Providencia recopilada por GMH abogados
Adquiere nuestra suscripción en
www.gmhabogados.com.co/tienda-2
WhatsApp 313-8836491

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada Ponente

SC3732-2021
Radicación n° 11001-31-10-011-2015-01218-01
(Aprobada en sesión de diez de junio de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

ANOTACIÓN PRELIMINAR

De conformidad con el Acuerdo nº 034 de esta Corporación y en aras de cumplir los mandatos que propenden por la protección de la intimidad y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, **en esta providencia**, los nombres de las partes involucradas en el presente asunto serán reemplazados por otros ficticios a fin de evitar la divulgación real de sus datos.

Anotado lo anterior, decide la Corte el recurso de casación interpuesto por, Marta Virginia Duarte Echandía, representante legal del menor Ernesto Duarte Echandía frente a la sentencia proferida el 11 de julio de 2018, por la Sala Familia del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso declarativo de Diego Felipe Castro Lema promovió en

su contra.

I.- ANTECEDENTES

1.- El promotor acudió a la jurisdicción para que se declare que el menor Ernesto Duarte Echandía es hijo extramatrimonial suyo, se ordene la corrección de su registro civil y se fije la cuota alimentaria a que estaría obligado.

2.- En respaldo narró, en síntesis, que sostuvo relaciones sexuales con la señora Marta Virginia Duarte Echandía, desde el 10 de abril de 2013, las cuales «*fueron estables y notorias por un espacio de 2 años*».

Fruto de esos amoríos Marta Virginia Duarte Echandía concibió un hijo que nació el 7 de septiembre de 2014, el cual fue registrado con el nombre de Ernesto Duarte Echandía, a quien «*ayudó a su subsistencia y siempre trató como su hijo aportando una cuna con su respectivo colchón y lencería, también ha aportado durante todo el tiempo pañales, leche, pañitos, mudas de ropa, compotas, frutas, donde la demandada siempre lo humillaba diciéndole que eso eran limosnas y que eso a ella no le servía para nada*» (fls. 20-24 Cd 1).

3.- La acción así planteada fue admitida el 16 de diciembre de 2015, ordenando el enteramiento de la interpelada y la práctica del «*examen de genética de ADN con el uso de marcadores genéticos necesarios para alcanzar el índice de probabilidad superior al 99.99%, y con el respectivo análisis de grupos sanguíneos, las características patológicas, morfológicas, fisiológicos e intelectuales transmisibles, al menor de edad en Ernesto Duarte*

Echandía, a su progenitora Marta Virginia Duarte Echandía, y al pretenso padre Diego Felipe Castro Lema» (fl. 26 Cd 1).

4.- Enterada, la convocada se opuso a las pretensiones, invocando como excepciones la *«falta de legitimación en causa por activa»*, *«inexistencia de procedimiento aplicable al caso»* e *«inexistencia de la posesión notoria»* (fls. 40- 43 Cd 1).

5.- Al estimar el juzgador que lo realmente pretendido por el actor era el reconocimiento voluntario de su paternidad respecto del menor Ernesto Duarte Echandía, el 18 de octubre de 2016 ordenó la remisión de las diligencias al Defensor de Familia de Usaquén (fls. 75-78 Cd 1).

6.- La Defensoría de Familia de Usaquén citó a la demandada, a efecto de realizar aquella actuación, pero ante la inasistencia reiterada de la señora Marta Virginia Duarte Echandía, el 19 de enero de 2017, emitió *«auto de cierre»* *(fl. 103 Cd 1)* y devolvió la actuación al juzgado de origen.

7.- Recibido el plenario, en pronunciamiento de 5 de abril de 2017, el *a quo* señaló fecha (8 mayo de 2017) *«para llevar a cabo audiencia de reconocimiento de paternidad del señor Diego Felipe Castro Lema «respecto del menor Ernesto Duarte Echandía»* (fl. 106 Cd 1), frente a lo cual Marta Virginia Duarte Echandía remitió escrito aduciendo la imposibilidad de asistir, por residir en Madrid- España, pero *«que de antemano rechazo la paternidad que hace el señor Diego Felipe Castro Lema sobre mi hijo» Ernesto Duarte Echandía «quien se encuentra conmigo en esta ciudad por las razones expuestas en los hechos de la demanda».*

8.- El Juzgado Once de Familia de Bogotá finiquitó la instancia, el 18 de diciembre de 2017, desestimando las excepciones planteadas y declaró que Ernesto Duarte Echandía, *«nacido en la ciudad de Bogotá D.C. el 7 de septiembre de 2014 y cuya madre es* Marta Virginia Duarte Echandía, *es hijo extramatrimonial de* Diego Felipe Castro Lema» y adoptó las restantes determinaciones que de dicho veredicto emanan.

9.- Apelado el fallo por la pasiva, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Familia lo confirmó, con providencia del 11 de julio de 2018.

II.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

De manera inicial el colegiado examinó lo concerniente a la legitimación en la causa del demandante para promover la acción, para colegir *«que no es viable desconocer la legitimación al verdadero padre biológico para demandar la filiación cuando el reconocimiento no ha sido aceptado»* (minuto 59.05).

Ocupado de la defensa referida a la inexistencia de un procedimiento aplicable al caso, puso de presente lo dispuesto en el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, entonces vigente, replicado ahora en el precepto 386 del Código General del Proceso, según los cuales se fijó un procedimiento "*estándar*" para todos los casos que no tuvieran fijado un ritual especial *«señalando en ese trámite las garantías de contradicción para esa clase de litigios entre ellas la posibilidad de acudir a la prueba de ADN cuando hay contradicción entre las partes, además, se prevé la posibilidad de emitir sentencia de plano de adoptar medidas de protección incluso previas para la protección de*

los derechos del niño o de los participantes en el juicio».

