por cuanto se consideró que dicho

86 CSJ Civil, 07/Mar./2003, E7054, C. Jaramillo.

examen "*tiene cabida entre sus ascendientes (padre-madre) para determinar los grupos sanguíneos...más no es procedente entre colaterales*". Siendo apelado el fallo, la parte demandante solicitó la práctica de la prueba antropo-heredobiológica, pero esta fue denegada una vez más en segunda instancia por ser extemporánea en el proceso de acuerdo a lo estipulado en el artículo 361 del Código de procedimiento Civil. En un solo párrafo la Corte resuelve el cargo respectivo manifestando que la nulidad que se alega, esto es, que se omitieron los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas, no existe, ya que dicha omisión no se configura 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". Con esto deja resuelto el problema, reconociendo así la libertad del juez de conceder o negar la práctica de la prueba científica dentro del proceso.

3.4 El mandato categórico se resiste, perdura y se endurece

Las sentencias posteriores presentes en la línea, en su mayoría, se acogen a la tesis expuesta anteriormente tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia en la medida en que defienden la obligatoriedad de la prueba científica en los procesos de filiación. En ese sentido se encuentran en dichas sentencias aseveraciones más o menos categóricas respecto al tema. Algunos apartes de estas sirven de muestra para corroborarlo.

La Corte Constitucional, por su parte, en diferentes fallos tanto de constitucionalidad como de tutela que se mencionarán a continuación, se ha manifestado al respecto. Así, en sentencia en la que se demandaba la constitucionalidad de la expresión "... no se hará la declaración si el demandado demuestra..., que en la misma época la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres", del inciso 3º del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968⁸⁷, dijo la Corte que "*a pesar de que la Ley 75 de 1968 en el artículo 6º, permite la prueba indirecta de las relaciones sexuales, en el 7º obliga al juez a decretar las pruebas científicas necesarias, conducentes e idóneas para determinar la paternidad. Por lo cual, la interpretación sistemática o armónica de las dos disposiciones, lleva a concluir que la sola prueba indirecta de aquellas relaciones nunca*

87 CConst, C-243/01, R. Escobar.

es de recibo en el juicio definitorio de la paternidad, salvo el caso de la imposibilidad de practicar las pruebas científicas." (Subrayado fuera de texto). Agrega que, aun cuando en la ley en mención no se incluyeron en la enumeración las pruebas de tipo genético, de la interpretación evolutiva de la misma se deduce que aquellas, en la actualidad, deben considerarse incluidas con la misma obligatoriedad prevista para las establecidas por la ley, excepto en aquellos casos en que por cualquier razón imaginable no es físicamente posible acudir a las pruebas científicas.

En un fallo de tutela respecto de un proceso en que se decretó y practicó la prueba antropoheredobiológica, pero la prueba HLA, no obstante su decreto, no fue practicada y por consiguiente no valorada por los jueces de instancia⁸⁸ concluyó la Corte que "el decreto y la práctica de las pruebas genéticas, en los procesos de investigación de la maternidad y de la paternidad, en cuanto conducen a la exclusión, con certeza absoluta de quien no es el progenitor, y al señalamiento, con una probabilidad cercana a la certeza, de quien sí lo es, son de imperativo cumplimiento." Agrega además que, en tanto que tal decreto y práctica están previstos por la ley, "en forma de mandato categórico para el juzgador, los jueces no pueden justificar sus omisiones al respecto, en aquello que las partes hicieron o dejaron de hacer durante el proceso, porque en la determinación de la filiación, en especial cuando en los hechos se involucran menores de edad, es al juez a quien le concierne esclarecer lo ocurrido, con miras a declarar o negar la paternidad o la maternidad disputada."

También con ocasión de una demanda de tutela por vulneración de derechos fundamentales en un procedimiento en el que una vez más se decretó la prueba, pero se decidió en ambas instancias sin haber sido esta practicada⁸⁹, sostuvo la Corte que el artículo 7 de la Ley 75 de 1968 estableció con absoluta nitidez, "como regla de imperativo cumplimiento -para todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad- la prueba pericial sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre." Hace además énfasis en su carácter prevalente e indispensable y concluye que "*siempre que se haya localizado al hombre demandado, el juez natural deberá obtener sin excepción la mencionada prueba pericial*" pues "no es recomendable ni conveniente que la premura judicial se constituya en óbice para la materialización del derecho positivo."

88 CConst, T-1342/01, H. Tafur.

89 CConst, T-346/02, J. Araujo.

Con la entrada en vigencia de la Ley 721 de 2001, la posición de las altas Cortes encontró eco a aquello que, hasta el momento respecto de la prueba antropoheredobiológica prevista en la Ley 75 de 1968, por vía jurisprudencial habían sostenido. Es así como en un fallo de constitucionalidad⁹⁰ donde se demandaba la inexequibilidad del párrafo segundo del artículo 4 de la mencionada Ley, según el cual “la persona que solicite nuevamente la práctica de la prueba deberá asumir los costos; en caso de no asumirlo no se decretará la prueba”, la Corte se refiere a la prueba de ADN en los procesos de filiación. Respecto de esta, expresa que la Ley 721 de 2001 impuso “como obligatoria y oficiosa la prueba del ADN [...] desplazando los demás medios de prueba los que han pasado a tener un carácter meramente subsidiario, esto es, que se recurrirá a éstas solamente cuando sea absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, como se prescribe en su artículo 3º.” A lo anterior agrega que “*no es el juez quien ordena la práctica de la prueba de oficio, sino el legislador quien le da ese calificativo de oficioso y le imprime además carácter obligatorio, de tal manera, que en forma ineludible en los procesos de investigación de la maternidad o paternidad, el juez deberá decretar la prueba del ADN*”. Para reforzar lo anterior, y en lo referente al costo de la prueba pericial considera que el hecho de que las partes o una de ellas se muestre renuente al pago de la prueba decretada de oficio, “*no debe impedir ni su práctica ni su valoración por el juez, pues de ser así se estaría subestimando el principio de la inquisición en materia probatoria y por ende, quedaría sin ningún efecto o serían nugatorias las facultades oficiosas del juez*”, de lo cual concluye que, al imponerse tal prueba como obligatoria y única en los procesos de filiación, debe interpretarse que, en razón de su imperiosa obligatoriedad, debe asumir el Estado la totalidad de los costos que implica su práctica. La Corte, con base, entre otros, en estos argumentos, declara la inexequibilidad de la expresión “*en caso de no asumirlo no se decretará la prueba*”.

Cabe hacer mención especial aquí a una sentencia de tutela, que aun cuando no retrocede en todo los pasos hasta aquí dados por la jurisprudencia, si hace una diferenciación clave que la sitúa en un punto intermedio de los polos hasta ahora expuestos⁹¹. Se trata aquí de un proceso en el que por petición de la parte demandante se decretó la práctica de la prueba de ADN, pero está no se llevó a su práctica por la no comparecencia

90 CConst, C-807/02, J. Araujo.

91 CConst, T-997/03, C. Vargas.

del demandado a la misma, no obstante los requerimientos extendidos. En primer lugar afirma la Corte que el juez, por expreso mandato legal y como director del proceso, está obligado a ordenar la prueba de ADN, pero que su misión no se agota en ese momento sino que se fortalece con miras a lograr su efectiva realización. Para esto, agrega, el ordenamiento le ofrece algunos mecanismos a los cuales puede apelar en procura de la verdad material, y pasa a enumerar las medidas⁹² a la cuales puede acudir el juez para asegurar la comparecencia de quienes deban someterse a la prueba de ADN, después de lo cual concluye que aquel está comprometido en alto grado con el éxito en la realización de la prueba genética. Sin embargo, agrega que el juzgador debe ejercer su actividad *"en un periodo razonable de tiempo y en todo caso la definición de la controversia no puede suspenderse indefinidamente ante la imposibilidad de contar con la información genética, so pena de afectar gravemente el principio de celeridad, el debido proceso y con ello el acceso a la administración de justicia."*

Inmediatamente después se pregunta la Corte: "¿Cómo hacer entonces para definir una controversia cuando no es posible contar con la prueba genética, pero está latente la necesidad de adoptar una decisión de fondo?" Teniendo en cuenta la posición que la Corte había expresado sobre el tema hasta el momento, sorprende la respuesta que ella misma le da a esta pregunta, en cuanto afirma que "lo cierto es que existen otros medios de prueba a los cuales puede recurrir el juez para valorarlos al amparo de las reglas de la sana crítica y con fundamento en ellos determinar la existencia o no de ciertos hechos y el consecuente éxito o fracaso de las pretensiones. En consecuencia, la ausencia

92 Según la enumeración que hace la Corte Constitucional en esta sentencia, dichas medidas son:

- a) Sancionar con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales al particular que sin justa causa incumpla la orden de realización de la prueba genética o demore su ejecución;
- b) Sancionar con pena de arresto hasta por cinco días al particular que con ocasión de la práctica de la prueba falte al respeto al juez;
- c) Requerir a la parte renuente o que impide la diligencia para que facilite la peritación;
- d) Condenar a la parte renuente a pagar honorarios a los peritos;
- e) Imponer multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales a la parte renuente o que obstaculiza la diligencia pericial; y
- f) Proferir la respectiva condena en costas.

de dicha prueba no constituye un motivo para no dictar una sentencia de fondo por lo que, sin desconocer el altísimo grado de certeza que ofrece la prueba de ADN, el artículo 3º de la Ley 721 de 2001 autoriza al juez para recurrir a los demás elementos probatorios cuando no es posible contar con aquella información.” De lo anterior deduce que si el juez ha agotado todos los mecanismos previstos por ley para obtener la realización del examen genético, debe acudir a los demás elementos probatorios que dentro de una interpretación sistemática e integral, le permitan adoptar una decisión de fondo.

Para aclarar lo dicho, la Corte busca refuerzo en un elemento diferenciador que tiene que ver con la prueba de ADN, en tanto dice que “*una cosa es no decretar el examen y otra muy distinta no practicarlo.*” Y se sustenta en el hecho de que por mandato legal, en los procesos de filiación, “el juez tiene la obligación de decretar la prueba antropo-heredo-biológica y de no hacerlo incurre en violación al debido proceso por defecto procedural”, sin embargo, “puede ocurrir que luego de haberse decretado la prueba no sea posible su realización, lo cual no necesariamente será responsabilidad de la autoridad judicial.” Dos aspectos adquieren relevancia en este contexto. El primero de ellos se refiere a la diferenciación hecha por la Sala entre el decreto y la práctica de la prueba. De su argumentación se deduce que, tal como lo venía sosteniendo en sentencias anteriores, considera, entre otras cosas por que así lo establece la ley vigente, que el decreto de los exámenes científicos por parte del juez es obligatorio. Otra cosa sucede con la práctica de la prueba, de la cual no menciona su obligatoriedad, contrario a lo expuesto en otras sentencias⁹³, sino que solo sugiere una exigencia de diligencia en el juez, el cual debe acudir a los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para hacer efectiva la práctica de la prueba. Esta postura podría tenerse como válida, y no muy diferente a la tan radical expuesta en otras sentencias, de no ser por que en este caso no se demuestra tal diligencia de los jueces de instancia, que optaron únicamente por requerir a la parte renuente en múltiples ocasiones, sin proceder a ejercer las medidas de mayor fuerza que la ley pone a su disposición. No obstante ello la Corte, al no observar una actitud vulneradora de derechos por parte de los jueces de instancia, deniega el amparo de tutela.

La dos sentencias que a continuación se expondrán revisten importancia dentro de la línea, en tanto recogen los planteamiento hasta

93 Véase por ejemplo: CConst, T-1342/01, H. Tafur.

el momento presentados por ambas Cortes, pero endurecen sus posiciones acercándose aún más al polo de la tesis que defiende la obligatoriedad del decreto, la práctica y la apreciación de las pruebas científicas dentro de los procesos dirigidos a establecer la filiación.

La primera de ellas corresponde a una sentencia de tutela de la Corte Constitucional. En este caso⁹⁴, el juzgado de primera instancia puso fin al proceso filiación extramatrimonial declarando que no existía vínculo de sangre alguno entre el demandante y el demandado, sin esperar que arribaran los resultados de la prueba antropoheredobiológica que había sido decretada por el mismo juez y también practicada en el laboratorio. Aproximadamente seis meses después de dictado el fallo y estando éste ejecutoriado, se dieron a conocer los resultados de la prueba científica, la cual arrojó una probabilidad de paternidad de 99.999% del demandado respecto del demandante.

El primer argumento que expone la Corte, que en pocas palabras recoge lo expresado por ella en decisiones anteriores, es que, aún antes de la entrada en vigor de la Ley 721 de 2001 que modificó la Ley 75 de 1968, el mismo tribunal había señalado que, teniendo en cuenta el avance de la ciencia genética, y por la importancia de la filiación de la persona, la autoridad judicial no podía omitir el decreto de la prueba científica. La Ley 721 de 2001, por su parte, consagró expresamente dicha obligación al disponer que: "En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%." Concluye que, de frente al hecho de que la prueba antropoheredobiológica ha sido reconocida por la comunidad científica como el medio probatorio idóneo en estos casos, dicho examen guarda conformidad con lo dispuesto en la Ley 721, por lo que siempre debe ser decretada. Retomando su propio precedente agrega que el juez, por mandato legal, está obligado a decretar la prueba de ADN, pero además su misión se extiende a su realización efectiva, "en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia".

En cuanto al caso concreto que aquí se trata, y en especial a la actitud del juez de instancia, verificó la Sala que, si bien este dio un compás de espera prudente para que se concluyera la práctica de la prueba solicitada

94 CConst, T-411/04, J. Araujo.

y se allegaran sus resultados, no reconoció el carácter esencial de la misma. De frente a esto, se apoya en el artículo 3º de la Ley 721 de 2001 que dispone que *"sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente"*, para inferir que el juez sólo en aquellos casos en que de forma terminante, decisiva y categórica no le es posible conocer los resultados del experticio, se encuentra facultado legalmente para dictar sentencia. Razón por la cual el juez debe agotar los mecanismos que la ley pone a su disposición para verificar, antes de dictar sentencia, la imposibilidad de hacerse a la prueba, es decir, el juez debe desplegar, en casos como este, una labor especialmente activa en relación con la consecución de la prueba antropoheredobiológica. El fallador de instancia en este proceso, afirma la Corte, no emprendió ninguna acción en ese sentido, sino que se limitó a atribuirle a la negligencia de las partes la ausencia de la prueba dentro del proceso. Con base en ello, considera que el mencionado juez de instancia actuó negligentemente en la consecución de la misma, lo cual, agrega, se configuró en un defecto fáctico, es decir, aquel que "comporta una dimensión omisiva que implica una falta en la producción o la valoración de pruebas determinantes de la veracidad de los hechos analizados por el juez", y consecuentemente, en un defecto sustantivo, por cuanto no se aplicaron las disposiciones que contemplan el reconocimiento de la condición de hijo. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Corte decide conceder el amparo de tutela.

La segunda sentencia⁹⁵, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, corresponde a la decisión en casación sobre un proceso ordinario de investigación de la paternidad, en el cual se decretó por parte del juez de primera instancia, en siete oportunidades, la prueba antropoheredobiológica, pero esta no pudo ser recaudada por causa imputable al demandado, quien no sólo dejó de asistir a los laboratorios designados para la práctica de aquella, sino que manifestó, en dos oportunidades, que por razones de conciencia rehusaba a someterse a los exámenes respectivos. El Tribunal de segunda instancia, según logró determinar la Corte, ante la renuencia injustificada del demandado a colaborar, se abstuvo de instrumentar los mecanismos necesarios para obtener la comparecencia del mismo, al punto que ni siquiera hizo uso de los poderes disciplinarios que le reconoce el Código de

95 CSJ Civil, 28/Jun./2005, e7901, C. Jaramillo.

Procedimiento Civil para los casos en que un particular desatiende una orden judicial. De las sentencias de la línea jurisprudencial que nos ocupa, no obstante recoger en buena parte lo expresado en sentencias anteriores, tantos suyas como de la Corte Constitucional, esta es la más categórica y detallada respecto al tema. Se tratará entonces aquí de presentar los argumentos más importantes de sus extensas consideraciones.

Con base en los hechos anteriormente expuestos, se pronuncia la Sala, en primer lugar, sobre el derecho a probar en los procesos de impugnación e investigación de la paternidad o maternidad. Arguye en sus consideraciones, en referencia especial a los exámenes médicos destinados a establecer las características genéticas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, que el decreto y la práctica de los mismos, conforme lo establece la ley, *"no fueron abandonados a los intereses que pudiera tener alguna de las partes, y ni siquiera al mero arbitrio judicial, de suerte que los jueces pudieran disponer de ella según su leal saber y entender, sino que una y otra –ordenamiento y realización- obedecen a un imperativo legal que, por ende, determina el comportamiento probatorio de los distintos sujetos que intervienen en el respectivo proceso de filiación."* En especial sobre el recaudo de la prueba, sostiene que este no puede dejarse a la voluntad caprichosa y antojadiza de uno de los litigantes, en tanto se vulneraría el derecho a probar de su contrario, por lo que los jueces deben ejercer los poderes que la ley les concede para hacer efectiva su práctica y con ello el derecho al debido proceso. Agrega que la sacrosanta prerrogativa a probar los supuestos de hecho del derecho que se reclama, obliga al juez, *"en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del Juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia."*

De la actividad del demandado y del juez deduce entonces, que es vulneradora del derecho a probar, por cuanto el primero adoptó

comportamientos dirigidos a impedir la práctica de la prueba, que el segundo en cierto modo auspició o consintió al no asumir, a plenitud, el compromiso de velar por el efectivo recaudo de la misma. De esto concluye que dichas conductas hacen que la actuación desarrollada adolezca de un vicio de nulidad.

Respecto de la doctrina por ella misma expuesta, según la cual los jueces deben decretar, pero además, adelantar las medidas necesarias para que las partes tengan conocimiento de la fecha realización de la misma⁹⁶, so pena de nulidad, agrega que debe ser complementada para aquellos casos en los que una de las partes lleva a cabo actividades dirigidas a obstaculizar la obtención del medio probatorio, a las que se suma una actividad pasiva del Juez que sólo se limita a insistir o requerir la práctica de la prueba, pero sin adoptar, correlativamente, las medidas necesarias con el fin de lograr su recaudo efectivo, como corresponde. Ante estos eventos, continúa, no puede el juez, sin más, clausurar la oportunidad para practicar las pruebas, sino que debe adoptar las medidas racionales, aún con determinaciones de tipo coactivo, pero legales, que considere necesarias para remediar y sancionar el acto del renuente.

Al amparo de esta tesis deduce una nueva subregla, según la cual, *“la nulidad a la que se refiere el numeral 6º del artículo 140 del C.P.C., no sólo comprende los casos de cercenamiento de los términos y oportunidades para pedir o practicar pruebas, propiamente dichos, lo mismo que los eventos en que el Juez, pese a decretar una prueba oficiosa o una dispuesta por la misma ley, omite fijar la fecha necesaria para su realización, o se abstiene de comunicarla en debida forma a las partes –como otrora lo estimara esta Sala-, sino también aquellos otros casos en que, frente a un medio probatorio que el legislador ordena practicar, una de las partes obstruye, impide, dificulta, retarda o entorpece su recaudo, sin que el juzgador, frente a esa irregularidad, correlativamente adopte las medidas necesarias en orden a remover los respectivos obstáculos.”*

En segundo lugar, se refiere la Sala a los exámenes genéticos y a la objeción de conciencia. En cuanto a la objeción de conciencia en sí manifiesta que es un acto individual y motivado, mediante el cual una persona rehúsa a doblegar su conducta ante un mandato legal imperativo, mientras éste no esté dirigido a asegurar el bien común, argumentando que dicho mandato es

96 Véase: CSJ Civil, 22/May./1998, e5053, P. Lafont.

contrario a sus convicciones más íntimas en lo religioso, político e ideológico. Partiendo de esto y en referencia a la rebeldía del demandado, que pretendió justificar la renuencia a la práctica de la prueba con la objeción de conciencia, expresa la Corte que con dicha conducta sólo se pretendió anteponer el interés particular sobre el interés general y los intereses del menor, con el pretexto de salvaguardar un credo que, en últimas, luce más a una negativa con tinte individualista a colaborar con la administración de justicia, para resguardarse de una decisión que posiblemente le resultaría adversa. Concluye entonces que dicho argumento no puede ser aceptado para excusar la renuencia a asistir a un laboratorio a practicarse los exámenes decretados.

En tercer lugar, y como antesala para llegar a las conclusiones del fallo, se refiere a la Corte a la prueba genética de frente a la Ley 721 de 2001. En lo referente, la Corte considera que, con ella, el legislador le impuso al juez la obligación de decretar la prueba científica dentro del proceso, de adelantar todos los mecanismos dispuestos por ley para garantizar la comparecencia de las partes a la práctica de la misma, y que no puede conformarse con acudir de inmediato al indicio por ella prevista, en los eventos en que una de las partes se muestre renuente. Para ello, aclara, el juez podrá, preservando siempre la garantía constitucional a un debido proceso, el derecho de defensa y el respeto a la dignidad humana: a) sancionar sucesivamente con multa; b) arrestar a la persona renuente, en los términos y condiciones previstos por ley; c) adelantar una inspección judicial sobre la persona del demandado con el fin de practicar los exámenes respectivos, desde luego, con pleno respeto a la dignidad del individuo, sin coerción, violencia, fuerza o constreñimiento ilegal de ningún tipo; d) ordenar una inspección al lugar de habitación o de trabajo de la persona, a fin de obtener objetos o material humano en los que pueda estar presente una huella biológica de la misma; y e) disponer que la prueba en cuestión se practique con los consanguíneos del presunto padre. En suma, el juez puede ordenar cualquier medida lícita que le permita recaudar la prueba decretada, más allá de la negativa o de la renuencia del demandado a practicarla.

De las consideraciones de la Sala Civil aquí expuestas, solo puede deducirse una radicalización de su postura frente a la prueba genética. Esto quizás en respuesta a una reiterativa burla a la realización del examen por parte de los intervenientes en procesos de investigación de la paternidad, y por qué no, de una recurrente actitud pasiva y tolerante, por demás facilista,

de los jueces de instancia que, ante eventos como los aquí mencionados, han optado por acudir de inmediato a apreciar la renuencia como indicio en su contra, antes que adelantar los mecanismos coactivos que la ley les proporciona para lograr la práctica efectiva de prueba.

4. CONCLUSIONES

En torno a los procedimientos ordinarios dirigidos a determinar la filiación de una persona con sus descendientes o ascendientes, se presenta un problema jurídico que tanto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional han intentado resolver en su jurisprudencia. Se trata aquí de la cuestión referida a sí, en el transcurso de aquellos procesos existe la obligatoriedad para el juez de decretar, practicar y apreciar la prueba científica, independientemente del valor que esta pueda o deba tener dentro del proceso y la decisión a la cual llegue en la sentencia. Para responder a tal cuestión han surgido dos tesis: la que defiende que en los procesos de filiación no existe tarifa probatoria alguna, razón por la cual la omisión de la práctica de la prueba científica no impide que la filiación sea declarada judicialmente al amparo de otros medios de convicción; y aquella que afirma que existe un mandato legal categórico que obliga al juez al decreto, la práctica y la apreciación de la prueba científica.

Por su parte, el legislador, en la ley 75 de 1968, y en menor medida en la Ley 721 de 2001 que modificó la anterior, no ha mostrado ser lo suficientemente resoluto, todo lo contrario, para regular el tema en uno u otro sentido. En la redacción de las normas, cuando plantea de forma somera en el primer precepto que el juez *decretará* la mencionada prueba “a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa”, y en el segundo precepto que la *ordenará* “de oficio”, se percibe incluso – por qué no decirlo – cierto temor del legislador a entrometerse en los asuntos del juez, evitando así darle espacio a la aseveración de que se está estableciendo una tarifa legal en el tema.

La línea jurisprudencial que aquí se presenta, y que responde al problema jurídico planteado, ha pasado por cuatro fases distinguibles.

En la primera fase, se evidencia en las sentencias que, ante la irresolución del legislador en la redacción de la norma, los jueces responden a la cuestión de manera vacilante, evitando igualmente intromisiones en la actividad de los jueces de instancia. Expresan en ellas su parecer en cuanto a lo que debiera ser, esto es, que el juez se encuentra en obligación de decretar

y practicar la prueba científica conducente a determinar la filiación, pero en el desarrollo de sus consideraciones maquillan su posición en argumentaciones que finalmente reducen la contundencia de sus planteamientos. Lo piensan, pero a la hora del té, no lo dicen.

En un segundo momento emerge un juez intrépido, decidido a exigirles a los jueces de instancia el cumplimiento de sus deberes: el juez debe no sólo decretar la prueba, sino ir más allá y garantizar que se cumpla con ella y con celeridad. Presagiando reacciones, se aclara en las argumentaciones que no se pretende en ningún sentido limitar con ello la libertad probatoria y la discrecionalidad de los jueces, pero estas tienen límites, en tanto no pueden ser tan amplias como para que el juzgador tenga la potestad de decidir sobre su decreto o no, así como tampoco para que, habiéndola decretado, no ejerza las medidas necesarias y conducentes a su práctica efectiva y posterior recaudo dentro del proceso.

Desandando los pasos ya dados, en una tercera fase de línea, la jurisprudencia da un giro hacia el polo negador de la obligatoriedad que aquí se analiza. Reacciona. ¿Reaccionaria? Se resiste: el juez, antes que nada, es el dueño del proceso. La omisión de la práctica de la prueba, se afirma en las sentencias de esta fase, no impide decidir de fondo dentro del proceso. El juez, gozando de sus atribuciones de discrecionalidad y libertad de apreciación de los medios probatorios, fundado en su conciencia y en su discernimiento, es el llamado a evaluar el caudal probatorio. Se reafirma la existencia de otros elementos probatorios apreciables dentro del proceso, conducentes a determinar la filiación de las personas. De la ausencia o presencia de la prueba científica, de su trascendencia y gravedad dentro del proceso, y de la valoración de ello en la decisión está encargado el sentenciador.

En el cuarto y último periodo de la línea, la jurisprudencia de las Cortes además de reafirmar la postura planteada en la segunda fase de la misma, termina por endurecer el enfoque y hacer más categórico el mandato de Ley para el juez dirigido al decreto, la práctica y la valoración de los exámenes científicos dentro del proceso. En este punto no sólo se sostiene la obligatoriedad de decretar la prueba, sino también de su práctica efectiva, cominado al juez a ejercer todos los mecanismos puestos a su disposición por ley, aún con determinaciones de tipo coactivo, para que, decretada la misma, tanto las partes,

como las instituciones que la realizan, concurran a la práctica eficaz de la misma. Esta, según se deduce de la evolución de la línea, parece encaminarse a ser la tesis dominante en la resolución del problema que aquí se dilucida.

En suma, se puede decir que el problema que aquí se discute ha sido generado por una falta de determinación en el legislador para establecer la obligatoriedad de la prueba científica, tanto en su decreto, como en su real práctica y su valoración dentro de los procesos de filiación. La altas Cortes, no obstante, han procurado de forma gradual llenar con doctrina este vacío dejado por el legislador, ordenándole finalmente al juez, de forma categórica, el decreto y recaudo de un medio probatorio conducente y determinante para la decisión final de los procesos dirigidos a establecer las relaciones paterno-filiales.

No puede más que concluirse que, de darse en un futuro la opción o la necesidad de legislar nuevamente sobre la materia, la nueva norma tendría que ser categórica y explícita al disponer la obligatoriedad del decreto, la práctica y la valoración de la prueba científica, independientemente de cuál sea la más avanzada en el momento, dentro del proceso. Valga aclarar que esto, de ninguna manera, debe conducir a la imposición de una tarifa legal de pruebas que le obligue al juez decidir de forma estimatoria o desestimatoria exclusivamente con base en los resultados de la experticia. Todo lo contrario, esto significaría proveer tanto a las partes, como al juez mismo, de una certeza judicial apoyada en los aportes de la ciencia que, materializados en la prueba científica, puedan ser valorados dentro del proceso de determinación de las relaciones paterno filiales dentro de los principios de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los jueces.

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL O DE LA FORMALIDAD PROCESAL EN EL PROCESO DE FILIACIÓN

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Luz Marina Botero Villa en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. YERRA LA CIENCIA, YERRA EL JUEZ, ● YERRAN LOS CIUDADANOS

La Ley 76 de 1968 estableció la práctica de la prueba antropoheredobiológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles. Posteriormente, la Ley 721 de 2001 modificó la prueba admisible en los procesos de filiación, pasando de la prueba antropoheredobiológica a la prueba de ADN.⁹⁷

La primera de las pruebas mencionadas, la antropoheredobiológica, mientras fue practicada, no dejó de generar dudas entre los jueces, por su baja confiabilidad. De la prueba vigente, esto es, la de ADN, no obstante haber demostrado su alto grado de certeza, no puede declararse su infalibilidad. Es de esperarse, según como va desarrollándose la ciencia, que en un futuro no muy lejano se ofrezcan otro tipo de técnicas que provean de un mayor grado de certeza en la determinación de la filiación. Lo anterior indica que existe la posibilidad de que en los procesos de filiación donde ya se encuentre una sentencia estimatoria o desestimatoria en firme, aparezcan nuevas pruebas que contradigan las ya realizadas y, con ello, se opongan a la decisión tomada

97 En su artículo 1º dicha Ley estableció que "en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%".

por los jueces de familia. Esta situación, como se verá en el desarrollo de este trabajo, ya sucedió con respecto a las pruebas antropoheredobiológicas. Este es pues el derrotero que le plantea la ciencia al derecho y es uno de los temas que ocupan los planteamientos de esta línea. ¿Cómo debe proceder el juez ante una nueva prueba contradictoria, estando de presente una sentencia en firme que ha hecho tránsito a cosa juzgada?

Así mismo, los errores cometidos en algunos procesos por la errada valoración o falta de práctica de las pruebas, llevan a la misma encrucijada. Errar es de humanos y, como yerra el juez, yerran los ciudadanos. Aquí nos referimos a aquellos casos en los que, habiendo errado el fallador dentro del proceso de filiación, yerran también las partes al no hacer uso de los recursos de que dispone la ley para hacer frente a decisiones con las que se encuentran inconformes. Claro está que quien omite acudir a dichos recursos, renuncia al instrumento de defensa que le ha sido otorgado por la ley y acepta tácitamente la decisión adoptada. Pero, ¿puede aplicarse este principio formal y procesal de forma tan severa cuando se encuentran en juego derechos fundamentales como los de los niños a la personalidad jurídica y a la familia especialmente cuando ellos no pueden ser culpados por la impericia procesal de los representantes de sus intereses?

Los temas que aquí se tocan tienen efectos de gran importancia, ya que la determinación de la paternidad o maternidad entre dos personas trae consigo el reconocimiento de otros derechos reconocidos constitucionalmente, entre los cuales se encuentra, como se mencionó, el derecho fundamental a la personalidad jurídica. Este derecho se encuentra dentro de aquellos que comportan un carácter indivisible, indisponible e imprescriptible, lo que conllevaría en principio que, no obstante la existencia de providencia judicial que establezca la filiación entre dos personas con valor de cosa juzgada, se pueda siempre y en todo momento, en aras de proteger dicho derecho fundamental y todos los que de él se derivan, impugnar la decisión con fundamento en pruebas científicas que demuestren de manera certera y confiable la situación contraria. ¿Aún por encima de la institución de la seguridad jurídica?

En términos generales, las decisiones que conforman la presente línea corresponden a fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional en los cuales se alega la violación del derecho fundamental innominado a

la filiación y a los derechos fundamentales del niño, a la personalidad jurídica, al estado civil, a la familia, a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, por haberse incurrido durante el proceso judicial encaminado a determinar la filiación en error en la valoración de las pruebas allegadas al mismo, en unos casos, por falta de práctica de la prueba científica, en otros, por no apreciación de la misma no obstante haber sido decretadas dentro del proceso, o, finalmente por haber surgido con posterioridad al proceso una prueba científica con resultados opuestos a lo dispuesto por el juez en sentencia.

Con base en lo anteriormente expuesto, la presente línea jurisprudencial pretende responder al problema jurídico que se plantea en cuanto a si en los procesos judiciales dirigidos a determinar la filiación de una persona con respecto a sus ascendientes o descendientes debe primar la ley sustancial o la formalidad procesal, habiéndose determinado errores en la valoración de las pruebas, bien sea por falta de práctica de la prueba científica, por la errada valoración hecha por los jueces de instancia de la misma, o por presentarse con posterioridad al fallo un prueba genética que contradiga lo fallado por los jueces de instancia, estando la sentencia en firme y con valor de cosa juzgada.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿En los procesos dirigidos a determinar la filiación, debe primar el derecho sustancial o la formalidad procesal?

TESIS A

En los procesos de filiación deben tener prevalencia las formalidades procesales a fin de defender los derechos ya declarados y amparados por los principios de la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

			C Const, T 329/1996 J. Hernández
			C Const, T 488/1999 M. Sáchica
			C Const, T 1342/2001 A. Tafur
C Const, T 305/2003 R. Escobar			
C Const, T 307/2003 R. Escobar			
			C Const, T 411/2004 J. Araujo
			C Const, T 1226/2004 M. Cepeda
			C Const, T 584/2008 H. Sierra

TESIS B

En los procesos de filiación, por el carácter de los derechos que están en juego, debe primar el derecho sustancial sobre el rigor procesal.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 Prevalencia del derecho sustancial en amparo de los derechos fundamentales

La primera sentencia presente en la línea, aún cuando no corresponde al patrón fáctico expuesto en la introducción de este trabajo, puede tenerse como punto de partida para dilucidar la posición de la Corte Constitucional, en sede de tutela, sobre el problema jurídico que aquí se plantea. En esta primera sentencia, así como en el primer periodo que se muestra en la línea, la Corte defiende la tesis que afirma la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades procesales, en aras de defender los derechos fundamentales que se encuentran en juego dentro de los procesos de filiación, máxime cuando en ellos se ven menores involucrados.

En el presente caso⁹⁸ se solicita a la Corte el amparo de los derechos fundamentales del niño, el derecho a la filiación, al acceso a la administración de justicia, así como al debido proceso. Se alega la vulneración de dichos derechos con base en el hecho de que, habiéndose iniciado un proceso de filiación extramatrimonial con petición de herencia dentro del cual el presunto padre había fallecido, no se allegaron al expediente, por parte de la demandante, los registros que acreditaran la calidad de esposa e hijas matrimoniales de las demandadas, razón por la cual el juez de primera instancia, desconociendo que la parte pasiva del litigio había aportado los certificados que acreditaban el parentesco, se declaró inhibido para decidir de mérito. Contra esta decisión era procedente el recurso de apelación, pero la parte demandante no hizo uso de dicho medio de impugnación, según la actora, por negligencia de su apoderado, dejando así en firme la decisión inhibitoria. Ante esto, la actora presentó demanda de tutela, la cual fue denegada en primera y segunda instancia en razón a que, aún reconocido por estas el error judicial consistente en la falta de apreciación de pruebas por parte del fallador, se dio por aceptada tácitamente la decisión en la medida en que no se interpuso, ni siquiera extemporáneamente, el recurso de apelación que cabía en contra de la misma, dejándose vencer con ello la oportunidad

98 CConst, T-329/1996, J. Hernández.

procesal idónea para atacarla. Motivo este por el cual se declara la improcedencia de la acción de tutela para crear una vía alterna a los medios de defensa judicial que tuvo a su alcance la parte demandante.

Al decidir en sede de revisión, la Corte Constitucional concede el amparo basándose en varios argumentos. Por un lado, recalca la Sala que el derecho a la filiación es un derecho fundamental y debe ser protegido, sobre todo, cuando este se encuentre ligado con los derechos fundamentales del niño previstos en el artículo 44 de la Constitución⁹⁹, en especial, en lo referente al derecho a tener un nombre y a tener una familia y no ser separado de ella, así como en el artículo 14 de aquella, el cuál establece que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". En ese sentido, agrega, la ley dispone de un proceso específico encaminado a establecer la paternidad mediante investigación, para los casos en los que no se presente un acto de reconocimiento por parte del progenitor. Dicho procedimiento, continúa, debe ceñirse a las reglas del debido proceso y adelantarse en estricto acatamiento a las disposiciones legales correspondientes pero, en lo referente a las formalidades, no puede olvidarse el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial previsto en el artículo 228 C.P.¹⁰⁰ Partiendo de esto, concluye la Corte que la eventual falta de una de las formalidades procesales previstas "*no puede frustrar el cometido esencial del proceso, obstruir el acceso a la administración de justicia, ni tampoco impedir que se adopte decisión de fondo.*"

Por otro lado, la Sala se refiere a la procedencia de la tutela no obstante haberse omitido el ejercicio de recursos procesales para impugnar las decisiones de las cuales se reniega mediante demanda de amparo constitucional. Ha dicho la Corte que, al no hacerse uso de la oportunidad de impugnación dentro

99 Dice el artículo 44: Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

100 Artículo 228 C.P.: La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (Subrayado fuera de texto).

del tiempo que la ley le otorga, no puede esperarse que el Estado despliegue su actividad jurisdiccional para ofrecerle la protección que necesita. No obstante lo expuesto, aclara que, *“si se atiende a la equidad, que busca realizar la justicia en el caso concreto, habrá de reconocerse que en determinadas situaciones la absoluta imposibilidad en que se halla el sujeto perjudicado por la omisión procesal para evitarla, o para ejercer los recursos que le permitan su defensa, lo libera plenamente de responsabilidad por la conducta omisiva y hace necesario que, con miras a la prevalencia del Derecho sustancial, se atempere la rigidez de la exigencia expuesta y se otorgue la posibilidad del amparo judicial extraordinario.”* Y esto ocurre, concluye, “cuando los intereses en juego corresponden a menores”, porque en dichas circunstancias, no puede sancionarse al niño eliminando toda posibilidad de hacer valer sus derechos, por lo cual es procedente la tutela. Con base en los anteriores argumentos, la Corte concede la tutela por violación, en primer lugar, del debido proceso, al dejarse indefensa a la menor afectada y no respetarse las reglas propias del respectivo juicio, en segundo lugar, del libre acceso a la administración de justicia por abstenerse de resolver el caso, en tercer lugar, de los derechos fundamentales del niño y, finalmente, por sacrificar el derecho sustancial haciendo prevalecer formalidades inconducentes, que hubiesen sido subsanables desde el comienzo.

En una sentencia posterior¹⁰¹, se pide a la Corte conceder el amparo de tutela por estimarse que el juez de segunda instancia, dentro de un proceso de filiación natural y al confirmar en apelación la sentencia de primer grado que desestimó las pretensiones de la demanda, vulneró los derechos fundamentales del menor de quien se trata en el caso al nombre, al estado civil y a una personalidad jurídica, por haberse resuelto el fondo de la litis sin la práctica de la prueba antropoheredobiológica a los interesados, aun cuando esta había sido decretada. De los hechos del caso se desprende que la prueba científica fue decretada en primera instancia, más no fue practicada por inconvenientes en el ICBF. También en segunda instancia fue ordenada, más se dictó sentencia sin ser valorada, por cuanto el ICBF programó la práctica de dicho examen por fuera de los términos probatorios. Inconforme con la decisión, la parte demandante formuló recurso extraordinario de casación, el cual fue declarado inadmisible y desierto por no haber sido indicadas, según lo establece la ley, las normas de carácter sustancial y probatorio consideradas infringidas, así como por no indicarse que la ilegalidad del juicio jurisdiccional

¹⁰¹ CConst, T-488/1999, M. Sáchica.

en cuestión residía en el desconocimiento de los preceptos de la Ley 75 de 1968 respecto de la práctica de la prueba científica en los procesos de filiación.

La parte demandante acudió entonces a solicitar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al nombre y a una familia verdadera mediante la vía de la tutela. Esta fue concedida en primera instancia bajo el argumento de que en ambas instancias del proceso de filiación natural fue manifiesta la intención del juzgador de no lograr la práctica y el recaudo de la prueba, pues se dio primacía a simples formalidades sin agotar las posibilidades previstas por Ley de ampliar el término probatorio o decretar pruebas de oficio antes de fallar. Este fallo fue impugnado por la Sala accionada. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al conocer del caso en segunda instancia de tutela, denegó el amparo solicitado por improcedente sobre la base de que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales. Recalcó además sobre la necesidad de "*proteger la autonomía e independencia de los jueces en sus decisiones y el hecho de que no es una instancia o recurso adicional de las actuaciones judiciales, mucho menos, cuando el asunto, como el presente culminó en forma legal hace más de 2 años, después de haberse tramitado las dos instancias e intentado el recurso extraordinario de casación, declarado desierto por defectos técnicos en la demanda sustentatoria.*" Concluyó además que, de anularse por vía de tutela la decisión en el procedimiento ordinario, se desconocería la valoración probatoria del juez, que está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, imponiéndole al juzgador "*no sólo la forma como debe interpretar y aplicar la ley procesal en cuanto a los términos probatorios, sino también las disposiciones aplicables, las pruebas que le corresponde practicar e incluso la forma como las debe apreciar.*"

La Sala de la Corte Constitucional procede a la revisión de las sentencias. En primer lugar y para darle apoyo a su posterior decisión, entra la Corte a hacer un análisis jurisprudencial sobre la filiación natural de los menores como atributo de la personalidad jurídica y su reconocimiento como derecho constitucional fundamental, dentro del cual concluye que la filiación "constituye un atributo de la personalidad jurídica, en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas, además como un derecho innominado" que se refuerza aún más si está conectado con los derechos constitucionalmente consagrados a favor de los niños.