Se adentró también en el reproche alusivo a la falta de demostración de la *«posesión notoria del estado de hijo»*, diciendo que *«resulta insustancial»*, debido a que *«nunca se alegó por la parte demandante la declaración de filiación paterna con fundamento en la presunción de posesión notoria del Estado de la condición de hijo si se vuelve sobre el sustento fáctico de la demanda y lo alegado son las relaciones sexuales obtenidas por los padres de Emmanuel y su concepción como resultado del indicado trato sexual».*

Superado esto, mencionó que el *«avance científico permite establecer con certeza que es cercana al 100% mediante la prueba de ADN la conjunción genética de los padres seguramente resultado de la unión sexual»* para puntualizar que dicha prueba *«no obstante haberse decretado en el auto admisorio no pudo practicarse por la conducta renuente de la demandada»*, dando cuenta del comportamiento procesal de ésta, que de suyo habilitaba la posibilidad de acudir a otras probanzas para la acreditación de los hechos alegados.

Pasó así al análisis de las declaraciones recaudadas, del material documental arrimado y la conducta procesal de la demandada -quien dejó en evidencia su desinterés en la aplicación de los exámenes científicos- de cuya valoración conjunta coligió la demostración de la causal de presunción de paternidad regulada en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 75 de 1968, referida a las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre para la época en la que de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Apoyado en la causal quinta del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, se formuló un (1) cargo contra el fallo del tribunal, acusándolo de *«incurrir en un error in-procedendo en la modalidad de vicio de estructura que socava el debido proceso y la garantía fundamental del menor Emmanuel Duque Echeverry, hijo de la aquí recurrente, a conocer su filiaci6n verdadera, por haber sido dictada dentro de un juicio viciado de nulidad».*

Para soportar la acusación sostuvo:

«Que la práctica del examen antropo-heredo-biológico, constituye una prueba obligatoria en los procesos de filiación por mandato expreso de la Ley 721 de 2001, art.1°.

De suerte, el art. 3° ibidem advierte 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".

En consecuencia, cuando no se agota la práctica del examen de ADN, como ocurrió en este proceso, y aun así se declara por la judicatura la filiación pretendida por el demandante, la sentencia se reputa nula, con total y absoluta independencia de que la contraparte, en este caso la recurrente, haya sido "contumaz" o "renuente" a su práctica, conforme se declaró probado por el Tribunal».

Agregó que esto, en razón a que más allá de los intereses privados de las partes está el derecho a *«la identidad del menor, entendido como sujeto de especial protecci6n constitucional (art. 45 Superior), y, por consiguiente, a pesar de la "renuencia" o "contumacia" de uno de los litigantes, la judicatura tiene la obligación de adoptar todas*

las medidas, incluso coercitivas (art. 44 del CGP), para garantizar la práctica del examen, en lugar de conformarse, como aquí ocurrió con los jueces de instancia, con la apreciación de la cauda (sic) indirecta, por demás dudosa y especulativa, que, en definitiva, desvirtúa el sentido excepcional de la regla prevista en el citado art. 3° de la Ley 721 de 2001».

IV. CONSIDERACIONES

1. El artículo 336 del Código General del Proceso dispone como motivo de casación en su numeral 5° «*Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad que son consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados*», cuya finalidad es corregir los vicios *in procedendo* ocurridos en el trámite de las instancias, a condición de que el motivo invalidante se encuentre expresamente previsto por el legislador, no se hubiera saneado, atendiendo los principios de taxatividad, legitimación y convalidación que regentan esta materia, habida cuenta que, si el supuesto alegado no se presenta, o no se halla específicamente enlistado o pese a estarlo siendo saneable, no fue alegado por la parte afectada la reclamación será infructuosa.

Es del caso resaltar, que deviene imperativo que quien la invoca tenga legitimación para alegar esa irregularidad, lo cual es predicable de la persona que a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos, como lo previene el artículo 135 del estatuto procesal civil, texto legal que también establece «***no podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina***, *ni quien no la alegó como*

excepción previa, si tuvo la oportunidad, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla».

Ciertamente, la mentada disposición es inequívoca al deslegitimar a quien ha dado lugar a un vicio de nulidad del proceso, como mecanismo para precaver actuaciones maliciosas que fomenten la dilación injustificada de los juicios, impidiendo que quien ha provocado la generación del motivo de anulación pueda alegarlo en su favor.

Es por ello, que esta Corporación ha sostenido reiteradamente que.

> *[L]a procedencia de la causal 5ª de casación, por haberse incurrido en alguno de los vicios invalidantes consagrados en el artículo 140 del C. de P. C., supone las siguientes condiciones: 'a) que las irregularidades aducidas como constitutivas de nulidad general existan realmente; b) que además de corresponder a realidades procesales comprobables, esas irregularidades estén contempladas taxativamente dentro de las causales de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo 140; y por último, c) que concurriendo los dos presupuestos anteriores y si son saneables, respecto de las nulidades así en principio caracterizadas no aparezca que fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer'* (CSJ SC, 5 dic. 2008, rad. 1999-02197-01; reiterada en CSJ SC 20 ago. 2013, rad. 2003-00716-01 y CSJ SC10302-2017, 18 jul.).

2. De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, es elemento integral del debido proceso, el derecho de los intervinientes en los juicios *«a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra»*; postulado cuyo desconocimiento afecta la validez de los litigios, como

claramente lo dispone el artículo 133 del Código General del Proceso en su numeral 5, según el cual será nula la actuación «*cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria*».

2.1. Dentro de los diversos pleitos en los que el ordenamiento prevé la practica imperativa de pruebas están los relacionados con la filiación, al disponer el artículo 1° de la ley 721 de 2001 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%*», en razón al grado de exactitud que han alcanzado los estudios científicos, que permite establecer con estado cercano a la certeza la inclusión o exclusión de una paternidad o maternidad, permitiendo así de una forma expedita dirimir las controversias que se puedan suscitar relativas a la filiación de las personas.

No obstante, previendo que, en ocasiones, por múltiples razones, en el curso del litigio no sea posible practicar dicha prueba, el artículo 3° de la ley en cita establece, 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*». Potestad que habilita al juzgador para que, a partir de la valoración racional de los medios demostrativos incorporados debida y oportunamente al litigio, defina acerca de la filiación demandada.

Empero, lo anterior no significa que el juzgador pueda,

sin más, asumir un papel meramente formal frente a dicha probanza -permitiendo que su obtención quede sometida a la voluntad caprichosa y antojadiza de uno de los contendientes- dados los caros intereses que están involucrados, por lo que deberá hacer uso de todos los poderes de dirección, instrucción y disciplinarios que están a su alcance para efectivizar su recaudo, toda vez que de no ser así se resquebraja la legalidad de la actuación. Atañedero al tema esta Corporación ha dicho, que

> *«la Constitución y la ley conciben un proceso judicial que hunde sus raíces en los principios de colaboración de las partes y dirección –material y gerencial- por el juez, por manera que tratándose de asuntos en que el legislador ha previsto la necesidad de practicar, con carácter obligatorio, un determinado medio de prueba, como es el caso de los exámenes genéticos para establecer la verdadera filiación de una persona, el recaudo de esa probanza no puede abandonarse a la voluntad caprichosa y antojadiza de uno de los litigantes, o al mayor o menor grado de cooperación que quiera prestar con esa finalidad, pues si se permitiera que la recolección de dicho medio probatorio dependiera de él, se impediría el cabal ejercicio del derecho a probar de su contraria y quedaría librada la suerte del pleito al manejo que dicho litigante quiera darle a la prueba. Por eso, entonces, no pueden los jueces tolerar tan grave comportamiento, frente al cual se impone el cumplimiento activo de los deberes que la ley establece y el ejercicio dinámico de los poderes que ella misma les reconoce para hacer efectiva la garantía constitucional al debido proceso, con el fin de impedir que, a partir de aquella conducta impeditiva de la parte, se materialice una irregularidad procesal que vicie la actuación»* (CSJ SC 28 de jun. de 2005, Exp. No. 7901).

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional. Al respecto en la sentencia C-802 de 2002 se enfatizó, que

«[l]os mecanismos que debe utilizar el juez para hacer comparecer al demandado renuente a la práctica [de] la prueba de ADN se encuentran consignados dentro de los poderes generales del juez en el art. 39 del C. de P. C., aplicables a cualquier proceso civil incluido el de filiación o investigación de la maternidad o paternidad, de tal manera que el legislador no tiene por qué repetir para cada tipo de juicio o proceso la normatividad general del ordenamiento procesal civil, pues de suyo se entienden aplicables a cada proceso. Por lo tanto, con dicha "omisión" no se vulnera el derecho al debido proceso, pues no se entiende cuál garantía podría resultar afectada cuando el mismo estatuto procesal tiene establecidos los mecanismos idóneos para combatir la contumacia. De suerte que del conglomerado de poderes y deberes del juez devienen facultades para lograr que los particulares se sometan a la administración de justicia con la observancia de los trámites y procedimientos propios de cada proceso, a efectos de impartir justicia haciendo efectivos los derechos mediante la aplicación de las normas procesales y sustanciales (...) Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 29 superior las garantías, derechos y principios que comprende el derecho al debido proceso, son: a) Principio de legalidad; b) Principio de favorabilidad; c) Presunción de inocencia; d) Derecho de defensa; e) Principio de celeridad; f) Principio de contradicción; g) Principio de la doble instancia; h) Principio non bis in ídem. Los cuales se encuentran garantizados por el legislador al establecer las formas propias del juicio de filiación, y que por tanto deben hacerse efectivos por el juez durante el desarrollo del proceso».

2.2. De cualquier modo, resulta inadmisible que la parte renuente o contumaz a la producción de dicha prueba, amparado en tales postulados, pueda reclamar válidamente la declaración de nulidad de una determinación que por su propio proceder le resultó adversa, debido a que el desacato a los deberes que procesalmente se esperan de los intervinientes en los litigios constituyen una afrenta a la «*buena fe procesal*», que no pueden tener eco en la jurisdicción.

Y es que, quien por un acto suyo ha permitido que la

litis se defina en sentido contrario a sus intereses, no está legitimado para reclamar por las falencias *in procedendo* que con ocasión a su proceder se generen en la definición de la litis, para que estas sean declaradas en su beneficio, burlando así una vez más el compromiso que constitucionalmente tiene de «*respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas*» y, especialmente, de «*colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia*» (art. 95 núm. 3 y 7 C. Pol.).

Compromiso que sube de tono, cuando de procesos para definir la filiación de menores se trata, debido a la prevalencia que tienen sus derechos, entre ellos, a un nombre, a una familia y no ser separado de ella (art. 44 C. Pol.), y la correlativa obligación que la misma Carta impone a la familia, la sociedad y el Estado de adoptar todas las medidas que resulten indispensables en la búsqueda de la protección de sus prerrogativas.