Más adelante en sus consideraciones, refiriéndose a la omisión de la práctica de las pruebas decretadas dentro del proceso, la Corte señala que *"los principios que propenden por la autonomía e independencia de los jueces, el respeto a la vigencia de las jurisdicciones ordinaria y especiales, y la seguridad jurídica, constituyen límites rígidos frente a la procedibilidad de la acción de tutela"* y que dicha autonomía conlleva la potestad del juez de apreciar, conforme al ordenamiento jurídico y según la sana crítica, la validez, aptitud, pertinencia y conducencia de los medios probatorios obrantes en el expediente. No obstante, apunta, al juez no le es permitido decretar pruebas y después, *"por su capricho o para interrumpir términos legales que transcurren a favor del procesado y de su libertad, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio."* Por lo que en los casos en que así ocurra, "resulta palmaria la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y ostensible la arbitrariedad judicial." En referencia al caso específico, parte la Corte del hecho de que los jueces de las dos instancias dejaron de practicar, a pesar de haber sido decretada, una prueba conducente y determinante para la decisión final del proceso de filiación natural, lo que impidió su valoración y apreciación dentro del proceso. Hace hincapié en que se trata aquí del decreto y práctica de una prueba antropoheredobiológica que, conforme a lo previsto en el artículo 7 de la Ley 75 de 1968, no está sujeta a una decisión discrecional del juez sino que, por el contrario, debe ser practicada en forma obligatoria. Y va más allá al afirmar que no sólo corresponde al juez decretarla de oficio, sino también adoptar las medidas procesales que estime indispensables, con el fin de que su práctica sea de conocimiento de todos los intervenientes y exista oportunidad y modo de cumplimiento acelerado de ella. Así, la omisión de la prueba científica, una vez decretada esta, da lugar a una nulidad procesal por violación del derecho que tienen las partes a proteger sus intereses en el trámite judicial respectivo, a lo que se agrega que los obstáculos que se presentaron para su práctica, no justifican de manera suficiente la omisión total de su realización. Como conclusión, y apoyándose en la decisión de 1996 anteriormente expuesta, establece la Corte que, tratándose aquí de la garantía de los derechos fundamentales de los niños y la realización de los principios de igualdad y equidad en la administración de justicia, es necesario reconocer un predominio del derecho sustancial que se discute en el caso, como es la decisión de fondo sobre el reconocimiento de la filiación natural del menor, en términos reales y ciertos. Apoyada en los argumentos aquí expuestos, la Corte concede la tutela, revoca el fallo de tutela proferido en segunda instancia

por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia y confirma la decisión de tutela de primer grado que amparó los derechos del menor.

En el mismo sentido, pero reforzando su posición, se pronunció la Corte en el siguiente caso traído a la reconstrucción de la línea.¹⁰² En este, la Sala de revisión tuvo que decidir sobre una demanda de tutela en la que se alegaba una vía de hecho, por cuanto las sentencias dentro de un proceso de filiación habían sido dictadas sin valorarse la prueba científica HLA, la cual había sido decretada, más nunca se practicó. En relación con la prueba científica expuso la Sala que “*en razón de lo prevalente que resulta para el Estado social de derecho, de cara a las consideraciones de orden puramente procesal relativas a la actividad e inactividad de las partes, el esclarecimiento de la verdadera filiación, con miras a hacer efectivos los derechos y las obligaciones paterno-familiares –artículos 2º, 14, 42, 44, 228 C.P.– la Sala concluye que el decreto y la práctica de las pruebas genéticas, en los procesos de investigación de la maternidad y de la paternidad, en cuanto conducen a la exclusión, con certeza absoluta de quien no es el progenitor, y al señalamiento, con una probabilidad cercana a la certeza, de quien sí lo es, son de imperativo cumplimiento.*” A lo anterior añadió que el decreto y la práctica de la prueba está previsto en el artículo 7º de la Ley 75 de 1968 en forma de mandato categórico, por lo que no podían los jueces justificar sus omisiones al respecto en la actuación de las partes, ya que es al juez a quien compete establecer lo ocurrido con el fin de determinar la filiación, más aún si se encuentran menores involucrados. Adicionalmente considera que constituye una vía de hecho “*excluir una paternidad discutida sin practicar los exámenes que permiten hacerlo con absoluta certeza, al igual que establecer una filiación sin el auxilio eficaz que los avances de la ciencia genética ofrecen para hacerlo, porque si bien existe libertad probatoria para las partes, en cuanto a la demostración de los hechos en que fundan sus pretensiones y excepciones, para la decisión se requiere que el juez adquiera tanta certeza como fuere científicamente posible, para excluir o declarar una paternidad disputada.*” Con base en lo anteriormente expuesto, la Corte concedió el amparo. Teniendo en cuenta, por un lado, que los tiempos que se requieren para la realización de la prueba de HLA son dilatados y que el término para que se pudiera presentar el recurso extraordinario de revisión contra las sentencias dictadas estaba a punto de vencer, y por otro lado, la necesidad de garantizar a la parte demandante la posibilidad de recurrir en revisión, la Sala decidió suspender durante cuatro

¹⁰² CConst, T-1342/2001, A. Tafur.

meses el término para la interposición del recurso de revisión, con el objeto de que pudiera realizarse la prueba de HLA y de que los interesados pudieran interponer el recurso, de acuerdo con el resultado del examen genético.

3.2 Prevalencia de las formalidades procesales como garantía de la cosa juzgada y la seguridad jurídica

Dos sentencias posteriores contrastan dentro de la línea por cuanto, en estas, la Corte muestra su firmeza en la defensa de la seguridad jurídica y la institución procesal de la cosa juzgada. En la primera de ellas¹⁰³ se alega que la sentencia demandada incurrió en vía de hecho en el análisis y valoración de la prueba antropoheredobiológica, al abstenerse de declarar la paternidad del demandado, siendo que dicha prueba determinó la compatibilidad genética con la menor, en un 99% de confiabilidad. Según el juez de instancia que denegó las pretensiones de la demanda, si bien se había demostrado la ocurrencia de relaciones íntimas entre la madre y el demandado durante la presunta época de la concepción, no se había establecido que estas se hubieran prolongado hasta la fecha en la cual se concibió a la menor y agregó que la prueba científica, por sí sola, no demostraba la paternidad del demandado. Contra este fallo se presentó inicialmente el recurso de apelación, sin embargo, se desistió posteriormente de su trámite. Pasados 5 años la demandante decide acudir a la acción de tutela para que se amparen los derechos fundamentales a la filiación legítima y al debido proceso.

Ante estos hechos, la Corte se preguntó en su momento si, a pesar de que no se ejercieron los recursos legales contra la sentencia judicial de primera instancia, y de haberse esperado más de 5 años para impugnarla por vía de tutela, dicha acción era procedente para proteger el derecho fundamental a la filiación de la menor, presuntamente violado por una vía de hecho en la valoración judicial de la prueba antropoheredobiológica. La Sala declaró improcedente el recurso de amparo fundamentándose en dos argumentos. Según el primero de ellos, al desistir la actora manifiestamente del recurso de apelación interpuesto, renunció con ello a la oportunidad de controvertir la decisión de primera instancia en relación con la valoración de la prueba antropoheredobiológica. Por ello, dice la Corte, no puede la parte demandante solicitar con posterioridad la protección de los derechos fundamentales de la

¹⁰³ CConst, T-305/2003, R. Escobar.

menor a través de la acción de tutela, ya que, esta “constituye un mecanismo residual y subsidiario, que no ha sido instituido para revivir instancias perdidas”. Así, con su desistimiento, la actora no sólo permitió que la decisión de primera instancia hiciera tránsito a cosa juzgada, sino también eliminó la posibilidad de acudir al mecanismo de la tutela para alegar la vía de hecho en el análisis y valoración de la prueba científica. El segundo argumento expuesto por la Corte fue que, aun cuando no se ha establecido un término de caducidad para la presentación de la acción de tutela, la misma Corporación ha determinado que su interposición debe darse dentro de un plazo razonable, proporcional y justo, que debe estimarse de acuerdo con las particularidades del caso, razón por la cual no puede desconocerse el hecho de que haya existido un motivo justificable para la demora en la solicitud de protección constitucional. Tras hacer el respectivo análisis, la Sala concluye que el tiempo de 5 años y 7 meses transcurrido “entre el hecho generador de la amenaza o violación y la interposición de la acción de tutela resulta irrazonable y desproporcionado ante la supuesta actuación arbitraria y abusiva del juez, en particular, si la violación se trata del derecho fundamental a la filiación de su hija menor.” Agrega que tampoco es procedente para efectos de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ya que no se ven manifiestos los elementos de inmediatez e inminencia de una amenaza o vulneración grave. En razón de lo anterior concluye la Sala que “es necesario proteger la seguridad jurídica del demandado y de la menor en relación con la inexistencia de filiación entre ellos”, ya que mantener en una situación indefinida el estado civil, tanto de la menor como del demandado en proceso de filiación, permitiendo que a través de la acción de tutela se revivan instancias que fueron desestimadas por los interesados en su debida oportunidad, iría en contra del principio de seguridad jurídica. Después de todo, concluye que los efectos de la decisión judicial ejecutoriada y con fuerza de cosa juzgada deben ser respetados, razón por la cual no entra a pronunciarse en relación con los argumentos de fondo esgrimidos por la actora.

Como se infiere de lo anteriormente expuesto, en este fallo la Corte defiende la tesis de la prevalencia de las formalidades procesales, de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, es decir, del debido proceso, sobre el derecho sustancial. Pero esto ante la presencia de tres situaciones: la primera de ellas, por cuanto se trata aquí, no de la falta de práctica o valoración de la prueba genética, sino de la libertad misma del juez en la apreciación de los medios probatorios; la segunda, en la medida en que la parte actora, al

haber renunciado a la oportunidad de controvertir la decisión de instancia, no actuó de forma diligente dentro del proceso; y la tercera, relativa también a la diligencia de la parte demandante, en tanto no actuó dentro de un plazo razonable, proporcional y justo, para solicitar, en sede de tutela, la defensa de los derechos del menor. Sumados estos tres aspectos se puede concluir de la argumentación de la Corte una nueva subregla, según la cual, aún estando en juego los derechos fundamentales de la menor a una filiación legítima y al debido proceso, ante la falta de diligencia de quien representa sus intereses, deben imponerse los principios de la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

En el siguiente fallo¹⁰⁴ el peticionario, quien fue declarado padre extramatrimonial dentro de un proceso de filiación, solicita la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, y a la igualdad, así como la protección del derecho de la menor a conocer su verdadera filiación. Fundamenta su petición en el hecho de que en primera instancia se omitió la práctica de la prueba científica y, habiendo apelado, esta no pudo realizarse debido a que el demandado, ahora peticionario en sede de tutela, por sus circunstancias económicas no pudo pagar el valor de la misma. Adicionalmente, con posterioridad a la sentencia y, según dice el actor, estando en mejores circunstancias económica, hizo realizar la prueba de ADN que resultó excluyente de la paternidad. No obstante ello, no se interpuso recurso de casación en los términos oportunos.

Una vez más en este caso, reiterando lo dicho en la anterior sentencia, y sobre la base de los hechos expuestos, la Corte decide confirmar las decisiones proferidas en primera y en segunda instancia, que negaron el amparo solicitado, en razón a que “los defectos tanto fácticos como sustantivos que el actor endilga a las providencias objeto de impugnación a través de la tutela, eran susceptibles de plantearse mediante el recurso extraordinario de casación, medio a través del cual el actor habría podido obtener plena protección para los derechos que estima le fueron vulnerados.” Agrega, además, que no resulta admisible que dos años después de proferida la sentencia de segunda instancia, pretenda reabrir la controversia a través de la acción de tutela. Finalmente, concluye que el demandante debió hacer valer sus reparos en el escenario del proceso de filiación, a través de los recursos que le brindaba la ley, y el no haberlo hecho, “*impide que por la vía de la tutela pretenda reabrir*

¹⁰⁴ CConst, T-307/2003, R. Escobar.

el debate, para controvertir la definición de unos derechos judicialmente declarados en cabeza de una menor y que se encuentran amparados por la institución de la cosa juzgada." Con esta sentencia la Corte, una vez más, le da prevalencia a las instituciones procesales, aplicando la subregla anteriormente expuesta, y restándole así importancia a los derechos fundamentales del demandante, por haberse demostrado su negligencia en el hecho de haberse abstenido a acudir a los recursos dispuestos por ley para controvertir la decisión judicial que le resultó adversa.

3.3 El rigor procesal debe ceder ante la verdad científica

En una sentencia de 2004¹⁰⁵, la Corte Constitucional sostiene el rumbo de su argumentación anterior, ante una situación fáctica equivalente a la de la primera fase de la línea aquí expuesta. En esta, la Sala de Revisión tuvo que decidir en un caso en que se determinó que el juzgado de primera instancia había dictado sentencia desestimatoria dentro de un proceso de filiación extramatrimonial sin esperar que arribaran los resultados de la prueba antropoheredobiológica que había sido decretada por el mismo juez y también practicada en el laboratorio. Los resultados de la prueba científica, la cual arrojó una probabilidad de paternidad de 99.999% del demandado respecto del demandante, en este caso un mayor de edad, se dieron a conocer de forma extemporánea frente al proceso de filiación, pero el actor dejó vencer los términos para interponer el recurso de apelación. La Corte, retomando la posición adoptada en la primera etapa de esta línea, subraya la importancia de la práctica de la prueba científica, por el hecho de establecerse a través de esta la filiación de una persona, siendo este un derecho fundamental que involucra otros derechos fundamentales como lo son la personalidad jurídica, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, el derecho a tener un estado civil, y, cuando se trata de menores, los derechos fundamentales del niño, que adquieren un carácter prevalente. Asimismo, reitera que el juez, "como director del proceso y por expreso mandato legal, [...] está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento sino que se proyecta a la realización de aquella, en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia." Respecto del principio de prevalencia del derecho sustancial sostiene la Sala que corresponde al deber de proteger y salvaguardar, en particular, los derechos y

¹⁰⁵ CConst, T-411/2004, J. Araujo.

libertades fundamentales, más allá del sometimiento a simples ritualidades y formalismos. En lo que parece una respuesta a las decisiones inmediatamente anteriores, que defendieron la primacía de las formalidades procesales, manifiesta que “*la decisión rigurosa de declarar improcedente la acción de tutela cuando el actor no hizo uso del medio de defensa ordinario que tenía para hacer valer sus derechos, llevaría en determinados casos a que lo formal imperara sobre lo sustancial, pues, frente a la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales, prima la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa. De lo contrario, en aquellos eventos el juez de tutela estaría prestando su tácita aquiescencia frente a una vulneración de los derechos fundamentales de una persona, amparado en el subterfugio de la aplicación de una formalidad que debe ceder ante el derecho sustancial, por constituir éste la razón de ser de aquella.*”

En cuanto a la actitud del juez de primera instancia, la Corte se remite a lo dispuesto por la Ley 721 de 2001 en su artículo 3º, según el cual “*sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.*” En su interpretación de la norma, concluye la Sala que el juez sólo está “facultado legalmente para dictar sentencia cuando de forma terminante, decisiva y categórica no le es posible conocer los resultados del experticio.” De lo que concluye que el juez de primera instancia debió haber agotado todos los mecanismos que le confiere la ley para determinar la imposibilidad de la práctica de la prueba conducente al reconocimiento de derechos sustanciales de carácter fundamental antes de dictar sentencia. Así, al haberse omitido la prueba que daba lugar al reconocimiento de derechos sustanciales del demandante en el proceso de filiación, se incurrió al fallar en un *defecto fáctico* que “comporta una dimensión omisiva que implica una falta en la producción o la valoración de pruebas determinantes de la veracidad de los hechos analizados por el juez”. Como consecuencia de ello, se incurrió también en una *defecto sustantivo*, ya que el juez en mención “*no aplicó las disposiciones que contemplan el reconocimiento de la condición de hijo, la cual acarrea derechos en el campo de las relaciones de familia, todo ello con manifiesta violación del ordenamiento jurídico.*”

Al referirse a la omisión del actor, dentro del proceso de filiación, de interponer contra la sentencia proferida el recurso de apelación al que tenía

derecho, sostiene la Corte que es necesario “*ceder ante la contundencia de la verdad científica y ante la trascendencia de los derechos que se ponen en juego*”, porque, de lo contrario, el demandante “se vería abocado de por vida a una situación de flagrante vulneración de sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica y a su estado civil. De igual manera, conociendo ahora sin posibilidad de duda la identidad de su padre, si se le negara el derecho que tiene a establecer su filiación y su estado civil, [...] estaría recibiendo menoscabo también en relación con su dignidad como persona humana.” La Sala reconoce en este punto que, por regla general, al decidir el interesado en un proceso no disponer de la posibilidad de un recurso, como en este caso el extraordinario de casación, debe aceptar las posibles consecuencias adversas a sus intereses que de esto se deriven. No obstante, “*desde el punto de vista sustantivo las consecuencias desfavorables de la falta de interposición de un recurso pueden no ser aplicables, por tratarse de un derecho indisponible, como ocurre con los derechos fundamentales y, en particular, con el estado civil de las personas*”, como sucede en este caso. Por lo anteriormente expuesto, la Corte concedió el recurso de amparo y dispuso que el juez debía dictar una nueva sentencia, para la cual debía tener en cuenta el resultado del examen genético.

Lo paradójico del siguiente caso¹⁰⁶ lleva a la Sala de Revisión, no sólo a reiterar la jurisprudencia hasta ahora proferida sobre el tema, sino a ahondar en la discusión sobre la prevalencia de las formalidades procesales o el derecho sustancial. Sin entrar en detalles, se trata aquí de un proceso de filiación en el cual se declaró la paternidad del demandante en sede de tutela, con base en distintas pruebas entre las cuales estaba una prueba antropo-heredobiológica practicada por el ICBF. Posteriormente al fallo de segunda instancia, convencido de que no era el padre de la menor, el actor se sometió, junto con esta y con su madre, a una nueva prueba de ADN que determinó la exclusión de la paternidad. Por esta razón, el tutelante instauró una demanda penal contra la directora del laboratorio que realizó la primera práctica. Dentro del proceso penal, fue ordenada por la Fiscalía una nueva prueba genética, la cual arrojó nuevamente un resultado excluyente de la paternidad.¹⁰⁷ El actor interpuso recurso de revisión contra la sentencia de segunda instancia con

¹⁰⁶ CConst, T-1226/2004, M. Cepeda.

¹⁰⁷ La Unidad de la Fiscalía que determinó precluir la investigación penal contra la Directora del laboratorio ordenó también compulsar copias para investigar la conducta de la madre de la menor en relación con el proceso de investigación de paternidad que se tramitó contra el demandado en proceso de filiación, ahora actor de la tutela.

base en la causal cuarta del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil¹⁰⁸, pero este fue declarado infundado por haber precluido la investigación penal contra la directora del laboratorio. En resumen, el actor hizo uso de todos los recursos para impugnar la decisión de la jurisdicción de familia. Al hacer el análisis del caso, la Corte, en primer lugar, procede a reiterar la posición planteada en sentencias anteriores en relación con la procedibilidad de la tutela en estos casos, con el derecho a la filiación y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades del proceso.

Ante la paradoja aquí planteada, la Corte se enfrente a la siguiente disyuntiva: “de acuerdo con los conocimientos científicos actuales el actor no puede, de ninguna manera, ser considerado padre natural de la niña. Esa es la realidad a la luz de exámenes de ADN. Sin embargo, dado que en el proceso penal no fue condenada la persona responsable de la prueba realizada en el Laboratorio de Genética del ICBF, decisión que sirvió de base a la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Civil que desestimó el recurso de revisión instaurado por el actor, éste *habrá de resignarse a aparecer como padre de la menor, con todas las consecuencias que ello apareja, no solo para él, sino sobre todo para la menor, que desconoce quién es su verdadero padre.*¹⁰⁹” A juicio de la Sala de Revisión, “*obligar al actor a tener como su hija a una niña que no lo es – y a la menor a tener por padre a quien no lo es – constituye una afectación de sus derechos a la filiación (C.P., art. 14), a la familia (C.P., art. 42), al libre desarrollo de la personalidad (C.P., art. 16) y a la dignidad (C.P., art. 1), además de su derecho de acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva (C.P., art. 229). [...] Pero, además, también es claro que la situación descrita constituye una afectación de los derechos de la menor, quien no podrá establecer su verdadera filiación (C.P., art. 14), con todas las repercusiones que ello podrá tener sobre sus derechos fundamentales prevalentes como niña (C.P., art. 44), sobre el libre desarrollo de su personalidad (C.P., art. 16) y sobre su dignidad (C.P., art. 1).*”¹¹⁰ En cuanto a la inadmisión del recurso de revisión por parte de la Sala de casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reconoce la Corte Constitucional que este es un recurso extraordinario que debe operar dentro de límites precisos, con el objeto de preservar la institución de

¹⁰⁸ Art. 380 C.P.C.: Son causales de revisión: [...] 4. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

¹⁰⁹ Subrayado fuera de texto.

¹¹⁰ Subrayado fuera de texto.

la cosa juzgada y, en consecuencia, la seguridad jurídica. No obstante ello, agrega que, "en ocasiones, las normas jurídicas pierden actualidad frente a los avances de la ciencia y que le corresponde a los jueces procurar armonizar su interpretación con los nuevos descubrimientos, mientras el Legislador decide adaptar la legislación a los hallazgos de la ciencia. Ello es especialmente relevante cuando lo que está en juego son los derechos constitucionales fundamentales, los cuales han de ser aplicados no solo en sede de tutela, sino al interpretar cualquier norma legal."

Y una vez más insiste la Corte en que, en este caso, la ciencia determina que el actor no es el padre biológico de la menor, pero una sentencia, que no fue invalidada, dice que sí lo es. *"La realidad es una, pero el veredicto de la justicia civil es contrario a ella."* De frente a esto, y teniendo en cuenta que en este caso se surtieron todos los recursos posibles para impugnar la sentencia proferida en el proceso de filiación, la Sala de revisión tiene que acudir a una solución diferente a las ofrecidas en casos anteriores en los que, o no se habían practicado las pruebas, o no se habían interpuesto todos los recursos puestos a disposición para impugnar las decisiones de instancia. Con esto, concluye que la solución debe estar dirigida a *"evitar tanto que la menor tenga por padre biológico a quien no lo es, lo cual le impediría averiguar quién es realmente su progenitor, como que el actor tenga que resignarse a aceptar como su descendiente a una niña que a todas luces no es su hija."* Así, concedió la tutela solicitada como una medida transitoria, hasta que la jurisdicción penal o la civil tomara la decisión que correspondiese, para lo cual estas deberían atender al valor científico de los dictámenes genéticos en los que se declara que el actor estaba excluido de ser el padre biológico de la menor. Para ello la Corte habilitó un término de tres (3) meses para que el actor pudiera interponer un nuevo recurso de revisión.

En la última sentencia presente en la línea¹¹¹ la Corte tiene que decidir una vez más sobre una acción de tutela en un caso en que, habiéndose omitido la práctica de la prueba científica durante el proceso, pero habiendo una prueba de ADN contraria y posterior al fallo en firme, no se interpusieron los recursos previstos para impugnar la sentencia proferida en el proceso de filiación. Esta sentencia, no obstante ser reiteradora de los argumentos expuesto en decisiones anteriores, dirigidos a darle prevalencia a la ley sustancial sobre las formas procedimentales, cobra importancia por cuanto se

¹¹¹ CConst, T-584/2008, H. Sierra.

detiene a recapitular la jurisprudencia de la Corte sobre el tema y, más aún, a extraer las reglas que de anteriores pronunciamientos han surgido. Es así como en este fallo concluye que, de los precedentes, se pueden extraer las siguientes reglas: i) es necesario decretar y practicar efectivamente la prueba de ADN en los procesos judiciales en los cuales se debate la filiación, (ii) el examen de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales debe ser menos riguroso en estos casos debido a la naturaleza fundamental y el carácter indisponible de los derechos en juego, (iii) privilegiar la fuerza de cosa jugada de las sentencias ejecutoriadas que establecen la filiación, como resultado del rigor procesal de la configuración del recurso de revisión, sobre los resultados de los exámenes genéticos puede ocasionar una afectación inaceptable de los derechos fundamentales. A lo anterior agrega, estableciendo una subregla adicional, que en los casos en los que no se practique la prueba genética, y aún a pesar de que el interesado no ha sido del todo diligente en el ejercicio de los otros medios de defensa judicial, puede recurrirse a la tutela para tales efectos.

4. CONCLUSIONES

Ante la cuestión de si en los procesos judiciales dirigidos a establecer la filiación de una persona respecto de sus ascendientes o descendientes debe prevalecer el derecho sustancial o la formalidad procesal, habiéndose presentado errores en la valoración de las pruebas, bien sea por falta de práctica de la prueba científica, por la errada valoración hecha por los jueces de instancia de la misma, o por presentarse con posterioridad a la sentencia un prueba genética que contradiga lo fallado por los jueces de instancia, estando la sentencia en firme y con valor de cosa juzgada, la Corte Constitucional ha defendido dos posiciones: la primera de ellas, defiende la primacía de la ley sustancial, de la verdad biológica, por encima de los rigores procesales y de los principios de la seguridad jurídica y la cosa juzgada; la segunda opta por darle prevalencia a dichos principios.

En la primera fase de la línea, ante casos en los cuales no fueron practicadas las pruebas genéticas dentro de los procedimientos de investigación de la paternidad, la Corte Constitucional, viendo el yerro ostensible de los jueces, y en algunos casos las fallas en la representación de los menores, decidió defender la tesis de la prevalencia del derecho sustancial, en aras de defender los derechos fundamentales en juego.

Posteriormente, en una segunda fase, la Corte propugna una primacía del proceso sobre los derechos fundamentales de las personas involucradas, y pasa a defender los principios de la cosa juzgada y la seguridad jurídica con toda firmeza. Esa firme defensa, no obstante, se hace presente ante eventos específicos dentro del desarrollo del proceso de filiación. En ese sentido, se hace manifiesto cómo, en las dos sentencias correspondientes a esta fase, la Corte apoya su decisión en la actividad procesal de las partes, esgrimiendo, en uno y otro caso, la actitud poco diligente de los tutelantes durante el proceso de investigación de la paternidad, al haberse omitido el ejercicio de los recursos procesales para controvertir las decisiones judiciales que resultaron adversas.

La misma Corte, en la primera de estas dos sentencias¹¹², justifica el endurecimiento de su posición respecto de las anteriores decisiones

¹¹² CConst, T-305/2003, R. Escobar.

argumentando, en lo referente a lo procedibilidad de la tutela ante la existencia de una posible vía de hecho en el proceso de investigación de la paternidad, “que la valoración que se haga del principio de subsidiariedad adquiere cierto margen de flexibilidad, en los casos en que se ha dejado de practicar la prueba antropoheredobiológica previamente decretada, se ha producido un fallo inhibitorio en el proceso atribuible a simples irregularidades formales, o se han apreciado ostensibles fallas en la representación judicial de los menores, ya que tales deficiencias pueden afectar el derecho de estos últimos a conocer su verdadero estado civil, colocándolos en condiciones de indefensión en los casos en que el derecho debe ser definido a través de las vías legales ordinarias.” Pero, agrega, esta es una regla de carácter excepcional no aplicable en el caso concreto, ya que en este no solo se practicó la prueba científica, sino que no se estableció que hubiese habido deficiencias en la defensa técnica del menor, ya que fue la propia madre de este quien tomó la decisión de desistir del recurso de apelación, dejando así en firme la sentencia de instancia que negó la paternidad del demandado.

Hasta este punto del análisis de la línea se desprende que, cuando están en juego los derechos fundamentales aquí discutidos, esto es, el derecho a la personalidad jurídica, al estado civil, a la familia, y los derechos fundamentales de los niños, la Corte defiende la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades procesales. Pero no en todos los casos y por encima de todo. Es así como en las dos ocasiones anteriormente mencionadas, la Corte arguye que, ante la presencia de determinados factores, esta subregla se desdibuja, más concretamente en aquellos casos en que la parte tutelante no ha mostrado la diligencia procesal necesaria que haga valedera y congruente la afectación de los principios de la cosa juzgada y la seguridad jurídica en defensa del derecho sustancial y los derechos fundamentales.

En la tercera fase de la línea, sin embargo, la Corte retoma y refuerza su posición inicial, oponiéndose expresamente a lo expuesto en las dos decisiones ya mencionadas. Es así como la Corte, basándose en sus propios precedentes, concluye la existencia de varias subreglas en lo referente a la prevalencia del derecho sustancial frente a la formalidad procesal en los procesos de filiación. La primera de ellas sostiene que *desde el punto de vista sustancial, las consecuencias desfavorables de la falta de interposición de un recurso pueden no ser aplicables, por tratarse de un derecho indisponible, como*

ocurre con los derechos fundamentales y, en particular, con el estado civil de las personas¹¹³. La segunda afirma que los rigores del proceso no pueden ser llevados a tal extremo de desconocer la relevancia de una prueba científica de la naturaleza del ADN, máxime cuando se trata de un proceso de filiación, por privilegiar una interpretación excesivamente formalista de la causal bajo estudio¹¹⁴. Y por último, que privilegiar la fuerza de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas que establecen la filiación, como resultado del rigor procesal, sobre los resultados de los exámenes genéticos puede ocasionar una afectación inaceptable de los derechos fundamentales¹¹⁵. Como argumento global al respecto, la Corte reconoce la importancia de preservar la cosa juzgada y, en consecuencia, la seguridad jurídica, pero considera que, en ocasiones, las normas jurídicas pierden actualidad frente a los avances de la ciencia y que les corresponde a los jueces procurar armonizar su interpretación con los nuevos descubrimientos, mientras el legislador decide adaptar la legislación a los hallazgos de la ciencia. Esto, añade, es especialmente relevante cuando lo que está en juego son los derechos constitucionales fundamentales, los cuales han de ser aplicados no solo en sede de tutela, sino al interpretar cualquier norma legal.¹¹⁶

Según se deduce de los argumentos expuestos por la Corte, en los casos dirigidos a determinar la filiación, se exige diligencia extrema tanto de los jueces como de las instituciones encargadas de realizar las pruebas científicas. Mas cierta diligencia también se espera de las partes, en especial tratándose de menores cuando en el proceso actúan los representantes de sus intereses. En estos casos, la Corte le ha dado cabida a la posibilidad de que se le brinde primacía al rigor procesal sobre la ley sustancial.

Mas sin embargo, en el estado actual de la posición de la Corte Constitucional, prevalece la verdad biológica, el derecho sustancial, sobre los rigores procesales. Prima la ciencia una vez más sobre el derecho, surge la prueba científica como un derecho social a la verdad.

¹¹³ CConst, T-411/2004, J. Araujo.

¹¹⁴ CConst, T-584/2008, H. Sierra.

¹¹⁵ CConst, T-584/2008, H. Sierra.

¹¹⁶ CConst, T-1226/2004, M. Cepeda.

LA AFFECTIO SOCIETATIS EN LA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Glauco Iván Benavides Hernández, Martha Teresa Florez Samudio, Lubin Fernando Nieves Meneses, Eva Ximena Ortega Hernández en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. DE AFECTOS Y EFECTOS PATRIMONIALES

Después de varios años de convivencia, de compartir vida, techo y lecho, como si de un matrimonio se tratara pero sin estar casados, un hombre y una mujer, concubino y concubina, por razones que no vienen al caso, deciden separar sus caminos. Atrás quedan no solo los lazos afectivos, las relaciones sexuales, la ayuda y el socorro mutuo. Quedan también los esfuerzos recíprocos, la colaboración y las labores conjuntas por desarrollar y sostener un proyecto de vida que en este punto de la historia enfrenta su fracaso y se conduce al fin. En el medio, no obstante, permanecen los frutos de ese trabajo y ese empeño constantes que aportaron uno y otro. ¿Qué le pertenece a ella? ¿Qué le pertenece a él? ¿Qué le corresponde a ella de los bienes de aquél? ¿Y qué a él de las utilidades de aquella? O viceversa.

Respuesta: ni a la concubina ni al concubino, por el solo hecho de ser tales, les confiere la ley derecho alguno sobre los bienes o utilidades que haya adquirido su compañero durante el tiempo en que han convivido. La cohabitación, *per se*, no origina una sociedad patrimonial.

Esta era la respuesta que a principios del siglo pasado se daba ante una situación fáctica como la que aquí se presenta. No sin razón, si se tiene en cuenta que, hasta el año de 1936, el concubinato estaba tipificado

como conducta punible, sin contar con los principios de una moral religiosa que defendía una sociedad entera. Legislador, juez y sociedad que no estaban dispuestos a reconocerle a las llamadas relaciones de barraganería efectos legales, jurídicos o sociales semejantes a los reconocidos al matrimonio celebrado según las normas del momento.

Sin embargo, una Corte Suprema de Justicia progresista, sintiendo palpitan tes una necesidad y una evolución sociales, decide, en 1935, aún estando vigente la tipificación aludida, cambiar la historia y darle un giro a esa respuesta. Así, para superar esa situación de inequidad respecto de las uniones concubinarias, y en especial, en defensa de la concubina, al ser esta, por regla general, la parte más débil de la relación, la Corte en una sentencia de ese año, sentó la base de una jurisprudencia que se desarrollaría con el tiempo y que construyó la teoría de la sociedad de hecho entre concubinos. Esta teoría significó un segundo paso en el proceso de reconocimiento de la igualdad económica entre concubino y concubina, ya que la misma Corte, con anterioridad a ello, había venido aplicando la teoría del enriquecimiento sin causa, y gracias a esto, haciendo titular de la acción *in rem verso* al concubino cuyo trabajo había sido una de las causas para la adquisición de bienes en cabeza del otro.¹¹⁷

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia admitió en esa sentencia de 1935 la probable existencia de una sociedad de hecho bajo estrictas condiciones relativas al contrato social y a la relación concubinaria. Entre esas condiciones que, cabe decirlo, en términos generales se mantienen aún en la jurisprudencia actual, se impuso la obligación de demostrar, en aras del reconocimiento de la sociedad de hecho entre concubinos, la *affectio societatis* o ánimo de asociarse, es decir, el elemento esencial anímico o psicológico que determina la voluntad de los socios de participar activamente en la sociedad, en condiciones de igualdad y con la contribución recíproca, en la medida de sus capacidades, al desarrollo del objeto social.

Es respecto a esta condición que se plantea el problema jurídico a desarrollar en la presente línea jurisprudencial. Teniendo en cuenta que en las relaciones concubinarias se hacen presentes elementos tales como el lazo afectivo, el deseo de convivencia, el esfuerzo conjunto por contribuir al sostentimiento de la pareja, el trabajo doméstico de uno o ambos concubinos, surge

¹¹⁷ Véase CConst, C-239/1994, J. Arango.

la siguiente cuestión: para efectos del reconocimiento de la sociedad de hecho entre concubinos, ¿es necesario que la *affectio societatis* surja con prescindencia del vínculo afectivo o sentimental que fundamenta la unión extramatrimonial?

El lector se preguntará qué valor tiene hoy hablar de una figura que ya no existe, como sucede en este caso con el concubinato. Efectivamente, de mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de desarrollos legislativos y, por supuesto, de cambios sociales profundos, entre otros, referidos a la estructura y dinámica de la familia, la realidad se fue imponiendo, lo que condujo indefectiblemente a un reconocimiento legislativo de esa llamadas relaciones concubinarias, para convertirse en lo que hoy conocemos como uniones maritales de hecho. Fue así como se expidió la Ley 54 de 1990, en la que el legislador reguló la denominada unión marital de hecho entre compañeros permanentes y la sociedad patrimonial que de ella emerge.

No obstante ello, hablar de las sociedades de hecho y de los requisitos para su reconocimiento tiene aún vigencia, ya que el estudio de estos resulta imprescindible al tratarse de aquellos casos de uniones que se presentaron con anterioridad a la vigencia de la Ley 54 de 1990 y que se encuentran hoy, por ejemplo, entrabados en procesos de petición de herencia, o de aquellas uniones que actualmente no cumplen con los requisitos establecidos por la mencionada Ley, ya sea por su duración, por las características de la comunidad de vida o por la existencia de impedimentos para su configuración.¹¹⁸

Las providencias que conforman la siguiente línea jurisprudencial, partiendo de la ya mencionada sentencia de 1935, corresponden a sentencias de casación de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en procesos ordinarios en los que se solicita que se declare la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, y la consecuente disolución y liquidación de la misma.

118 Cabe recordar aquí lo establecido por la Ley 54 de 1990:

Artículo 2º: “*Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:*

- a) *Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;*
- b) *Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.”*

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Para efectos del reconocimiento de la sociedad de hecho entre concubinos, ¿es necesario que la *affectio societatis* surja con prescindencia del vínculo afectivo o sentimental que fundamenta la unión extramatrimonial?

TESIS A

Si, la *affectio societatis* debe surgir con absoluta prescindencia o independencia de la unión extramatrimonial.

TESIS B

No, no puede exigirse de forma radical que la *affectio societatis* surja con prescindencia de la unión extramatrimonial.

CSJust Civil, 30-11-1935 E. Zuleta, GJ: XLII		
CSJust Civil, 18-10-1973 G. Giraldo, GJ: CXLVII		
CSJust Civil, 23-02-1976 H. Murcia, GJ: No. 2393		
CSJust Civil, 07-02-1990 H. Marin, GJ: CC		
CSJust Civil, 07-03-2000 J. Ramírez		
CSJust Civil, 20-04-2001 M. Ardila		
CSJust Civil, 28-10-2003 C. Valencia		
CSJust Civil, 18-06-2004 E. Villamil		
	CSJust Civil, 27-06-2005 P. Munar	
	CSJust Civil, 12-12-2005 J. Arrubla	
	CSJust Civil, 29-09-2006 P. Munar	
	CSJust Civil, 24-02-2010 W. Namén	
	CSJust Civil, 07-03-2011 E. Villamil	

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 *Affectio societatis* vs. *affectio maritalis*

Como ya se mencionó en la introducción, a principios del siglo pasado, la jurisprudencia consideraba que la cohabitación, *per se*, no originaba una sociedad patrimonial, y que la ley no les confería, ni a la concubina ni al concubino, derecho alguno sobre los bienes o utilidades que hubiere adquirido su amante durante el tiempo en que hubiesen convivido.

Con una sentencia del año 1935, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en aras de resolver la inequidad que hasta ese momento se venía presentando respecto de las parejas de hecho en lo atinente a la posible sociedad patrimonial surgida entre los concubinos, plantea un cambio rotundo en su posición y decide reconocer la posible existencia de dicha sociedad, sobre la base de la configuración de una sociedad de hecho entre concubinos, bajo el cumplimiento de rigurosos requisitos. Con dicha sentencia, que se expondrá a continuación, nace el problema jurídico que nos ocupa en esta línea y que plantea la cuestión de si, para efectos del reconocimiento de la sociedad de hecho entre concubinos, es necesario que la *affectio societatis* surja con prescindencia del vínculo afectivo o sentimental que fundamenta la unión extramatrimonial.

En sentencia de 30 de noviembre de 1935¹¹⁹, la Corte Suprema de Justicia sienta las bases para el reconocimiento de las sociedades de hecho entre concubinos, para lo cual, en primer lugar, procedió a describir de forma general las sociedades de hecho en lo respectivo a su conformación, para después pasar a detallar las condiciones exigidas para que se pueda atribuir la existencia de estas a la relación entre concubino y concubina.

En cuanto a lo primero sostuvo la Corte que existen dos clases de sociedad de hecho. Por un lado, "las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho,

¹¹⁹ CSJ Civil, 30/Nov./1935, E. Zuleta, GJ: XLII, No. 1987, pág. 476.

no alcanzan la categoría de tales”, y por otro, aquellas “que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.” En el caso de las segundas, agregó, el consentimiento – tácito o implícito – se presumirá y se inducirá de los hechos, para lo cual es necesario que se reúnan las siguientes condiciones:

“1^a – Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

2^a – Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios;

3^a – Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia [...];

4^a – Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios.”