2.3. En punto especifico de la posibilidad de que el padre o madre renuente a practicar la prueba científica en los procesos de impugnación o investigación de paternidad o maternidad, pueda alegar la nulidad, esta Corte ha adoctrinado que

> «*es indiscutible que si la prueba que echa de menos no forma parte del acervo probatorio, no fue porque se desdeñara su ordenación por el juzgador, o porque se hubiere desentendido de su obtención u omitido tomar las medidas que fueren del caso para asegurar su realización, sino simple y llanamente porque a pesar de decretarse y disponerse lo necesario para su práctica, el impugnante se rehusó a colaborar para que pudiera realizarse, al*

no asistir al laboratorio, para proporcionar el material biológico indispensable...si la prueba no se evacuó, fue por circunstancia que sólo a él es imputable, descartándose consiguientemente la irregularidad procesal alegada, que en todo caso, de haber tenido lugar, ***no estaría legitimado para reclamar, toda vez que fue debido a su inasistencia que no pudo practicarse la referida prueba, luego habiendo dado lugar con su conducta al hecho con base en el cual alega el vicio procesal, falta un presupuesto capital de la nulidad en la esfera procesal»*** (CSJ SC, 12 nov. 2004, Rad. 4336; CSJ SC, 13 mar. 2006, Rad. 1999 00642 01 y CSJ SC, 24 nov. 2009, Rad. 2003 00500 01, reiterado en AC4650-2015 de 13 de agosto Rad. 1999-00639-01).

3. En el caso *sub examine* la recurrente acude a la causal quinta de casación, aduciendo que se incurrió en nulidad, porque siendo la prueba genética obligatoria en esta clase de procesos «*cuando no se agota la práctica del examen de ADN, como ocurrió en este proceso, y aun así se declara por la judicatura la filiación pretendida por el demandante, la sentencia se reputa nula, con total y absoluta independencia de que la contraparte, en este caso la recurrente, haya sido "contumaz" o "renuente" a su práctica, conforme se declaró probado por el Tribunal*».

Para resolver lo pertinente es del caso de manera liminar precisar que son atributos esenciales de la personalidad el derecho al nombre, el cual comporta la posibilidad de individualizar a las personas revelando entre otras cosas sus orígenes, así como el estado civil que igualmente develan aspectos fundamentales como es -para lo que aquí interesa- su filiación, la cual, al ser fuente de derechos y obligaciones, puede ser defendido o reclamado aun judicialmente.

Esa protección en el orden interno está ampliamente reconocida, al punto de consagrarse algunas presunciones para su fijación, como es el caso de la paternidad respecto del hijo de mujer casada, al presumir que el marido es el padre.

Cuando no media aquel vínculo matrimonial que permita aplicar dicha presunción, podrá el pretenso padre realizar el reconocimiento voluntario acudiendo directamente ante el notario correspondiente en los términos del artículo 2° de la ley 45 de 1936 o el defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, según lo autoriza el artículo 109 de la ley 1098 de 2016; reconocimiento que al ser voluntario es irrevocable y produce todos los efectos legales que del mismo emanan, siendo entonces del resorte de las mentadas autoridades administrativas, puesto que, si bien, en estrictez dicho reconocimiento no conlleva el ejercicio de una acción judicial, sí visibiliza el deber de todas las personas y ciudadanos de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, utilizando estos mecanismos previo a instaurar el litigio correspondiente – art. 95 CN-.

Ciertamente, el legislador ha previsto la posibilidad de acudir a las acciones judiciales, en los eventos de renuencia al reconocimiento o para la impugnación de la paternidad e, incluso, de la maternidad, para que mediante sentencia judicial se determine la existencia o no de la filiación demandada; e igualmente, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de las personas a reclamar su filiación verdadera;

según el art. 406 ib la de reclamación de estado civil de padre, de madre y de hijo, es de carácter imprescriptible aplicable tanto a la filiación matrimonial como a la extramatrimonial (C-109-1995).

Empero, sea que se adelante el reconocimiento voluntario o la acción judicial a que hubiera lugar, siempre es pertinente acudir a la prueba genética para tener certeza del parentesco, dado el grado de eficacia que ésta ha alcanzado, al punto que ha conllevado que el legislador disponga que siempre que el asunto escale a los estrados judiciales se torne obligatoria su realización.

En este particular caso, atendiendo los precisos alcances que tiene la acusación la Sala limitará el análisis del caso a evaluar la concurrencia o no del vicio de nulidad que se imputa al pronunciamiento impugnado.

Es indiscutible que llegadas las diligencias al tribunal el 9 de febrero de 2018 se admitió la alzada y el 28 de ese mes y año el *ad quem* citó a las partes para celebrar la audiencia prevista en el artículo 327 del Código General del Proceso, oportunidad en la cual se escucharon las alegaciones de las partes, del Ministerio Público y la Defensora de Familia, para en la misma actuación proferir el fallo que dirimió la instancia, sin adoptar medida alguna en procura de la obtención de la prueba de ADN inalcanzada en la primera instancia.

Sin embargo, durante el trámite de primer grado, el juez

señaló fecha para la obtención del referido medio persuasivo en varias ocasiones, partiendo del auto admisorio de 16 de diciembre de 2015 (fl. 26 Cd 1); el 26 de abril de 2016 al aceptar la contestación de la demanda, instando que se cumpla lo decretado en relación con el «*examen de genética ADN*» (fls.44 Cd 44).

El 10 de mayo de 2016 se citó a las partes para la toma de muestras el 6 de julio siguiente (fl. 54 Cd 1); enterando a la interpelada debidamente quien, a través de su abogado, el día anterior se excusó alegando quebrantos de salud (gastroenteritis viral) (fls. 58,59 Cd 1).

El 25 de julio de 2016 se programó nuevamente la toma de muestras para el 24 de agosto de esa calenda (fl. 62 Cd 1), oportunidad en la cual tampoco acudió, informando al día siguiente su mandatario que ello obedeció por estar fuera del país (fl. 73 Cd 1), allegándose certificación emitida por centro educativo que refería su solicitud de admisión para estudiar en ella, para lo cual su salida -según Migración Colombia- fue el 28 de abril de 2017.

Dada las particularidades del caso, en que el reclamante de la filiación es el padre lo que, en estrictez, constituiría una intención de reconocimiento voluntario, el funcionario estimó pertinente remitir las diligencias a la Defensoría de Familia de Usaquén para que se surtiera dicho acto ante la autoridad administrativa (fl. 75 Cd 1).

En aquel ejercicio, la demandada tampoco atendió los

llamados que se le hicieron, aun cuando los funcionarios no solo remitieron comunicaciones que fueron devueltas por presuntamente no vivir ahí (fl. 93 Cd 1), sino que se acercaron a la dirección registrada a enterarla, diciéndoles la madre de la citada que estaba fuera del país (fl. 97 Cd 1), siendo que según la constancia expedida por esa entidad y que se adjuntó al legajo, al decir del reclamante eso era mentira, porque para esos mismos días él la había encontrado en dos oportunidades (fl. 101 Cd 1). Ante tal renuencia, el 19 de enero de 2017, se ordenó devolver el plenario al juez de familia (fl. 103 Cd 1).

Recepcionada la documentación, el 5 de abril de 2017 el a quo agendó el 8 de mayo de esa anualidad para la diligencia de reconocimiento, día en el cual se allegó escrito signado por la señora Marta Virginia Duarte Echandía indicando que le era imposible asistir por estar estudiando en España y agregó, que «*de antemano manifiesto que rechazó la paternidad que hace el señor* Diego Felipe Castro Lema *sobre mi hijo E.D.E. quien se encuentra conmigo en esta ciudad por las razones expuestas en los hechos de la demanda*» (fl. 109 Cd 1).

Ante tal proceder el 13 de junio de 2017 se le advirtió «*que su renuencia a la práctica de la prueba genética de ADN ordenada en el auto admisorio hará presumir cierta la paternidad alegada*» (fl. 110 Cd 1).

Ese 13 de junio de 2017 se programó la audiencia inicial, dispuesta en el artículo 372 del Código General del Proceso, señalando el día 5 de julio próximo, a la que la

demandada no asistió, insistiendo la juzgadora en la práctica de la prueba genética e, incluso, ante la manifestación de su apoderado de que la no asistencia ha sido porque las fechas no han coincidido con su estadía en Colombia les informó sobre la posibilidad de que no era forzoso realizarla en el Instituto de Medicina Legal, sino que era viable acudir a cualquiera de los laboratorios debidamente habilitados para hacerla, así como también las consecuencias de la renuencia (minuto 33.41 CD fl. 122).

Tampoco concurrió a la continuación de la diligencia -el 27 de septiembre de 2017- en la cual se insiste en la necesidad de escuchar a la demandada, por lo menos por medios electrónicos. Igual ausencia se dio el día 4 de octubre de ese año, sin que en ninguna de esas oportunidades justificara su inasistencia.

No hubo mejor suerte en la audiencia que se realizó el 7 de diciembre de 2017, puesto que tampoco acudió al llamado de la justicia, encaminado a esclarecer la filiación del menor, por el contrario, se allegó escrito en el que, por segunda vez, manifiesta que «*de antemano informo a su despacho que REPUDIO y RECHAZO la solicitud de paternidad que hace el señor* Diego Felipe Castro Lema *sobre mi hijo* Ernesto Duarte Echandía».

Como se ve la demandada en el curso de la instancia fue enterada de la orden para practicar el examen genético, y de las consecuencias que implicaba su desobediencia, medidas que fueron infructuosas, pues finalmente no logró

comprobarse científicamente que el señor Diego Felipe Castro Lema era el padre del menor Ernesto Duarte Echandía, por la aptitud asumida por la progenitora, quien como manifestación inequívoca de su voluntad remitió comunicaciones "*repudiando*" la intención de reconocimiento del pretenso padre; circunstancias que permiten inferir, que quien acudió al remedio extraordinario no está legitimada para instaurarlo.

Ello es así, pues la no realización de la prueba biológica le es atribuible, ya que a sabiendas de que el referido estudio tiene la entidad de revelar la verdadera filiación del menor -incluso excluir la pretendida por el actor- optó por anteponer su voluntad a la necesidad de la justicia y del infante mismo de esclarecer los hechos que involucran las prerrogativas esenciales de este desatendiendo, injustificadamente, ese deber de colaboración que constitucional y legalmente se le impone. Máxime, cuando la propia funcionaria, con la finalidad de solucionar las dificultades originadas por sus contantes salidas del país, les indicó la posibilidad de hacerla en cualquier laboratorio habilitado en las fechas en que, según sus ocupaciones, estuviera en el territorio patrio.