Además, añadió, si la sociedad se ha creado de hecho entre concubinos, es necesario que se presenten dos circunstancias adicionales para su configuración:

“1^a – Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa;

2^a – Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad

de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación, administración de los bienes de uno y otro o de ambos."

Con estas breves líneas, y apoyándose en algunos apartados de doctrina extranjera, la Corte estableció los fundamentos de la teoría que se aplicaría a las relaciones concubinarias, según la cual, cumplidos estos requisitos, podía declararse la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, pudiendo así uno de ellos reclamar derechos sobre los bienes o participación en las utilidades en cabeza del otro socio concubinario. Y es en el último párrafo aquí citado donde la Corte establece que, para efectos de la declaración de dicha sociedad, exista una voluntad societaria, la *affectio societatis*, con absoluta independencia de la relación afectiva y de la vivienda común.

Reiterando y reforzando lo anteriormente expuesto en esta sentencia, en un fallo de 1973¹²⁰, la Corte insistió en que aquellos que – al margen de la ley – se hayan unido para vivir juntos, mas no estén legítimamente casados, carecen de todo derecho para reclamar que se les otorgue participación en las utilidades que su compañero haya obtenido durante el tiempo en que han cohabitado, bajo el único argumento de la existencia de la unión concubinaria. Sin embargo, agregó, nada se opone, a que entre ellos se forme una sociedad de hecho cuando, de forma paralela a la situación sexual, se desarrolla una labor de explotación con fines de lucro, con aportes de ambos, que no tenga objeto o causa ilícitos. Esta actividad, agrega la Sala, también puede estar dirigida a facilitar la satisfacción de las obligaciones familiares o crear una fuente de ingresos destinados al pago de los gastos que requiere la vida en común o la crianza y educación de los hijos comunes, “pues en tales fines va implícito el propósito de repartirse los remanentes si los hubiere o el de enjugar entre ambos las pérdidas que resulten de la explotación.”

En cuanto a la necesidad de probar la voluntad de asociarse, la Corte recalca en esta sentencia en que esta debe darse con independencia, simultáneamente y de forma paralela a la actividad concubinal, lo que se ve reflejado en el análisis del caso concreto, del cual concluye que queda demostrado que la demandante, durante el tiempo en que convivió con el demandado, “no se limitó a desarrollar labores exclusivamente propias de quien hace vida

¹²⁰ CSJ Civil, 18/Oct./1973, G. Giraldo, GJ: CXLVII, pág. 87.

marital con un hombre, cuales son las de índole íntima amatoria y las domésticas que se traducen generalmente en atender al arreglo de ropas, preparación de los alimentos, aseo de la casa, etc. [Ella], a más de aquellos quehaceres, ejercitó actividades que son inequívocamente expresivas de su ánimo de colaborar con su amante en la explotación de empresas productoras de renta."

La tesis aquí expuesta para resolver el problema jurídico de que trata esta línea, y que exige el surgimiento de la *affectio societatis* con prescindencia de la relación afectiva entre los concubinos, fue reiterada en múltiples sentencias¹²¹, en las que se fue reforzando la teoría de la sociedad de hecho entre concubinos y precisando sobre el concepto mismo de la *affectio societatis* y sus características. En ese sentido, no obstante ser reiteradoras de la tesis propuesta por la Corte en 1935, algunas merecen mención aquí por la tarea que adelantaron en aras de dicha precisión.

Así, en una sentencia de 1990¹²², detiene la Sala su atención en la descripción de la *affectio societatis*. Respecto de esta sostiene la Corte que, como elemento de las sociedades de hecho, no difiere la exigible a las sociedades entre concubinos de aquella que se exige a cualquier otro tipo de sociedad. En ese sentido, subraya, esta se convierte en el elemento diferenciador entre la sociedad y la mera comunidad o la relación laboral, haciéndolas distinguibles, entre otras razones, porque aquella entraña un carácter dinámico e igualitario de la participación de los socios y está dirigida a la percepción de unos rendimientos económicos. Y puntualiza en este punto: "[d]inámico, se dice, por oposición a la actitud pasiva o de simple expectación; ese dinamismo, por supuesto, representa que al fondo social se lleven bienes, o, incluso, la propia energía laboral, pues no de otra manera es posible aspirar a que se obtengan beneficios comunes. E igualitario, porque riñe con la propia esencia de la sociedad el que pueda haber sujeción o sometimiento de uno de los socios hacia otro, en la esfera dentro de la cual la sociedad se desarrolla."

En esta misma sentencia, y en referencia al supuesto de que uno de los concubinos tenga la condición de empleado al servicio de terceras

¹²¹ CSJ Civil, 23/Feb./1976, H. Murcia, GJ: No. 2393, pág.32; CSJ Civil, 7/Feb./1990, H. Marín, GJ: CC, No. 2439, pág. 29; CSJ Civil, 7/Mar./2000, e5123, J. Ramírez; CSJ Civil, 20/Abr./2001, e6014, M. Ardila; CSJ Civil, 28/Oct./2003, e7007, C. Valencia; CSJ Civil, 18/Jun./2004, e7476, E. Villamil.

¹²² CSJ Civil, 7/Feb./1990, H. Marín, GJ: CC, No. 2439, pág. 29.

personas o de entidades durante largo tiempo, concluye la Corte que estos “son aspectos o situaciones que, para el propósito de individualizar el *animus societatis*, no tienen por qué excluirlo, miradas las cosas de un modo racional o lógico”. Además, agrega, la voluntad de asociarse se puede desarrollar también dentro de las circunstancias domésticas y laborales en que transcurre la vida en común de los concubinos, ya que, de hecho, la *affectio societatis* “no entraña una dedicación exclusiva a la actividad reputada como social”, es decir, “*la permanencia no debe ser tomada como sinónima de ocupación total del tiempo en los quehaceres destinados a cumplir con el objeto social, pues el ángulo desde donde jurídicamente se la ha de mirar es el de su continuidad, estabilidad o invariabilidad.*”

Confirmando esta posición y extendiéndose a otros factores relacionados con la voluntad de asociarse, dijo la Corte en una sentencia de 2001¹²³ que no excluye el ánimo de asociarse el que los concubinos se dediquen a labores diferentes, así como tampoco que a la mujer corresponda el trabajo doméstico, en la misma medida en que tampoco se exige una dedicación permanente y exclusiva de cada uno de los socios a una misma labor. Y en este punto, dando quizás un primer paso para el cambio de jurisprudencia que se daría posteriormente, admitió la Corte que “*enraizada como se encuentra en estos eventos la vida en común de los amantes con la actividad económica que paralelamente desarrollan, pretender una separación tajante entre las dos relaciones conduciría a hacer nugatoria la ya indiscutible posibilidad de que coexistan esas dos instituciones*”.

3.2 Affectio societatis et affectio maritalis

En una sentencia del año 2005¹²⁴ la Corte, de forma explícita, cambia su tesis para resolver el problema jurídico que se ha expuesto y pasa a establecer que no puede exigirse de forma radical que la *affectio societatis* surja con prescindencia de la unión extramatrimonial.

Ya la primera frase de la Sala, al entrar a analizar el tema, deja en claro el cambio que se está produciendo con esta sentencia cuando dice: “[e]n efecto, la necesidad, que en su momento reclamó rigurosamente esta

¹²³ CSJ Civil, 20/Abr./2001, e6014, M. Ardila.

¹²⁴ CSJ Civil, 27/Jun./2005, e7188 P. Munar.

Corporación, de que la affectio societatis se exteriorizara en actividades cardinalmente distintas al desenvolvimiento de la vida familiar, se justificaba en el contexto socio - jurídico en el que la Corte acuñó su jurisprudencia concerniente con los elementos estructurales de la sociedad de hecho entre concubinos."

Y remitiéndose al histórico fallo de 1935 y a la jurisprudencia posterior sobre la materia, concluye que, debido a la estigmatización de la relación concubinaria reinante en esa época y en aras de que la sociedad de hecho entre concubinos no deviniera en ilícita por causa contraria a la ley, la doctrina de la Corte "se empeñó en escindir franca y ostensiblemente la relación familiar y la *societaria*". Pero, agrega, esa moral social y la percepción de ilicitud de la unión concubinaria han sido abandonadas, no sólo porque tal conducta fue despenalizada, sino porque la familia ha sufrido cambios profundos en su estructura y en su dinámica, lo que ha llevado a que este tipo de relaciones, además de haberse generalizado, hayan adquirido gradualmente aceptación entre aquellos sectores sociales que antes la rechazaban. Y en cuanto a la unión marital, legal o de hecho, plantea la Sala que tales han sido los cambios que esta ha presentado, que "ya no se forma para satisfacer únicamente necesidades biológicas, afectivas o sicológicas sino, también, económicas", lo que conlleva no sólo el cumplimiento de las funciones básicas de la familia, sino que pretende la proyección de sus miembros en todos los campos, entre los que se incluye el patrimonial.

Después de hacer un análisis de la transformación de la familia y de los roles tanto del hombre como de la mujer dentro de la pareja, concluye entonces la Corte que "*no puede exigirse, en forma tan radical, para el reconocimiento de la sociedad de hecho entre concubinos, que la conjunción de aportes comunes, participación en las pérdidas y ganancias y la affectio societatis surja con prescindencia de la unión extramatrimonial y que no tenga por finalidad crear, prolongar o estimular dicha especie de unión, pues, por el contrario en uniones concubinarias con las particularidades de la aquí examinada no puede escindirse tajantemente la relación familiar y la societaria, habida cuenta que sus propósitos económicos pueden estar inmersos en esa comunidad de vida como aconteció en este caso*".¹²⁵

¹²⁵ Esta posición ha sido reiterada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias: CSJ Civil, 12/Dic./2005, e41001-31-03-001-1989-05259-01, J. Arrubla; CSJ Civil, 29/Sep./2006, e11001 31 03 011 1999 01683 01, P. Munar; CSJ Civil, 07/Mar./2011, e05001-31-03-014-2003-00412-01, E. Villamil.

Y como corolario, en la sentencia sustitutiva referida al caso, consideró que había quedado acreditado que demandante y demandado no sólo se habían dedicado a obtener ingresos para satisfacer las necesidades domésticas, sino también a formar un patrimonio para beneficio común, para lo cual, además de ejercer su profesión, habían ejecutado otras actividades, de forma igualitaria y conjunta, con el propósito común de “formar un patrimonio” que les reportase beneficios a ambos. Y esas actividades, dice la Corte, reflejan de manera notoria “el ánimo de asociarse para la consecución de esos fines económicos, ya que dichos actos como expresión de voluntad fueron encaminados al referido objetivo, de ahí que en ellos esté insita la *affection societatis*.”

En una sentencia del año 2010, la Corte casa la decisión del tribunal de segunda instancia en la que se había negado la existencia de la sociedad de hecho entre concubinos. En su momento, el juzgador había fundamentado su decisión al no evidenciar en los concubinos un móvil que los impulsara a establecer una sociedad para repartir ganancias y pérdidas o desarrollar una actividad lucrativa, sino más bien, un ánimo de carácter sentimental, mas no comercial. Esto lo deduce del hecho de que la demandante se hubiera dedicado a las labores domésticas, propias de una ama de casa, ayudando incluso a criar a los hijos nacidos del matrimonio de su compañero; por su parte, continúa, el demandado colaboraba económicamente en el hogar, sin ninguna otra pretensión adicional. Concluye el tribunal con esto que “cosa diferente es que durante la vigencia de la convivencia éste haya acrecentado su patrimonio, lo cual no puede considerarse en sí misma como una actividad comercial o de donde pueda derivarse el ánimo societario de demandante y demandado”.

Reafirmando la posición expuesta en la sentencia de 2005, expresó la Sala en esta sentencia que, en la época actual, los elementos estructurales de la sociedad de hecho entre concubinos, es decir, la calidad de asociado, los aportes y la participación o distribución de riesgos, pérdidas y utilidades, sumados al *animus* o a la *affection societatis* “no deben entenderse, examinarse, analizarse o valorarse al margen, con independencia o prescindencia de la relación personal y familiar”.

En respuesta al caso concreto, recalcó en la importancia de la relación personal o sentimental como factor esencial del núcleo familiar, así como en la relevancia de las tareas domésticas como elemento que confluye

con las relaciones de cooperación o colaboración conjunta de la pareja para la obtención de un patrimonio común. Y para afirmar su defensa de dichas tareas concluyó que “el trabajo doméstico y afectivo de uno de los compañeros libres, su dedicación a las labores del hogar, cooperación y ayuda a las actividades del otro, constituyen *per se* un valioso e importante aporte susceptible de valoración, la demostración inequívoca del *animus societatis* y de la comunidad singular de bienes, salvo prueba en contrario.”

Con esta sentencia, además de reiterar la Corte la posición defendida desde 2005 frente al problema jurídico aquí planteado, en cuanto que no puede exigirse la existencia de una *affectio societatis* con absoluta prescindencia o independencia de la relación afectiva, amplió el contenido de ese *animus societatis* a las labores domésticas, que hasta el momento, en buena medida, habían sido consideradas como un elemento de la *affectio maritalis*, del ánimo de convivencia, de afecto y de apoyo mutuo.

4. CONCLUSIONES

En el análisis de esta línea jurisprudencial, se hace evidente cómo la Corte Suprema de Justicia, en este tema concreto, ha venido adaptando su jurisprudencia a los cambios sociales y jurídicos de cada época.

Las uniones de hecho han sido una constante en la realidad nacional que, no obstante, hasta hace pocos años aún venían siendo tratadas de forma discriminatoria por el legislador, al no serles reconocidos efectos civiles, jurídicos, ni patrimoniales de ningún tipo. En su labor de resolver, por vía de jurisprudencia, las inequidades del sistema jurídico, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, desde principios del siglo pasado, ha tratado, paso a paso, de reconocerles ciertos derechos que les estaban vedados. Fue así como, para 1935, sentó las bases de una doctrina que admitía la posible existencia de una sociedad de hecho, para efectos patrimoniales, en las uniones de concubinos. Ello, sin embargo, bajo el estricto cumplimiento de unas condiciones que pasaban por los requisitos típicos de las sociedades civiles o comerciales de hecho, hasta elementos de carácter específico para este tipo de uniones. Esto, en una época en la que el delito de amancebamiento público todavía estaba vigente y condenaba a aquellas “personas de diferente sexo que, sin estar casadas entre sí, hicieren vida marital como tales, en una misma casa, de una manera pública y escandalosa”.¹²⁶

Por eso es comprensible que, en ese fallo histórico de 1935, se exigiera como condición para efectos del reconocimiento de la sociedad de hecho entre concubinos que esta no hubiere tenido por finalidad *el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato*, y que existiese un ánimo societario, la *affectio societatis*, independientemente de la relación sexual y sentimental concubinaria, es decir, del ánimo de convivencia, apoyo y socorro mutuo, de la *affectio maritalis*. La unión concubinaria era, pues, una unión ilícita, y más aún, ilegítima, desde el punto de vista de la moral social imperante en el momento. Pero la Corte, con las reservas aquí mencionadas, respondió a las necesidades del momento.

Y fue allí también donde se planteó el problema jurídico que se expuso en este trabajo: para efectos del reconocimiento de la sociedad de

¹²⁶ CSJ Civil, 27/Jun./2005, e7188 P. Munar.

hecho entre concubinos, ¿es necesario que la *affectio societatis* surja con prescindencia o independencia del vínculo afectivo o sentimental que fundamenta la unión extramatrimonial?

Como se vio, en esta primera sentencia, y en aquellas que la reiterarían hasta el año 2005, la respuesta fue positiva. Sí, es requisito necesario que se demuestre la existencia de la voluntad societaria con independencia de la relación concubinaria como tal. La *affectio societatis* de frente a la *affectio maritalis*, independientes y autónomas entre sí.

La legislación fue evolucionando, reconociéndole más derechos a la mujer en el matrimonio, derechos pensionales a los concubinos, derechos a los hijos extramatrimoniales. La sociedad también se fue transformando y con ello la concepción de la familia y de su estructura y sus dinámicas internas, también el rol de la mujer en la pareja y en la familia. Y cambió la moral. Esa moral social que en un principio rechazaba todo aquello que no se sujetara a las normas impuestas, más que legales, a las religiosas.

Todo esto contribuyó a que las relaciones maritales de hecho se consolidaran primero social y luego legalmente. La jurisprudencia tampoco se quedó atrás en ello, aun cuando el cambio llegara un poco más tarde.

Sólo hasta el año 2005, la Corte Suprema de Justicia cambió su jurisprudencia y reconoció que el rigor del requisito antaño impuesto, el que exigía prueba de la independencia de la *affectio societatis* respecto de la relación afectiva, ya no era aplicable para esta época. En una relación de pareja, estable y duradera, amor y economía son un uno indivisible. *Affectio societatis* y *affectio maritalis* no están la una frente a la otra, sino unidas.

Y el cambio llegó un poco tarde, porque 15 años antes, con la Ley 54 de 1990, el legislador reguló las uniones maritales de hecho y sus efectos patrimoniales, acabando con un silencio legislativo de décadas en relación con las parejas de este tipo. Pero quizás la misma razón que llevó a la Corte en 1935 a establecer los requisitos que estableció en ese momento, esto es, que la misma Corte haya calificado estas uniones como ilícitas debido a que estaban previstas como tal en la legislación penal, llevó a los magistrados en 2005 a cambiar su jurisprudencia y desprenderse de ese estricto requisito y de esa calificación,

porque ya no son ilícitas, ni hay un silencio legal, ni una moral social en contra. Más aún, son una institución reconocida legal y socialmente y la Corte, por ello, perdió el miedo, o más bien, se le acabaron los motivos para ello.

APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LA LEY 54 DE 1990

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Elsa Camargo Amado, Antonio Fabio Díaz Nieves, Jorge Leonardo García León, Janeth González Romero, Jesús Hernando Lindarte Ortiz, Amanda Cristina López en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. CONCUBINATO, SOCIEDAD DE HECHO ● Y UNIÓN MARITAL DE HECHO

En los principios de esta historia se encuentran un hombre y una mujer que, sin estar casados, convivían como si de un matrimonio se tratara. También en los principios de esta historia se encuentra la estigmatización social, y más allá de ello, la calificación de ilícitas y, sobre todo, de ilegítimas de dichas relaciones que fueron llamadas concubinarias o de barraganería. El concubinato, ese que ha proliferado en el país desde tiempos pretéritos, ha pasado de ser penalizado, a ser ignorado por la ley, gradualmente reconocido por los jueces y, finalmente, a ser regulado por el legislador y aceptado sin miramientos por la sociedad, convirtiéndose en las que se denominan hoy uniones maritales de hecho.

En ese transcurso, y valiéndose de un silencio legislativo que perduró durante varias décadas del siglo pasado, la Corte Suprema de Justicia jugó un papel fundamental en el progresivo reconocimiento, y así mismo, mejoramiento de la situación jurídica de las personas que conformaban dicho tipo de uniones, amoldando de esa forma el derecho, por vía de jurisprudencia, a una realidad que era por demás ostensible.

Así, en un momento en el que las uniones concubinarias todavía eran tenidas como ilícitas, la Corte, en una decisión histórica del año 1935, determinó que, al margen de estas, era posible que surgieran sociedades de hecho, siempre y cuando se reuniesen determinados requisitos, unos relacionados con todo tipo de sociedades de hecho y otros específicos para las que surgían entre los concubinos. Respecto de estos últimos estableció:

“1º Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa; 2º Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación, administración de los bienes de uno y otro o de ambos”.¹²⁷

Sobre esta base se construiría una estable doctrina jurisprudencial que le reconocía efectos patrimoniales a las uniones de concubinos con fundamento en la figura de la sociedad de hecho civil.

Aunado a lo anterior, y discurriendo un cambio social que permitió la consolidación de tales uniones como una forma más de constituir una familia, se dieron cambios legislativos que paulatinamente fueron otorgando derechos a los concubinos. Ejemplo de ello son las leyes 90 de 1946, 33 de 1973 y 113 de 1985, que recocieron derechos pensionales a favor del concubino o la concubina.