No se puede soslayar, que las múltiples salidas de la demandada al extranjero o no se dieron en algunos periodos en que fue citada o si lo fueron ocurrieron a sabiendas de la programación previa de las diligencias, sin que se allegara al proceso excusa válida para justificar la inasistencia, salvedad hecha de la constancia médica que milita a folio 58, pues ni siquiera el documento que obra a folio 72 cumple esa

finalidad, toda vez que, escasamente, refiere a que para el 16 de junio de 2016 la demandada realizó solicitud de admisión, lo que en modo alguno puede ser recibo como causa justificativa, pues no acredita su estancia prolongada en aquella nación, y que se podría tener por infirmada si se compara con el siguiente cuadro, que registra las salidas e ingresos de la demandada del país, según lo certificado por Migración Colombia -a instancia del juez cognoscente- (fls. 142-143 Cd 1):

TIPO DE PROVIDENCIA	FECHA PROVEIDO	FECHA PROGRAMADA1	SALIDA DEL PAÍS O MOTIVO INASISTENCIA	RETORNO
			01/11/2014	**10/11/2014**[2]
Auto admisorio ordena prueba	16/12/2015			
Req. Práctica prueba y cita	26/04/2016	6/07/2016	GASTRO	
Señala nueva fecha para prueba	25/07/2016	24/08/2016	23/08/2016	2/09/2016
Citación ICBF		23/11/2016		
Citación ICBF		7/12/2016		
Citación ICBF		23/12/2016		
Citación ICBF		19/01/2017		
Fecha audiencia	5/04/2017	8/05/2017	28/04/2017	7/05/2017
Req. Prueba	13/06/2017			
Fecha audiencia	13/06/2017	5/07/2017		
Fecha audiencia	5/07/2017	20/09/2017	2/08/2017	8/08/2017
Fecha audiencia	20/09/2017	4/10/2017	2/10/2017	
Fecha audiencia	7/11/2017	4/12/2017	**5/12/2017**[3]	

Obsérvese, que la certificación que se allegó para justificar la inasistencia al procedimiento programado para

---

1 *Corresponde a la fecha programada para la realización de la prueba o de las diligencias de reconocimiento o las audiencias de los artículos 372 y 373 del C.G.P.*
2 Estas fechas corresponden al último viaje realizado por la demanda antes de la iniciación del proceso.
3 Esta fecha corresponde a la registrada en el acta de autenticación del memorial de folio 153, puesto que la certificación de Migración Colombia fue expedida el 25 de octubre de 2017.

el **4 de agosto de 2016** es la constancia de solicitud de admisión de una universidad en España del 16 de junio de 2016, pero ocurre que a esa data registra permanencia territorio nacional, pues da cuenta Migración Colombia que viajó el 01 de noviembre de 2014 y regresó el 10 de ese mes y año, para volver a salir justo el día anterior a la prueba (23/08/16); igual, que para cuando fue citada por la Defensoría de Usaquén, pese a estar en el país, se afirmó lo contrario y que, en todo caso, no se advierte elemento de convicción plausible que justifique los viajes tempestivos que realizó a sabiendas del compromiso previo que tenía de atender el llamado de la justicia para esos mismos periodos.

Deviene entonces de lo reseñado que, como antes se anotó, la recurrente carece de legitimación para reclamar el vicio invalidante que ahora arguye para quebrar el proveído que declaró la paternidad del señor Diego Felipe Castro Lema en relación con al menor Ernesto Duarte Echandía, en vista de que la no obtención de la prueba científica que se impone en asuntos de este linaje le es atribuible a ella, de suerte que no puede aducir a su favor su propia desidia y negligencia.

No puede olvidarse que el artículo 241 del Código General del Proceso ha dispuesto expresamente la posibilidad de que la conducta de las partes tenga efectos procesales. Así lo ha entendido esta Corte, por lo que frente a esa temática ha señalado, que «*La relevancia del desenvolvimiento durante el litigio no es de poca monta, puesto que la forma como se ejerza o asuma tiene una incidencia directa en el resultado a lograr, ya sea por su idoneidad, en presencia de omisiones*

que lo tornen en deficiente o al evidenciarse un ánimo de entorpecer que se brinde una justicia idónea en contravía de un adecuado ejercicio del «derecho de defensa», lo que es reprochable tanto frente a la contraparte como al funcionario que cumple una función social» (CSJ SC5418-2018 de 11 de dic. Rad. 2002-00107-01).

Más adelante, en el mismo proveído, se resalta que:

> *«Más gravosa se hace la situación cuando la obstrucción recae sobre la práctica de una experticia que por su especialidad y alto grado de certeza científica se constituye en la «prueba reina» del debate, como es el caso de las impugnaciones de reconocimiento de paternidad donde un resultado excluyente en el examen de identidad genética genera una confiabilidad intensa de que quien se reputa como padre biológico no tiene tal calidad.*
>
> *De allí que cualquier maniobra con la que se busque esquivar que se lleve a cabo la comparación entre los perfiles de ADN de los involucrados en el pleito es claramente constitutiva de indicio en contra de quien la lleva a cabo. Igual sucede cuando trabada la litis los intervinientes cambian de domicilio sin poner en conocimiento esa situación, generando así inconvenientes para la práctica de notificaciones y evacuación de pruebas que requieran de un enteramiento personal, o cuando se muestran remisos a atender los llamados y requerimientos de las autoridades, en aras de dificultar que se brinde una pronta y satisfactoria solución de los casos».*

4. Consecuente con lo argumentado la acusación no puede prosperar.

5. Finalmente, ante el fracaso de la súplica extraordinaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la recurrente. Se fijarán en esta misma providencia las agencias en derecho correspondientes, y para su cuantificación se

tendrá en cuenta que la impugnación extraordinaria fue replicada por la parte contraria.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia de proferida el 11 de julio de 2018, por la Sala Familia del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso declarativo de Diego Felipe Castro Lema contra Marta Virginia Duarte Echandía.

SEGUNDO. CONDENAR en costas del recurso de casación a la recurrente, las que serán liquidadas por la Secretaría, que incluirá en estas la suma de siete millones de pesos ($7'000.000) por concepto de agencias en derecho.

TERCERO. ORDENAR que, en oportunidad, se remita el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

aclaro voto

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
MAGISTRADO

ACLARACIÓN DE VOTO
Radicación n.° 11001-31-10-011-2015-01218-01

Con el acostumbrado respeto por la mayoría de la Sala, considero necesario aclarar mi voto en el declarativo de investigación de paternidad del padre respecto de un niño menor de edad que con citación y audiencia de la madre se ha surtido, quien, sin consideración de la opinión o del derecho del menor a la paternidad se ha opuesto a la pretensión del demandante. Lo hago para precisar algunas ideas.

1. Los hechos, se fincan en el interés expreso del demandante para que la jurisdicción lo declare como padre del hijo menor de edad para la fecha de presentación de la demanda ante los jueces de familia y con oposición abierta y expresa de la madre del menor. El juez de primera instancia prontamente detectó al examinar la demanda que la procura del pretenso padre se encaminaba al reconocimiento de paternidad y como

secuela dispuso remitir la actuación al defensor de familia competente, quien recepcionadas las diligencias citó a la madre; ante su no comparecencia, emitió *"auto de cierre"* y le devolvió la actuación al juez de familia quien notificó a la madre, y al no asistir y rechazar la paternidad, dio pie para que el juez continuara la actuación adoptando decisión favorable para el demandante. Apelada la sentencia se confirmó, y la madre se presentó a esta Corte en Casación, bien denegada.

2. Estoy de acuerdo con la decisión, pero se hace necesario precisar que la actuación de la judicatura es de carácter residual o subsidiaria en asuntos de este linaje. De modo, que no resultaba pertinente adelantar un desgaste de la jurisdicción por parte del demandante para obtener el resultado que por vía de la sentencia se obtuvo, porque si pretendía reconocerlo como su hijo, pudo acudir a cualquiera de las cuatro formas que a continuación señalo, y si existía premura, pudo hacerlo antes del nacimiento y luego del nacimiento reconociéndolo ante el funcionario del registro, sin que éste le pudiera obstaculizar el ejercicio de este derecho y deber, si se consideraba el padre.

Empero, el actor irregularmente gestó la actividad judicial generando todo un costo judicial de un juzgado, un tribunal y ahora de la propia Corte, para llegar al mismo resultado que en sede judicial obtiene, haciendo caso omiso de las rígidas reglas del reconocimiento extrajudicial. Creo que en el punto, la sentencia debió precisar a las autoridades del registro civil, a los defensores, a los comisarios y, por supuesto a los jueces de familia sobre el particular, porque la intervención judicial se

reserva por causas diferentes, y específicamente en el caso, cuando el padre habiendo reconocido y notificado al hijo que se está reconociendo (240 del C.C.) directamente o a su guardador o representante legal para que señale si acepta o repudia el reconocimiento (241 C.C.), éste lo rechaza. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero el repudio debe ser expreso dentro de los 90 días subsiguientes a la notificación (art. 243 del C.C.) por instrumento público, caso en el cual, ahí, si puede dar lugar a la intervención judicial.

El juez de primera instancia detecto claramente que lo perseguido por el demandante era un reconocimiento de paternidad extramatrimonial y no propiamente una investigación. Sobre esta cuestión versa mi aclaración.

3. Los hijos pueden ser matrimoniales o nacidos al interior de la unión marital de hecho declarada. Pero también son extramatrimoniales, calidad que ostenta el del asunto juzgado, por no haber nacido en una u otra condición, sino en forma extramatrimonial.

4. Se trata, la segunda tipología, de la filiación extramatrimonial por haber sido concebido y nacido el hijo fuera de unión familiar tipificada legalmente y, al no estar cobijada por presunción alguna, se establece por el reconocimiento o por la sentencia declaratoria de ella.

La ley y la jurisprudencia[1] de esta Sala uniformemente han señalado que a la certeza de la paternidad extramatrimonial se llega por dos caminos, con estricta reglamentación al tratarse el estado civil de un asunto de orden público: 1. El reconocimiento y, 2. Por vía judicial.

El reconocimiento, lo concerniente con este caso, es un acto o negocio jurídico de carácter familiar realizado por el padre o la madre, que como manifestación de la persuasión, fe y convicción interna del reconocedor no se supedita a prueba alguna y, puede surtirse antes o después del nacimiento. Consiste en una declaración (i) unilateral, (ii) voluntaria, (iii) solemne, (iv) irrevocable, (v) vinculante para el otorgante desde su materialización, (vi) pero también oponible al reconocido una vez notificado y aceptado; además, (vii) es impugnable.

La ley ha previsto, cuatro formas explícitas de hacerlo:

4.1. Reconocimiento en el registro civil de nacimiento. Se hace al momento de inscribirlo dentro de los treinta días siguientes al nacimiento o posteriormente mediante declaración firmando el acta por quien lo hace y autorizándola el funcionario del estado civil facultado para el caso. El art. 1 de la Ley 75 de 1968 que modificó el art. 2 de la Ley 45 de 1936 en el numeral 1 dispone:

"1. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce.