Pero fue la ley 54 de 1990, adelantándose a la Constitución de 1991, la que llegó a ocuparse frontalmente de la regulación de este tipo de parejas reconociendo la unión marital de hecho como institución jurídica a la

¹²⁷ CSJ Civil, 30/Nov./1935, E. Zuleta, GJ: XLII, No. 1987, Pág. 476.

que, entre otros efectos, le asignó unos de carácter patrimonial. En palabras de la misma Corte, dicha Ley "no hizo más que identificar una problemática ya bastante sentida, la diagnosticó jurídicamente y le proporcionó el tratamiento que consideró adecuado. Y abrió como tenía que hacerlo, erradicando de un tajo todas aquellas denominaciones que, aun cuando dibujaban etimológicamente lo que era la vida de una pareja sin casamiento, habían degenerado hacia lo peyorativo; prefirió que no se hablara más de concubinatos, ni de uniones libres, sino que se partiera llamándola unión marital de hecho; y que la mujer involucrada allí no se denominara amante, concubina, manceba o barragana, sino compañera permanente. A vuelta de lo cual, definió la unión marital de hecho como la establecida entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular."¹²⁸

No obstante, la falta de precisión del legislador al redactar la Ley 54 de 1990 originó un problema de interpretación de la misma en lo referente a la aplicación en el tiempo de los preceptos que la conforman. Dos de sus artículos, que constituirán en adelante la base de la discusión sobre el tema, se refieren a los efectos en el tiempo de la ley:

Artículo 1º. A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Artículo 9º. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

El conflicto que de aquí surge tiene que ver con la cuestión de a qué parejas, según el momento del nacimiento de la unión, es aplicable la norma y cómo se lleva a cabo el cómputo del tiempo exigido por la misma para determinar su existencia cuando dice, en su artículo 2º, que *se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla, cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años*. Para ello, antes que nada, se hace necesario presentar tres escenarios posibles que se pueden dar de cara a la Ley de 1990: a) el primero, cuando la unión marital nació y también

¹²⁸ CSJ Civil, 10/Sep./2003, e7603, M. Ardila.

feneció antes de la vigencia de la ley; en este evento, está claro, se da un fenómeno fáctico consumado que, por ende, no queda cubierto por la norma. b) el segundo, cuando la unión marital nace después de la vigencia de la norma; caso este igualmente claro, por cuanto no hay duda de la aplicabilidad de la ley; y c) el tercero, cuando la unión marital nació antes de la vigencia de la norma y, además, subsiste, sin solución de continuidad, después de que esta entró a regir; evento este sobre el cual se presenta el debate interpretativo.

Se plantea aquí, pues, el problema jurídico concreto que se constituye en si la Ley 54 de 1990 es aplicable hacia el pasado, en términos de cálculo del tiempo y los consecuentes efectos jurídicos, a las uniones maritales que nacieron con anterioridad a su vigencia y permanecieron, sin solución de continuidad, con posterioridad a ella.

El patrón fáctico que se repite en las sentencias que se analizan a continuación corresponde a demandas en las que se solicita, por un lado, la declaración de la unión marital de hecho en uniones que existían con anterioridad a la vigencia de la ley y que, en la mayoría de los casos, subsistieron con posterioridad a ello, y por otro, la declaración de la unión patrimonial existente, así como su respectiva disolución. Para resolver el problema, la Corte Suprema de Justicia ha asumido dos tesis: la primera de ellas defiende que la Ley 54 de 1990 no es aplicable hacia el pasado, es decir, sólo rige a partir del momento de su promulgación, por lo que no se pueden reconocer efectos patrimoniales a las uniones maritales de hecho conformadas con anterioridad a la vigencia de la misma, aún subsistiendo estas con posterioridad; y la segunda, que sostiene que la norma, por tener estos efectos retrospectivos, debe ser aplicada a dichas parejas y ser reconocidos efectos patrimoniales, cuando, habiendo nacido aquellas con anterioridad a la ley, han permanecido en el tiempo sin solución de continuidad.

Como se verá a continuación en el análisis de la línea juríprudencial que surge de las sentencias que han intentado resolver el problema jurídico planteado, la discusión, aún hoy, no está zanjada. Adelantándonos a las conclusiones, cabe decir aquí que, una vez más en la discusión que aquí se expone, salen a relucir en las argumentaciones de la Corte la posición más formalista, por un lado, y una más liberal, por el otro. Las tensiones que de esa confrontación surgen se hacen más que evidentes en el gráfico de la línea juríprudencial que a continuación se expone.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Para el cómputo de los dos (2) años de que trata el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, ¿puede tenerse en cuenta el tiempo transcurrido con anterioridad a la promulgación de la ley, o tienen que ser contados a partir de su promulgación, o sea, desde el 1º de enero de 1991?

TESIS A

Por cuanto la Ley 54 de 1990 no es de carácter retroactivo, el cómputo de los años debe hacerse a partir de la promulgación de la ley.

TESIS B

La Ley 54 de 1990 es de carácter retroactivo, por lo que debe tenerse en cuenta el tiempo de convivencia anterior a su promulgación, para las uniones maritales iniciadas antes de esta, y que continuaron desarrollándose sin solución de continuidad después de su entrada en vigencia.

C Const, C 239/1994 J. Arango	
CSJust Civil, 20-04-2001 J. Ramírez	CSJust Civil, 20-04-2001 S.V. C. Jaramillo
CSJust Civil, 25-09-2001 N. Bechara	CSJust Civil, 25-09-2001 A.V. C. Jaramillo
CSJust Civil, 13-12-2002 J. Santos	CSJust Civil, 13-12-2002 S.V. C. Jaramillo, M. Ardila
CSJust Civil, 20-03-2003 J. Castillo	CSJust Civil, 20-03-2003 S.V. C. Jaramillo, M. Ardila
CSJust Civil, 09-03-2004 P. Munar	CSJust Civil, 09-03-2004 S.V. E. Villamil, C. Jaramillo, M. Ardila
CSJust Civil, 28-10-2005 S.V. P. Munar, S. Trejos, C. Valencia	CSJust Civil, 28-10-2005 C. Jaramillo
CSJust Civil, 03-11-2010 S.V. R. Díaz, C. Valencia, P. Munar	CSJust Civil, 03-11-2010 J. Arrubla
CSJust Civil, 22-11-2010 S.V. R. Díaz, C. Valencia, P. Munar	CSJust Civil, 22-11-2010 E. Villamil

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El punto de partida de la presente línea jurisprudencial es una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional.¹²⁹ En ella se demanda la inconstitucionalidad parcial del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, por cuanto establece la regulación de las uniones maritales de hecho “a partir de la vigencia de la presente ley”. El demandante alega que este apartado establece una cierta discriminación, ya que no permite que se produzcan efectos frente a las uniones de hecho existentes al momento de su expedición, contrario a lo que sucede con aquellas conformadas después de la promulgación la misma.

En sus consideraciones, después de hacer un examen de la importancia de la Ley, la Corte Constitucional pasa a analizarla en lo que se refiere a su aplicación en el tiempo. Partiendo del hecho de que la demanda va dirigida no a atacar la vigencia misma de la ley, sino su aplicación en el tiempo, es decir, si debe aplicarse a relaciones concubinarias que existieron y terminaron antes de entrar en vigencia la ley, así como a aquellas que comenzaron antes de la vigencia de la misma y se mantuvieron durante esta, sostiene que existen diversas soluciones a la cuestión, pero que la aplicación de la misma, en cada caso concreto, es misión exclusiva de los jueces competentes.

No obstante ello, considera que aplicar la Ley 54 de 1990 a uniones concubinarias consumadas, esto es, que nacieron y fenecieron antes de su vigencia, sólo sería posible en tanto no se vulnerasen derechos adquiridos, punto este en el que se refiere al principio consagrado en el artículo 58 de la Constitución, que garantiza “la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Sin embargo, agrega, esto llevaría a concederle a la ley un efecto retroactivo, que no fue previsto por el legislador, y que, por regla general, está prohibido en aras de salvaguardar la seguridad jurídica. Agrega, además, que es el legislador el llamado a determinar el

¹²⁹ CConst, C-239/1994, J. Arango. En esta se demanda la constitucionalidad parcial del artículo 1º, en concreto, el aparte que dice “A partir de la vigencia de la presente ley”, y el artículo 7º de la Ley 54 de 1990. Solo lo referente al artículo 1º es de interés para esta línea.

carácter retroactivo de una norma, pero el juez, al momento de aplicarla, no puede desconocer las situaciones jurídicas concretas ya consolidadas.

Adicionalmente, sostiene, la unión marital de hecho no es equiparable con el concubinato existente antes de la vigencia de la ley, ya que la primera es una institución jurídica nueva, a la cual la Ley 54 de 1990 le asigna unos efectos patrimoniales en relación con los miembros de la pareja.

Concluye finalmente insistiendo en que es al juez a quien corresponde, en cada caso concreto, determinar la aplicación de la norma, y se refiere a un ejemplo concreto al que aquel se verá enfrentado: ante uniones existentes al momento de entrar en vigencia la ley, habrá de determinar si los dos años de convivencia que exige la norma para declarar su existencia, deben contarse solamente dentro de la vigencia de la misma, o pueden comprender el tiempo anterior. Y es aquí donde la Corte misma enuncia el problema jurídico que se presentaría con posterioridad y que pretende resolverse en esta línea jurisprudencial. En su momento la Corte, dejando sobre la mesa el problema, sólo dijo que este era un asunto de interpretación de la ley, y por consiguiente de su aplicación, que nada tiene que ver con la exequibilidad, dejando de esa forma irresoluta la cuestión.

3.2 Ni retroactiva, ni retrospectiva

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció por primera vez en una sentencia del año 2001 sobre el tema. La posición que sostuvo en ese momento ha sido reiterada en múltiples ocasiones, en sentencias mayoritarias hasta el año 2004 y, posteriormente, cuando cambió la jurisprudencia de la misma, en salvamentos de voto que han seguido defendiendo la misma postura y rebatiendo la tesis contraria que ha estado presente desde el año 2005 hasta la actualidad. Ya que la reiteración, tanto de una como de otra tesis, en las diferentes sentencias y salvamentos de voto ha sido de forma casi literal, para efectos de esta línea, se expondrán los argumentos que las defienden en dos acápite diferentes, independientemente de la evolución temporal.

En esta primera sentencia¹³⁰, la Sala Civil, después de hacer un breve análisis de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que se había

¹³⁰ CSJ Civil, 20/Abr./2001, e5883, J. Ramírez.

sostenido hasta el momento respecto de las relaciones concubinarias, pasa a resaltar la importancia de la expedición de la Ley 54 de 1990. Tras examinar detalladamente los preceptos de la misma, procede a identificar el problema que de su ámbito de validez temporal surge, punto en el cual se refiere a los tres escenarios o situaciones fácticas que se pueden presentar: las uniones maritales fenecidas antes de la ley que, concluye, no están amparadas por esta, dada su obvia inexistencia; aquellas que comenzaron y se consolidaron bajo la vigencia de la ley que, de forma incuestionable, están comprendidas por ella; y, finalmente, las que plantean el problema jurídico del caso, cuales son, aquellas relaciones o uniones que, empezadas antes de la vigencia de la ley 54, sin solución de continuidad, continuaron luego de esta. Y aquí expone entonces la pregunta que se suscita frente a estas últimas: *"si los dos (2) años de que trata el artículo 2º, pueden corresponder al bienio anterior a la vigencia de la ley, o si necesariamente tienen que ser contados a partir de su promulgación, o sea desde el 1º de enero de 1991."*

Para iniciar sus consideraciones, empieza la Corte diciendo que la solución del problema implica una definición entre retroactividad o irretroactividad de la ley, siendo estos los puntos extremos de su aplicación en el tiempo, y agrega que cualquier proposición intermedia, como pueden ser la retrospectividad o la aplicación inmediata de la misma, son excepciones al principio de irretroactividad, ya que lo que se busca con ellos es la aplicación de la norma a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, pero aún subsistentes. La base de la discusión es, pues, la retroactividad de la norma, por lo que sobre ella se basan sus posteriores consideraciones.

La irretroactividad de la ley, dice la Corte para continuar su análisis, es el principio que prevalece en la legislación universal, en aras de preservar el orden público y la seguridad jurídica. Por regla general, entonces, se considera que la ley no puede tener efectos hacia el pasado, salvo en circunstancias especiales que favorezcan tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común. Para sustentar su argumento, hace un análisis del concepto, con referencias constitucionales, jurisprudenciales y doctrinales que justifican su existencia. La aplicación de este principio, no obstante, dice, tiene dos excepciones: las leyes interpretativas y las leyes de orden público. La primeras, por incorporarse a las interpretadas, las segundas, por otorgárseles un carácter imperativo, derogatorio del precepto específico. Estos dos tipos

de leyes gozan de un efecto inmediato, y es este, según concluye, el que se pretende que sea aplicado respecto de la Ley 54 de 1990.

Al entrar a examinar la Ley en concreto, la Corte Suprema de Justicia parte del hecho de que el legislador, en la redacción de esta, no adoptó explícitamente ninguna de las opciones mencionadas, es decir, la retroactividad, la retrospectividad o la aplicación inmediata de la ley, de lo cual deduce la Sala que no fue la voluntad de aquel orientarla por alguno de estos caminos. Para defender su posición reitera lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad anteriormente expuesta.

Adicionalmente, expresa que la ley aquí en estudio no sólo tiene un carácter constitutivo, por cuanto genera una relación jurídica que antes no estaba prevista en la ley, es decir, la “sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”, sino que no originó tránsito legislativo alguno, debido a la ausencia, hasta ese momento, de un régimen específico, por lo que tampoco se puede hablar de un conflicto de leyes en el tiempo. De esto concluye, entonces, que, al tratarse de un fenómeno jurídico nuevo, “sujeto a un régimen propio hasta entonces inexistente y con pautas formativas distintas a las de la situación tratada por la jurisprudencia por la vía de la sociedad de hecho”, no puede otorgársele a la ley que lo regula un efecto retroactivo o retrospectivo, por cuanto *“la nueva disposición no subsume el factum anterior, por cuanto ella misma lo excluye en el artículo 2º, cuando establece, además de otras condiciones antes no concebidas, los dos años de la unión marital como requisito para que opere la presunción legal de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”*. Con base en ello, agrega, este es el tiempo que determinó la ley para que la norma pudiera ser utilizada como fundamento de una decisión judicial.

La fórmula que propone la Corte, después de negarle la retroactividad a la Ley 54 de 1990, para resolver el problema jurídico que aquí se plantea es la siguiente: la solución jurisprudencial que hasta el momento se le había dado a las uniones concubinarias subsiste, ya que los preceptos que la amparaban permanecen. Por esta razón, las relaciones que existían con anterioridad a la vigencia de la ley, que continuaron con posterioridad a ella, quedan sometidas a un doble tratamiento: “el de la sociedad de hecho para la relación

patrimonial anterior a la posibilidad de la aplicación de la ley y el de la sociedad patrimonial para la época enmarcable en la novedosa normatividad.”

Para finalizar, y como conclusión a sus consideraciones, la Sala descarta el carácter imperativo de la Ley 54 de 1990 y, consecuentemente, su naturaleza de orden público, con lo que aniquila definitivamente el argumento defendido por el recurrente, referido a la aplicación inmediata de la mencionada ley. Acompaña esta conclusión diciendo que “si la norma es supletoria de la voluntad de los compañeros permanentes, la novedosa ley no puede aplicarse a las relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su vigencia, por cuanto allí prima la voluntad y la autonomía de las partes, que libremente adecuaron su conducta al régimen jurídico para entonces vigente.”¹³¹

En los salvamentos de voto a la tres últimas sentencias de la línea¹³² y que reiteran la tesis expuesta en esta sentencia, el magistrado Pedro Octavio Munar se detiene de forma más detallada sobre algunos de los argumentos aquí expuestos, pero en especial respecto de los derechos adquiridos. Sobre este punto sostiene que, aplicar la Ley 54 de 1990 de forma inmediata o retrospectiva, significaría su aplicación con carácter retroactivo. La razón de esto, arguye, es que con ello se cercenan los derechos patrimoniales de aquellos concubinos (término utilizado por el ponente en referencia a la situación anterior a la ley), que con antelación a la promulgación de la referida ley habían adquirido y consolidado para sí aquellos bienes, y que, por virtud de una aplicación retroactiva de la norma, pasarían a pertenecer a la sociedad patrimonial de hecho. Agrega que, una vez adquiridos los bienes por los concubinos, estos ingresaron a su patrimonio sin condiciones ni gravámenes, por lo que, al despojarlos total o parcialmente de ese derecho, en aplicación de la retroactividad de la norma, se violentan esos derechos legítimamente adquiridos, sacrificándose con ello, además, la seguridad jurídica. Concluye su exposición criticando el argumento de la Corte, según el cual, como las uniones maritales de hecho no estaban reguladas

¹³¹ Esta tesis de la sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sería reiterada posteriormente en las sentencias CSJ Civil, 25/Sep./2001, e5947, N. Bechara; CSJ Civil, 13/Dic./2002, e6660, J. Santos; CSJ Civil, 20/Mar./2003, e6726, J. Castillo; CSJ Civil, 09/Mar./2004, e6984, P. Munar; y en los Salvamentos de Voto de las sentencias CSJ Civil, 28/Oct./2005, e2000-00591-01, S.V.: P. Munar, S. Trejos, C. Valencia; CSJ Civil, 03/Nov./2010, eC-7662231840012005-00196-01, S.V.: R. Díaz, C. Valencia, P. Munar, CSJ Civil, 22/Nov./2010, e11001-31-10-021-2005-00997-01, S.V.: R. Díaz, C. Valencia, P. Munar.

¹³² CSJ Civil, 28/Oct./2005, e2000-00591-01, S.V.: P. Munar, S. Trejos, C. Valencia; CSJ Civil, 03/Nov./2010, eC-7662231840012005-00196-01, S.V.: R. Díaz, C. Valencia, P. Munar, CSJ Civil, 22/Nov./2010, e11001-31-10-021-2005-00997-01, S.V.: R. Díaz, C. Valencia, P. Munar.

con anterioridad a la vigencia de la ley, no puede hablarse de la existencia de derechos adquiridos con antelación. En su opinión, sí existían derechos adquiridos, como lo puede ser el derecho de propiedad sobre los bienes adquiridos antes de la expedición de la Ley 54 de 1990. Este derecho legítimamente adquirido, y que estaba protegido por la Constitución y la ley, sería vulnerado entonces con la aplicación retrospectiva de aquella, aplicación que, a ojos del magistrado, no es otra que una aplicación retroactiva.

3.3 Retroactiva no, retrospectiva sí

En un extenso salvamento de voto a la sentencia anteriormente expuesta, el magistrado Carlos Ignacio Jaramillo expuso las razones por la cuales disiente de los motivos que llevaron a la mayoría de la Sala a concluir que la Ley 54 de 1990 no tiene efectos retrospectivos, y por consiguiente, que los dos años que son necesarios para que se presuma la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, sólo pueden contarse a partir del 1º de enero de 1991. Considera, de antemano, que el criterio de la Corte, además de ser hipersevero, no está en consonancia con el texto, ni con el espíritu de la ley, como tampoco con la evolución jurisprudencial y doctrinal sobre la materia.

Al retomar el problema jurídico que se plantea, es decir, establecer si para los efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho puede tenerse en cuenta el tiempo transcurrido con anterioridad a la promulgación de la ley, el magistrado considera, de entrada, que la respuesta es afirmativa, y pasa a exponer las razones de ello.

El primer argumento que expone es de orden constitucional, en tanto plantea que, no obstante ser la norma discutida anterior a la Constitución de 1991, en esta se reconoce que la familia puede constituirse “por vínculos naturales o jurídicos”, razón por la cual el intérprete, al analizar la eficacia en el tiempo de la Ley 54 de 1990 no puede basarse en consideraciones meramente temporales inaplicando e ignorando así dicho mandato constitucional. Agrega que dicho precepto cobija de igual manera aquellas familias constituidas por vínculos naturales que se conformaron con anterioridad a 1991, y que este precepto permea todo el ordenamiento jurídico, incluyendo la mencionada Ley. En ese sentido, no es aceptable la interpretación que le niega efectos

patrimoniales a la familia así conformada, bajo el pretexto de que el tiempo de convivencia anterior a la ley no puede ser tenido en cuenta para el cómputo de los dos años establecidos en ella.

En un segundo argumento, el magistrado ponente del salvamento de voto plantea que, tal como lo reconoció la Sala en su sentencia, en la materia discutida no existe un conflicto de leyes en el tiempo, por cuanto el anteriormente llamado concubinato carecía de régimen jurídico que lo regulara. A lo sumo, agrega, podría verse una colisión en el plano estrictamente patrimonial, ya que el derecho civil solo le concedía estos efectos a la familia conformada por un vínculo jurídico, en especial en lo referente al régimen económico del matrimonio y a la prohibición del artículo 2082 del Código Civil de "toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges". Así pues, de lo que se trata es de establecer los efectos de una nueva ley en el tiempo, lo que significa determinar si puede ser aplicada a situaciones fácticas anteriores a ella, donde existía una anomia jurídica, y que fueron posteriormente reguladas en aras de llenar ese vacío en la legislación. En este punto se refiere a la ponencia para primer debate al proyecto de la Ley No. 107 de 1988 de la Cámara de Representantes, relativo a la unión marital de hecho, según el cual se buscaba conjurar "una grave injusticia", llenando la ley "un vacío en la legislación acerca de un hecho social cada vez más extendido". De esta cita infiere el magistrado que, si ese fue el genuino propósito del legislador, "mal puede aducirse que la ley quiso remediar, con sujeción a la motivación en cita, únicamente las 'injusticias' futuras, no así las que de antaño se venían presentando, como quiera que donde existe identidad de razón –bien lo impone la conocida máxima hermenéutica–, existe identidad de derecho (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*)."

En un tercer argumento admite el ponente que la ley, en línea de principio, no puede ser retroactiva, ya que de ser así se menoscabaría la libertad civil, la seguridad y la confianza de las personas en el sistema normativo. En esa medida, expresa, coincide con la posición mayoritaria de la Corte en cuanto a que la Ley 54 de 1990 no puede ser aplicada situaciones jurídicas ya consolidadas, es decir, a relaciones que se extinguieron con anterioridad a su entrada en vigencia, pues el legislador no le otorgó a la ley ese carácter, y de haber sido así, se atentaría contra el principio constitucional del artículo 58 que garantiza "los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

No obstante, considera que dicho razonamiento no es aplicable al supuesto fáctico que aquí se discute, esto es, aquellas relaciones que continuaron después de la expedición de la Ley 54 de 1990 y fueron cobijadas por ella. Y recurriendo a la doctrina para apoyar su argumento, agrega que, bajo el pretexto de una mal entendida o generalizada retroactividad, no se puede desconocer que dicha ley es de vigencia inmediata, lo que significa que debe aplicarse no solo a las relaciones y situaciones jurídicas nuevas, sino también a las *consecuencias* de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Por esta razón, continúa, la ley regula todas las situaciones a que ella se refiere “a partir de la fecha de su promulgación”, es decir, no sólo las que surjan con posterioridad, sino también las que estaban en desarrollo, esto es, “los hechos *in fieri*” y “las consecuencias no consumadas de los hechos pasados”¹³³, pues “la ley puede modificar los efectos futuros de los hechos o actos, aún anteriores a ella, sin ser retroactiva”.¹³⁴

Para fundamentar esto, entra el ponente a hacer un análisis del principio de la irretroactividad de la ley. Sobre el tema expone que una ley es retroactiva cuando se aplica a situaciones jurídicas o hechos consumados, generando con ello derechos o situaciones jurídicas ciertos que no puede ser desconocidos. Pero cuando una situación fáctica carece de un régimen jurídico y es expedida una nueva ley que le concede ciertos efectos jurídicos, “nada impide que esa situación, que ya venía material y ontológicamente desarrollándose, sea cobijada por ese régimen en guarda de obtener el efecto que emerge de la ley nueva, debiéndose plegar, simplemente, a los requisitos que esta prevé para que esa consecuencia iuris se genere.” Este fenómeno, conforme al cual se aplica la ley a situaciones jurídicas del pasado, es lo que se denomina retrospectividad, y que, añade, es admitido por la dogmática internacional “cuando se trata de proteger la dignidad del ciudadano y cuando a nadie perjudica”. De las anteriores consideraciones concluye que, si la ley es de vigencia inmediata, necesariamente se torna retrospectiva.

Concluye entonces que la interpretación que ha debido hacerse es que, “*a partir de la promulgación de la Ley 54 de 1990, para identificar si efectivamente se constituyó una sociedad patrimonial de hecho, debía aplicarse la mencionada normatividad, de suerte que siempre que se materializaran los*

¹³³ Jorge Joaquín Llambías. Tratado de Derecho Civil. T. I. Perrot. Pág. 141.

¹³⁴ Marcel Planiol y George Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. T.II, pág. 129.

requisitos allí contemplados, debía el Juez reconocer el aludido efecto, sin que pueda discriminarse, por el aspecto temporal, entre el tiempo transcurrido con anterioridad a la ley y el que transcurrió con posterioridad, pues de esa manera se desconocería que la ley tiene vigencia inmediata –pero no retroactiva, en pureza–, lo que significa que, desde el mismo momento de su promulgación, entró a regentar todas las situaciones de hecho a que ella hace referencia.”

Partiendo de lo anterior, aclara que el aplicar de esta forma la Ley 54 de 1990, no significa que se le esté quitando a alguno de los compañeros permanentes, o a ambos, el derecho de propiedad que pueda tener sobre bienes adquiridos durante el tiempo de convivencia anterior a la vigencia de la ley. En ese sentido agrega que el efecto retrospectivo, respeta la manera como fue adquirido el dominio, ya que el adquirente sigue siendo dueño, como tampoco se perjudica su goce y ejercicio; lo que se altera con la nueva ley, en aras de favorecer el interés social y público, es el alcance de ese derecho, que se encuentra con ellos sometido a unos nuevos efectos, que tienen en cuenta el vínculo familiar que los propios compañeros decidieron preservar en el tiempo. Sostener lo contrario, es decir, establecer que el plazo sólo empieza a correr a partir de la vigencia de la ley, no solo iría en contra de la realidad de los hechos, sería como borrar la convivencia anterior. En una sentencia posterior¹³⁵ el magistrado ponente, pero en este caso de la tesis mayoritaria, sostendría de forma más categórica que, toda vez que antes de 1990 “no existía ninguna normatividad que regulara los efectos patrimoniales del otrora llamado concubinato, [...] no podría afirmarse válidamente la existencia de derechos adquiridos de los compañeros permanentes con anterioridad a la promulgación de la Ley 54. Dicho con brevedad –y anticipadamente–, en casos de anomia no hay derechos adquiridos.”¹³⁶

¹³⁵ CSJ Civil, 28/Oct./2005, e2000-00591-01, C. Jaramillo

¹³⁶ La tesis expuesta en este salvamento de voto sería reiterada posteriormente en los Salvamentos y Aclaraciones de Voto de las sentencias CSJ Civil, 25/Sep./2001, e5947, A.V.: C. Jaramillo; CSJ Civil, 13/Dic./2002, e6660, S.V.: C. Jaramillo, M. Ardila; CSJ Civil, 20/Mar./2003, e6726, S.V.: C. Jaramillo, M. Ardila; CSJ Civil, 09/Mar./2004, e6984, S.V.: E. Villamil, C. Jaramillo, M. Ardila; y en las sentencias CSJ Civil, 28/Oct./2005, e2000-00591-01, C. Jaramillo; CSJ Civil, 03/Nov./2010, eC-7662231840012005-00196-01, J. Arrubla; CSJ Civil, 22/Nov./2010, e11001-31-10-021-2005-00997-01, E. Villamil.

4. CONCLUSIONES

Sobra decir que la discusión sobre el tema de la presente línea jurisprudencial no está zanjada. El gráfico de la línea lo muestra y las argumentaciones planteadas lo explicitan. Para el cómputo de los dos (2) años de que trata el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, ¿puede tenerse en cuenta el tiempo transcurrido con anterioridad a la promulgación de la ley, o tienen que ser contados a partir de su promulgación, o sea, desde el 1º de enero de 1991?

La tesis que desde el año 2005 defiende un grupo mayoritario de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, responde de forma positiva a esta pregunta, es decir, sostiene que al ser la Ley 54 de 1990 de carácter retrospectivo, debe tenerse en cuenta el tiempo de convivencia anterior a la vigencia de esta para hacer el cómputo de los dos años que ella misma establece a fin de que sean reconocidos los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho. La base de sus argumentos es, en primer lugar, un análisis cuidadoso del principio de retrospectividad y de sus efectos, que según concluye son válidamente aplicables a la norma que aquí se discute; pero ante todo, su base es el espíritu de la norma, la motivación que tuvo el legislador de 1990 de conjurar una grave injusticia generada, entre otros, por la existencia de un vacío legal acerca de un hecho social cada vez más extendido en el país, que mal podría pensarse que éste sólo quiso remediar las injusticias futuras, posteriores a la vigencia de la ley, mas no las que de antaño se venían presentando.

No obstante, la tesis que se defendió en un principio y contraria a esta, es decir, la que responde de forma negativa a la pregunta y que considera que el cómputo del tiempo previsto en la ley para que cobren vida los efectos patrimoniales allí previstos debe llevarse a cabo a partir del día mismo de promulgación de ley, aún sigue latente, manifestándose de forma contundente, como en el primer momento en contra de unos efectos hacia el pasado de la ley. Por que la ley, lo dice el principio universal, y lo reitera esta tesis, no puede tener efectos retroactivos. Con base en una defensa a ultranza del principio de irretroactividad y, con ello, de no afectación de derechos adquiridos, el bando más formalista de la Corte no da su brazo a torcer y se sostiene.

Aquí no hay vencedores ni vencidos, pero el problema jurídico de la aplicación en el tiempo de la Ley 54 de 1990 sigue sin resolver definitivamente, convirtiéndose quizás en víctima de esa confrontación entre intérpretes formalistas e intérpretes más flexibles y humanistas. ¿Quién ganará entonces la partida? Por lo pronto, todo parece indicar que la línea seguirá dibujándose según a que equipo le toque el turno en la próxima jugada. De momento el balón, la víctima, se encuentra bajo el dominio del equipo de intérpretes no tan formalistas.

¿CONSTITUYE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO UN ESTADO CIVIL?

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Edinson Antonio Múnera García, Miguel Alirio Pérez Yela en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN, LA LEY Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Las uniones libres, hoy denominadas uniones maritales de hecho, han existido desde tiempos pretéritos como un fenómeno social recurrente, pero que hasta hace sólo dos décadas no contaba siquiera con la aceptación legal y mucho menos con una regulación que estableciera los efectos civiles y jurídicos para las personas que las conformaban.

Con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 nació un nuevo esquema de valores que propende por la protección a ultranza de los derechos fundamentales y que reconoce y ampara a la familia como núcleo esencial de la sociedad. Mas ya con anterioridad a ella, la Ley 54 de 1990 se había dado a la tarea de regular aquellas uniones de personas no constituidas bajo el vínculo matrimonial, las cuales hasta ese momento, en ausencia de un régimen específico, y en respuesta a una palpable realidad social, venían siendo admitidas por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia como *sociedades de hecho entre concubinos*, con el fin de "otorgar así un tratamiento legal y justo al elemento patrimonial de los concubinos, pues la sociedad conyugal solamente se contemplaba dentro del matrimonio legalmente constituido y la ley civil prohibía la conformación de sociedades universales diferentes a la conyugal".¹³⁷

¹³⁷ Jiménez Valencia, Faridy. Matrimonio y Unión Marital. Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 2007, p. 163.

La Ley 54 de 1990 y el artículo 42 de la Constitución Política marcaron, pues, un hito en la nueva concepción de la familia y significaron una transformación legal diametral en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de las que en su momento fueren tenidas como uniones concubinarias. La primera, por cuanto definió, y con ello reconoció, la unión marital de hecho como aquella formada entre un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular, denominándolos, para todos los efectos civiles, como compañero y compañera permanente, y reguló los parámetros para su reconocimiento y el régimen patrimonial que las rige. El segundo, por su parte, en tanto reconoce formas de constitución de la familia diferentes a la aceptada hasta entonces, valga decir, la del matrimonio, y admite con ello que el vínculo natural entre un hombre y una mujer, aunado a la voluntad responsable de los compañeros de conformarla, también es fuente constitutiva de la misma.

No obstante lo anterior y a pesar de todo lo que ello implica, la cuestión de los efectos civiles respecto del estado civil que se constituye para las personas que conforman la unión marital de hecho no quedó resuelta. Esto dio paso, en un primer momento, a una posición en la Corte Suprema de Justicia negadora de la existencia de estado civil para los compañeros permanentes, fundamentada, por una lado, en la exigencia legal y constitucional de que sólo constituyen estado civil las situaciones expresamente definidas por el legislador, y por el otro, en el hecho de que aún no existe disposición legal que determine que la situación de compañero o compañera permanente deba ser tenida como tal.

Partiendo de esta cuestión, surge el planteamiento de la presente línea jurisprudencial, la cual pretende determinar cuál es la posición dominante actual para dar respuesta a la misma, y si esta se muestra como negadora o reconocedora del estado civil para las personas que conforman una unión marital de hecho.

El patrón fáctico de las decisiones que conforman la línea está relacionado directamente con el problema jurídico que esta pretende dilucidar, pero los fallos concretos están, de hecho, dirigidos a resolver la procedencia o no del recurso extraordinario de casación cuando están de por medio la cuantía del interés para recurrir en casación y la prescripción de la acción

encaminada a obtener su declaración.¹³⁸ No obstante, la procedencia o improcedencia del recurso en discusión depende en todo del reconocimiento o no que se le dé al estado civil surgido de la unión marital de hecho. Según una primera tesis, en la que la unión marital de hecho no constituye un estado civil, el recurso extraordinario de casación se torna improcedente, ya sea porque la cuantía del interés para recurrir no supera los cuatrocientos veinticinco (425) salarios mínimos legales mensuales vigentes establecidos por ley, o porque la acción patrimonial ha prescrito por haber transcurrido más de un (1) año a partir de la separación definitiva de los compañeros permanentes. Según una segunda tesis, en la que la unión marital de hecho sí es constitutiva de estado civil, el mencionado recurso sí es procedente, en tanto que, según el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de una acción de estado civil, su concesión no está condicionada a la cuantía del interés económico y, siendo de carácter imprescriptible, no opera término de prescripción alguno, a excepción de aquel previsto en el artículo 8 de la Ley 54 de 1990, referido a la prescripción de la sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho, mas no a la prescripción de la acción dirigida a su declaración.

¹³⁸ Los pronunciamientos que conforman la presente línea jurisprudencial corresponden en su mayoría a Autos, más no a sentencias, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, dictados con ocasión del estudio de admisibilidad del recurso extraordinario de casación. Esto se debe a que, entre los años 2001 y 2008, la mencionada Sala declaró improcedente el recurso extraordinario de casación por no acreditarse el requisito de la cuantía del interés para recurrir (art. 366 C. de P. C.), actuación que se cumple por medio de Auto y no de sentencia; de 2008 en adelante, cuando la Sala cambió su jurisprudencia, el recurso empezó a declararse procedente sin más consideraciones que el estado civil que dimana de la unión marital de hecho, de ahí que empiecen a producirse sentencias sobre el tema. Los Autos de la Corte Suprema de Justicia, en tanto se pronuncian de fondo sobre los temas objeto de controversia en los Tribunales de segunda instancia, sientan jurisprudencia, razón por la cual pueden ser y han sido tenidos en cuenta como parte de la línea jurisprudencial. Situación equiparable se presenta también con los Autos proferidos por la Corte Constitucional en incidentes de nulidad de sentencias de la misma Corte.

2. • GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿La unión marital de hecho constituye estado civil para quienes la conforman?

TESIS A

La unión marital de hecho no constituye estado civil para quienes la conforman. Sólo constituyen estado civil las situaciones expresamente definidas por el legislador, conforme lo establecen el art. 42 C.P. y el art. 1º del Decreto 1260 de 1970.

TESIS B

La unión marital de hecho constituye el estado civil de compaño-ro o compañera permanente para quienes la conforman, así no haya una disposición legal que lo disponga.

Dec. 1260 de 1970	Dec. 2158 de 1970
Ley 54 de 1990	
Art. 42 C.P.	
CSJust Civil, 28-11-2001 Auto, S. Trejos	CSJust Civil, 28-11-2001 Auto, S.V. J. Castillo, J. Ramírez, J. Santos
CSJust Civil, 10-11-2004 Auto, C. Jaramillo	CSJust Civil, 10-11-2004 Auto, S.V. P. Munar
CSJust Civil, 09-08-2005 Auto, S. Trejos	
CSJust Civil, 21-03-2006 Auto, C. Valencia	
	CSJust Civil, 18-06-2008 Auto, J. Arrubla
	CSJust Civil, 19-12-2008 Auto, A. Solarte
	CSJust Civil, 11-03-2009 W. Namén

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 Indeterminación normativa y negación del estado civil

El gráfico de la línea jurisprudencial que nos ocupa, muestra cuáles han sido las posiciones, y los momentos de tensión entre ellas, para resolver la cuestión sobre el reconocimiento o no del estado civil de compañero o compañera permanente a las personas que conforman una unión marital de hecho.

El punto de partida en la gráfica corresponde a normas legales y constitucionales atinentes al estado civil, a las uniones maritales de hecho y a la familia. Son el marco jurídico, normas en estado preinterpretativo que configuran la base del análisis jurisprudencial aquí presentado y que determinan el desarrollo de la línea en tanto que, de las interpretaciones de estas, surgen las diferentes posiciones que responden al tema aquí en discusión. Estas normas, en sí, no defienden explícitamente ninguna de las tesis, ya que se limitan a dar desarrollo legislativo y constitucional a los respectivos temas, más, al callar en el punto referente a si la unión marital de hecho constituye estado civil para quienes la conforman, configuran una indeterminación normativa.

Los dos primeros referentes normativos son el Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, y el Decreto 2158 del mismo año, que modifica el primero. De importancia concreta para el desarrollo de la línea son el art. 1º del Decreto 1260 de 1970, que establece que *"el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determinada su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley"*, el art. 2º según el cual *"el estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos"*, y el art. 5º, el cual establece que los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, deben ser inscritos en el registro civil, pasando a enunciar aquellos hechos y actos que deben ser objeto de registro. Por su parte, el Decreto 2158 de 1970, en su artículo 1º adiciona el Decreto 1260 en lo relativo a los elementos que componen el registro del Estado Civil (el matrimonio, los nacimientos y las defunciones, entre otros), disponiendo

que deberá llevarse un Registro de Varios, en el cuál serán inscritos todos los hechos y actos distintos de nacimientos, matrimonios y defunciones, y expone aquellos hechos y actos que, en especial, deberán ser anotados.

Por su parte, y como ya se mencionó con anterioridad, la Ley 54 de 1990 define las uniones maritales de hecho y establece el régimen patrimonial entre compañeros permanente, y el art. 42 de la Constitución Política reconoce en el vínculo natural entre un hombre y una mujer una forma diferente a la del matrimonio para constituir una familia.

Sólo hasta el año 2001, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia en un Auto sobre el tema.¹³⁹ En este, la Sala defiende la tesis que afirma que la unión marital de hecho no constituye estado civil para quienes la conforman. Este pronunciamiento, fundacional de la línea jurisprudencial esbozada, corresponde a un proceso ordinario de declaración de existencia y disolución de una sociedad patrimonial de hecho, instaurado por la demandante en contra de los herederos indeterminados de quien fuere su compañero permanente. En este, la demandante, a quien se le negaron las pretensiones en segunda instancia, propuso el recurso extraordinario de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el cual le fue denegado, razón por la cual a través del recurso de queja acude ante la Corte para que se conceda dicho recurso. Por su parte, el Tribunal de segunda instancia motivó la denegación del recurso en consideración a la cuantía del interés para recurrir, pues estimó que la cuota que eventualmente le correspondería a la actora en la herencia del causante, no excedía del límite mínimo equivalente a 425 salarios mínimos legales mensuales vigentes que señala el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la ley 592 de 2000. Ante la Corte Suprema de Justicia, la interesada insiste en el recurso bajo el argumento de que, por tratarse de una acción de estado civil, la concesión del recurso no está sujeta a la cuantía del interés para recurrir.

Respecto del problema jurídico objeto del recurso de queja, la Corte estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por la demandante, argumentando que, independientemente del no cumplimiento de la cuantía mínima, el mencionado recurso sería improcedente por cuanto, según lo dispuesto en el art. 366 del Código de Procedimiento Civil, son sólo susceptibles de ser

¹³⁹ CSJ Civil, 28/Nov./2001, Auto, e0096-01, S. Trejos.

recurridas en casación las sentencias dictadas en los procesos ordinarios, siempre en consideración a su cuantía, a excepción hecha de aquellas que versen sobre el estado civil, lo cual, afirma la Corte, no sucede en el presente caso. Para fundamentar esto último, la Corte se apoya en diferentes argumentos. El primero de ellos sostiene que el estado civil de compañero permanente no puede deducirse del enunciado del art. 42 de la Constitución respecto de que la familia puede ser también constituida por vínculos diferentes al matrimonio, en tanto que, para darle alcance a tal precepto se hace necesario que sea la ley la que determine “lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”, tal como se establece en el último inciso del mismo.

Como segundo argumento, la Corte sostiene que la Ley 54 de 1990 no tuvo como propósito crear un estado civil, en tanto que, en primer lugar, este “no se puede deducir por el hecho de que se haya denominado y definido la unión marital de hecho ‘para todos los efectos civiles’”. En segundo lugar, no consideró como suficiente la simple voluntad de los miembros de la pareja para conformarla, pues se precisa, además, de unos hechos concretos que la sustenten, susceptibles de demostración, como lo es hacer una comunidad de vida permanente y singular. Y, en tercer lugar, porque la ley no reguló derechos ni deberes entre los compañeros, “sino esencialmente la presunción de sociedad patrimonial, la imposibilidad de la concurrencia de esta con la sociedad conyugal, el establecimiento de la misma, su disolución y liquidación”.

En un tercer argumento la Corte manifiesta que se hace necesaria una regulación legal para el reconocimiento del estado civil de las uniones matrimoniales de hecho, ya que la mera voluntad responsable de la pareja de organizarse en una unión de este tipo deja sin resolver aspectos fundamentales de dicho estado previstos en el art. 1º Decreto 1260 de 1970, el cual define aquel como indivisible, indisponible, imprescriptible y cuya asignación corresponde a la ley.

Como cuarto y último argumento, la Corte advierte que, aun cuando el art. 1º del Decreto 2158 de 1970 permite la hipótesis de poder inscribir la unión marital en el Registro de Varios, esto no soluciona el problema, ya que de la inscripción de aquella no puede deducirse el reconocimiento del estado civil. De los argumentos anteriores la Corte concluye que, si bien la unión marital de hecho y la constitución de la familia por vínculos naturales puede llegar a constituir un estado civil, en el ordenamiento jurídico colombiano no

ha sido establecido ni constitucional, ni legalmente el estado civil de compañero permanente derivado de dichas uniones. En este Auto, por vía de interpretación, la Sala crea una subregla, en el sentido de que la unión marital de hecho, de la que dimana por presunción legal la sociedad patrimonial de hecho, no constituye estado civil.

La posición mayoritaria de la Corte, negadora del estado civil para las personas que conforman la unión marital de hecho, contrasta, no obstante, con la posición de tres de sus magistrados que, en la misma decisión, salvaron su voto. Dichos salvamentos, por su parte, defienden la tesis contraria que afirma que la unión marital de hecho constituye el estado civil de compañero o compañera permanente para quienes la conforman. Los magistrados Jorge A. Castillo Rugeles, José F. Ramírez Gómez y Jorge Santos Ballesteros, en sus respectivos salvamentos, disienten de la tajante negación que la mayoría de la Sala hace del carácter de estado civil a la unión marital de hecho. Podría decirse que, aun cuando pasarían años hasta que dicha posición se consolidara, este es un primer cambio jurisprudencial en favor del reconocimiento del estado civil de los compañeros permanentes. Según ellos, las normas sobre las cuales se fundamenta la posición mayoritaria merecen una interpretación diferente de la cual se deduce que la Constitución y la ley, contrario a lo que plantea la mayoría de la Sala, sí han asignado el carácter de estado civil a las uniones maritales de hecho.

El magistrado Castillo Rugeles, en su salvamento, sostiene que el estado civil, entendido este como la situación de la persona frente a la familia y la sociedad (art. 1º. Dec. 1260 de 1970), es una situación inherente a la persona misma jurídicamente individualizada, y si esto es así entonces la unión marital otorga un estado civil a los compañeros permanentes, pues ella, la unión marital, de acuerdo con el art. 42 C.P., es una de las formas como se constituye la familia. Adicionalmente, el art. 1º de la ley 54 de 1990, al denominar la unión marital de hecho, y a su vez, el compañero y la compañera permanente “para todos sus efectos civiles”, les da plena eficacia jurídica, la cual comprende el estado civil. Concluye su argumentación diciendo que, si bien puede admitirse que dicho estado civil está sometido a una disciplina normativa incipiente, eso no lo hace en manera alguna imperfecto, ni mucho menos rudimentario; por supuesto que en tales circunstancias, ya habiendo sido considerado por la ley como un estado civil, le incumbe al juez completar la labor que el legislador dejó inacabada.

Por su parte, José Fernando Ramírez Gómez, a quien el magistrado Santos Ballesteros adhiere, parte del contenido del artículo 1º del D. 1260 de 1970 en el que se define al estado civil de una persona como "su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones", y agrega que sus fuentes ontológicas, según el art. 2º del mismo decreto legislativo, lo constituyen los hechos, actos o providencias que lo determinan, lo que permite concluir que la providencia judicial que produce una declaración según lo dispuesto por la Ley 54 de 1990 determina el estado civil de compañero permanente. Expresa además, que de lo previsto en el art. 42 C.P., según el cual el vínculo natural es también constitutivo de una familia legítima, sería errado deducir que sólo aquel que contrae matrimonio adquiere el estado civil, en este caso, de casado. Finalmente plantea que, no obstante no contemplar el art. 5º del Decreto 1260 de 1970 al estado civil derivado de la unión marital de hecho, no le resta su condición, en tanto que esa norma es meramente enunciativa, sin descontar la posibilidad de su inscripción en el Registro de Varios en los términos del art. 1º del Decreto 2158 de 1970.

En un Auto de 2004¹⁴⁰, la Sala confirma lo expuesto en el Auto de 2001 tanto en lo referente al problema jurídico objeto del recurso de queja, como al tema que le subyace respecto de la negación del estado civil. En este aspecto, la Corte reafirma su posición argumentando que, si bien los compañeros permanentes conforman una familia, ella no genera, *ipso jure*, un estado civil, por cuanto es la ley, más no el juez, la llamada a asignarle dicho reconocimiento jurídico. En el salvamento de voto al Auto¹⁴¹, en lo que podría verse como un segundo intento de cambio jurisprudencial en la posición hasta ese momento expuesta por la Sala, el magistrado disidente del planteamiento de la mayoría. Sus argumentos, a su vez, confirman los expresados en los salvamentos de voto al Auto de noviembre de 2001. En este se argumenta que, de acuerdo con la definición del art. 1º del Decreto 1260 de 1970, y conforme al art. 42 C.P., la unión marital de hecho "da lugar a una familia que individualiza jurídicamente a quienes la conforman, amén que les otorga un determinado estatus, tanto en el seno familiar como en el social". Así mismo, el artículo 1º de la ley 54 de 1990, al definir la unión marital de hecho y los compañeros permanentes "para todos los efectos civiles", incluye, por supuesto, el estado

¹⁴⁰ CSJ Civil, 10/Nov. 2004, Auto, e00773-00, C. Jaramillo.

¹⁴¹ CSJ Civil, 10/Nov. 2004, Auto, e00773-00, Salvamento de voto, P. Munar.

civil. Por lo demás, se remite a lo expuesto por el magistrado Castillo Rugeles en el salvamento de voto antes expuesto.

La tesis que niega la idoneidad de la unión marital de hecho para constituir el estado civil de los compañeros permanentes fue confirmada en dos Autos posteriores¹⁴², sin encontrarse en ellos salvamentos de voto que disientan de la posición mayoritaria.

3.2 Estado civil: ¿Casada? ¿Soltera? – No, Compañera permanente

Siguiendo el camino de los salvamentos de voto de los años 2001 y 2004, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en un corto Auto de 2008¹⁴³, corrige su doctrina, pasando a sostener la tesis opuesta fijada hasta el momento por ella. En esta, la Sala afirma que la unión marital de hecho constituye un verdadero estado civil, por lo que el recurso de casación procede por ese sólo hecho y sin ningún otro de tipo de consideración. De este modo, la Corte modifica la tesis mayoritaria que hasta entonces había tenido, según la cual la unión marital de hecho no generaba estado civil.

La Corte funda su tesis en que, si bien ciertamente no se ha dictado la ley que haga la asignación del estado civil surgido de la unión marital de hecho, sí se han introducido normas que tienden a darle un tratamiento equiparable al del matrimonio, lo que permite subsumirla en la definición del artículo 1º del Decreto 1260¹⁴⁴. Menciona entre dichas normas la Ley 1060 de 2006, que permite presumir, al igual que en el matrimonio, que un hijo lo es del compañero permanente si nació durante la vigencia de la unión marital de hecho o durante los ciento ochenta (180) días que siguen a su declaratoria. También las Leyes 640 de 2001, artículo 40, numeral 3º y 979 de 2005, artículo 4, numerales 1º y 2º, que permiten acreditar la existencia de la unión marital de hecho con las actas de conciliación y el mutuo consentimiento de los interesados expresado ante notario. Y finalmente, la misma Ley 54 de 1990 que, en el campo económico, permite presumir la existencia de la sociedad patrimonial

¹⁴² CSJ Civil, 09/Ago./2005, Auto, e11001-31-10-015-1999-00482-01, S. Trejos; CSJ Civil, 21/Mar./2006, Auto, e11001-02-03-000-2005-01672-00, C. Valencia.

¹⁴³ CSJ Civil, 18/Jun./2008, Auto, eC-0500131100062004-00205-01, J. Arrubla.

¹⁴⁴ Reza artículo 1º del Decreto 1260: “*El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible y su asignación corresponde a la ley*”

entre compañeros permanentes a partir de la existencia de la unión marital de hecho, al igual que ocurre con la sociedad conyugal en el matrimonio. Esta Ley, a la vez, se encarga de regular los derechos y deberes de esa sociedad, homologando algunas de las causales para su disolución a las del matrimonio, e incluso remite a las normas de capitulaciones matrimoniales y sociedad conyugal para efectos de su liquidación.

Por otro lado, agrega la Corte que el artículo 42 de la Constitución Nacional predica que la familia en Colombia puede constituirse “*por vínculos naturales o jurídicos*”, valga decir, por unión marital de hecho o matrimonio, por lo que dicha normatividad debe entenderse con una vocación de equidad e igualdad, de lo que resulta que ambos casos deben recibir el mismo trato y no puede sostenerse que, en ese preciso tópico, el primer evento, es decir, el del matrimonio, “es el único que genera un estado civil, el de casado, mientras que el otro no, menos cuando el “*acto*” jurídico del matrimonio no es la única fuente ontológica del mentado estado, porque, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 1260 de 1970, también pueden ser otros ‘*actos*’, amén de los ‘*hechos*’ y las ‘*providencias*’”. De ahí que, así como el matrimonio origina el estado civil de casado, la unión marital de hecho también genera el de ‘*compañero o compañera permanente*’”. Sostiene además que, si bien la ley no designa a la unión marital de hecho como un estado civil, tampoco lo hace con ningún otro, siendo aquella, en este punto, meramente enunciativa, más no limitativa. Con base en los anteriores argumentos, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia adopta una nueva subregla, según la cual la unión marital de hecho sí genera un estado civil para quienes la conforman, que es el de compañeros permanentes, corrigiendo la tesis en sentido contrario que hasta entonces había sostenido, sentada en el Auto de noviembre de 2001.¹⁴⁵

Asentada la posición en cuanto al reconocimiento de la unión marital de hecho como constitutiva del estado civil de compañero y compañera permanente para las personas que la conforman, la Sala Civil, en una sentencia de 2009¹⁴⁶, abre el espacio para consolidar su tesis y ampliar, así mismo, los efectos jurídicos del reconocimiento del estado civil a las uniones maritales de hecho. En este punto es importante anotar que, por primera vez en el

¹⁴⁵ Esta tesis fue reiterada en CSJ Civil, 19/Dic./2008, Auto, e11001-0203-000-2007-01200-00, A. Solarte.

¹⁴⁶ CSJ Civil, 11/Mar./2009, e85001-3184-001-2002-00197-01, W. Namén.

desarrollo de esta línea jurisprudencial, se trata de una sentencia de casación, que ya no, como en los anteriores casos, de un Auto dictado con ocasión del estudio de admisibilidad del recurso extraordinario de casación. Razón de ello es, como ya fue mencionado en la introducción del tema, que con ocasión del cambio jurisprudencial ocurrido en el año 2008, el mencionado recurso pasó a ser declarado procedente, sin otra consideración que el estado civil que surge de la unión marital de hecho, conforme lo dispuesto en el artículo 366, inciso 1º, num. 4º del Código de Procedimiento Civil.

En esta sentencia, la Corte reitera la tesis del Auto de 2008 en tanto le confiere a la unión marital de hecho el carácter de estado civil. Para fundamentar su decisión, se refiere nuevamente a los cambios normativos que han tendido a darle a la unión marital de hecho un tratamiento jurídico equiparable o semejante al del matrimonio. Adicionalmente, y para reafirmar su posición, sostiene que el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 definió la unión marital de hecho “*para todos los efectos civiles*”, “*sin consagrarse distinción o excepción alguna, por lo cual, incluye el estado civil, acatándose así la exigencia de su asignación legal y la calificación de los actos, hechos o providencias de los cuales deriva, tanto cuanto más, por la consagración de sus requisitos objetivos, la conformación de una familia por los compañeros permanentes (artículo 42, inciso 1º Constitución Política), la comunidad de vida estable y singular generatriz de derechos y obligaciones similares a los de la pareja matrimonial.*” Basada en lo anterior, la Corte no sólo reafirma en su argumentación el reconocimiento del estado civil, sino que va un paso más allá y adopta, además, una nueva subregla según la cual la acción para la declaración de existencia de la unión marital de hecho, por el hecho de ser dicha unión constitutiva de un estado civil y conforme a lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1260 de 1970, es imprescriptible. Por el contrario, y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 54 de 1990, la acción concerniente a la declaración judicial de existencia de la sociedad patrimonial derivada de la unión marital y la relativa a su disolución y liquidación, por ser estas de evidente naturaleza económica y obedecer al interés particular de los compañeros permanentes, son prescriptibles.

4. CONCLUSIONES

La discusión sobre el problema jurídico planteado en esta línea jurisprudencial permite ver las dos tesis que se han planteado sobre el mismo, así como la tensión presentada en su momento por la confrontación entre las dos posiciones.

La tesis mayoritaria defendida por los magistrados de la sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en un primer momento, sostenía que la unión marital de hecho no crea un estado civil para quienes la conforman, por cuanto sólo constituyen estado civil aquellas situaciones expresamente definidas por el legislador, y aún no existe disposición legal que determine que la situación de compañero o compañera permanente deba ser tenida como tal. Con base en esto, y en relación con el problema jurídico que originó los Autos que conforman la línea jurisprudencial, dictados con ocasión del estudio de admisibilidad del recurso extraordinario de casación, al no originarse en la unión marital de hecho un estado civil, la Corte declaró en sucesivos casos el mencionado recurso como improcedente por no tratarse estos de procesos ordinarios atenientes al estado civil, según lo establece el art. 366 del Código de Procedimiento Civil, sino a procesos que debían ser tratados en consideración a la cuantía del interés para recurrir que, en todo caso, debe ser superior a los 425 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo previsto en el artículo ya citado.

La tesis aquí planteada por la mayoría de la Sala no deja de ser controvertida, lo que se hace evidente en los salvamentos de voto expuestos en los dos primeros Autos presentados en la línea. La tensión que en este punto se presenta, puede entenderse como el primer cambio jurisprudencial sobre el tema, planteándose por primera vez y simultáneamente con la primera, la tesis contraria a aquella negadora del estado civil para las uniones maritales de hecho. Según esta segunda tesis, que sólo vendría a ser asumida por la mayoría de la Sala varios años más tarde, reconoce, con fundamento en una nueva interpretación de las normas expuestas por la Sala para defender la primera tesis, que el legislador, al definir la unión marital de hecho y los compañeros permanentes *“para todos sus efectos civiles”* en la Ley 54 de 1990,

les asigna con ello el estado civil que les corresponde. Así, aún no existiendo una disposición legal que expresamente lo disponga, con la disposición de la citada Ley se acata la exigencia de la asignación legal del estado civil dispuesta por el art. 42 de la Constitución Política y el art. 1º del Decreto 1260 de 1970.

Fundada en esta nueva tesis, que corresponde a la hoy dominante, la Corte no sólo llega a un punto cumbre en la discusión sobre el problema jurídico que aquí se discute, al declarar una nueva subregla en sentencia de marzo de 2009 según la cual la acción para la declaración de existencia de la unión marital de hecho, por el hecho de ser dicha unión constitutiva de un estado civil, es imprescriptible. Además de ello, la Corte logra atenuar en parte las ostensibles desigualdades e inequidades devenidas del inmemorial trato discriminatorio de la familia constituida por la unión de personas que por libre y responsable decisión deciden crear una comunidad de vida permanente. Es quizás este un síntoma, cabe decir, de la liberalización de las posturas de la Corte respecto de la concepción del matrimonio, y por ende, de la familia, que históricamente habían sido concebidos, tanto por la sociedad como por el legislador y los jueces, como instituciones fundadas en una moral social católica estricta, que propugnaba por el vínculo religioso y jurídico como único aceptable y constituyente de familias legítimas. La sociedad colombiana, por no hablar de lo que sucede en otras sociedades más allá de nuestras fronteras, ha evidenciado cambios fundamentales en lo que a esto respecta. En un país como el nuestro, donde aproximadamente la mitad de las uniones son de hecho¹⁴⁷, se ha avanzado sustancialmente en el reconocimiento y aceptación social de dichas uniones, no quedándoles al juez y al legislador, como se evidencia con el cambio jurisprudencial de la Corte, otro camino que adaptarse a estos cambios y adoptar, con base en ellos, decisiones judiciales y normativas adecuadas a las nuevas concepciones.

Sin restarle importancia a las consecuencias jurídicas, como también políticas y sociales que conlleva la posición hoy dominante en la Corte en lo referente a los compañeros permanentes, no se pueden dejar de lado en este análisis los efectos procedimentales y judiciales que supone esta para los Jueces de Familia y para la Jurisdicción misma. Si volvemos a las dos tesis expuestas por la Sala de la Corte sobre el estado civil surgido de la unión marital de hecho en el marco del estudio de admisibilidad del recurso extraordinario

¹⁴⁷ CSJ Civil, 11/Mar./2009, e85001-3184-001-2002-00197-01, W. Namén.

de casación, los efectos procedimentales de asumir una u otra se hacen patentes. Así, dependiendo de la negación o reconocimiento de dicho estado civil se determina quién debe conocer de fondo, como Corte de cierre, sobre temas atenientes a las uniones maritales de hecho, como son la declaración de existencia de la misma y la consiguiente sociedad patrimonial que de ella se deriva, así como de la disolución y liquidación de esta última. Como consecuencia de la aplicación de la primera tesis, es decir, la negadora del estado civil, tenemos entonces que, al ser improcedente el recurso extraordinario de casación, conforme a lo expuesto en anteriores líneas, la Corte Suprema de Justicia no puede conocer de fondo sobre la cuestión, erigiéndose de esta forma los Tribunales en decisión de segunda instancia como la Corte de cierre habilitada para sentar jurisprudencia sobre el tema. En el caso contrario, es decir, con la aplicación de la segunda tesis que reconoce el estado civil para las uniones maritales de hecho, la Corte Suprema de Justicia, al estar facultada para pronunciarse en sede de casación, sería, y en la actualidad es, la llamada a establecer la doctrina jurisprudencial a tenerse como precedente en el análisis de los problemas jurídicos que pudiesen generarse sobre el tema.

No está de más preguntarse, a modo de hipótesis y conclusión, cuáles fueron los motivos reales subyacentes al cambio jurisprudencial en la Corte. Si, por un lado, se debió a una motivación de carácter moral y social implícita en sus sentencias, tendiente a mitigar las desigualdades en el trato que en gran parte se les viene y sigue dando a las familias constituidas en torno a una unión de hecho, o dirigida a adecuarse a nuevas concepciones de la sociedad; o si, por otro lado, el cambio fue provocado más bien por razones de otro carácter, con el interés de conservar para sí, en tanto Corte de cierre en controversias que versen sobre el tema aquí tratado, el poder de decisión de fondo en última instancia, y con ello ser la llamada a sentar precedentes jurisprudenciales, preservando de esta forma el poder jurídico político que le concede el tomar decisiones y crear doctrina jurisprudencial en temas determinantes con repercusiones fundamentales sobre la vida jurídica, política y social del país.