---

1 COLOMBIA, CSJ. Civil. Sentencia del 4 de diciembre de 1967, GJ. 1967, p. 340, Mag. Pon. Fernando Hinestrosa.

"El funcionario del Estado civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial destinado a tal efecto y de ella sólo se expedirán copias a las personas indicadas en el ordinal 4° inciso 2° de este artículo y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren.

"Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el funcionario que la haya autorizado la notificará personalmente al presunto padre, si éste no hubiere firmado el acta de nacimiento. El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pie del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores para que éste inicie la investigación de la paternidad.

"Igual procedimiento se seguirá en el caso de que la notificación no pueda llevarse a cabo en el término indicado o de que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre.

"Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado, o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a fallo de la autoridad competente, no se expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse".

4.2. Reconocimiento por escritura pública, se trata de una forma diferente que sigue los ritos de las escrituras públicas ante notario o quien haga sus veces, llenando los requisitos de la mismas, sea que tengan como objeto únicamente ese propósito o que se trate de un asunto diferente, pero en todo caso, realizado en asunto que deba surtirse por escritura pública, que como tales luego se incorporan en los protocolos notariales. Esta prevista en el núm. 2. del art. 1 de la Ley 75 de 1968 que modificó el art. 2 del 1 de la Ley 45 de 1936, cuando plasma que el reconocimiento podrá hacerse "*por escritura pública*".

4.3. Reconocimiento por testamento. Este negocio jurídico es la manifestación unilateral de la voluntad sobre el patrimonio

de una persona, individual, personalísima, más o menos solemne en la forma abierta o cerrada, donde el disponente puede reconocer un hijo como suyo, acto jurídico que, aún cuando revocable en el todo, no lo es ni será respecto del reconocimiento. El art. 1 de la Ley 75 de 1968 que modificó el art. 2 de la Ley 45 de 1936, precisamente autoriza el reconocimiento por "(...) *testamento, caso en el cual la renovación de éste no implica la del reconocimiento*".

4.4. Reconocimiento ante juez de la República. Se trata de la manifestación expresa y directa que hace el reconocedor ante el juez, así el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal de la diligencia judicial, o así no sea juicio de investigación de paternidad el tema, la causa u objeto del litigio judicial donde se reconoce al hijo. El art. 1 de la Ley 75 de 1968 que modificó el art. 2 de la Ley 45 de 1936 en el núm. 4, dispone: "*Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene*". Este precepto fue modificado y complementado por el art. 10 del Decreto 2272 de 1989 que creó la jurisdicción de familia para disponer el trámite incidental que se activaría por solicitud del defensor de familia o de los parientes allí autorizados cuando sea citado el reconocedor y éste, no comparezca.

4.5. Notificación para la aceptación o repudio del reconocimiento del hijo extramatrimonial

El art. 57 de la Ley 153 de 1887 dispone: "*El reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado ó repudiado de la*

misma manera que lo sería la legitimación, según el título 11 del Código Civil". Y en forma complementaria el art. 4 de la Ley 75 de 1968 señala: "*El reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el título 11 del libro 1o. del Código Civil, para la legitimación*".

Lo transcrito implica que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales para los efectos de vinculatoriedad con el reconocido necesita de la notificación al hijo reconocido para que acepte o repudie, siguiendo los pasos previstos de los arts. 240 y siguientes del C. C. que reglan lo pertinente para los hijos legitimados y fijan el plazo para la aceptación o repudio. Ya esta Sala en 1912 en sede de Casación, dijo sobre el particular:

> "*Si el legislador impone, como requisito esencial, para que el hijo simplemente ilegítimo adquiera el estado civil de hijo natural, el que se cumpla la notificación pero no el que ésta sea oficial, es esencial aquella más no la forma en que deba hacerse. Puede cumplirse, por lo mismo, de cualquier modo, como el reconocedor le haga saber al reconocido el reconocimiento, siempre que, el hecho conste de modo fehaciente. Aquí encaja el famoso principio de que "donde el legislador no distingue, a nadie le es dado distinguir." Y como está acreditado, cosa que acepta el Tribunal sentenciador, que el Presbítero Moncayo tuvo en si su poder, durante muchos años la escritura de reconocimiento que su padre le proporcionó, este hecho entraña una innegable notificación. Fuera de eso, el Presbítero Moncayo dejó transcurrir, con mucho, los noventa días sin rechazar el reconocimiento, y se entiende que aceptó la paternidad natural del reconocedor. Ese artículo, que es la piedra angular del recurso de casación introducido en esta litis, no soporta la alzada*"[2].

Y luego complementó:

---

[2] COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 14 de diciembre de 1912, Mg. Pon. Luis Eduardo Villegas. GJ. 1111 y 1112, recurso procedente del Tribunal de Pasto, recurrente Mercedes Caicedo.

"Cuando se verificó el reconocimiento (año de 1885) el señor Julio Cesar Julio César Moncayo era menor de edad, y entonces no se le hizo notificación alguna al guardador; pero como el reconocido vino a ser mayor de edad en abril de 1888, y después de que lo fue transcurrieron, hasta su muerte, muchos años, sin que el agraciado rechazara el reconocimiento, es forzoso admitir, como lo declara el Tribunal en segunda instancia, que aceptó tácitamente la paternidad natural que se le brindaba. El artículo 243, idéntico al artículo 267 del memorado Código Civil del Cauca, declara que la aceptación ha de realizarse por instrumento público, extendido dentro los noventa días siguientes a la notificación; pero agregando que "trascurrido este plazo, se entenderá que acepta (la persona favorecida), a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil." A no dudarlo, se cumplió esta aceptación tácita; ya que corrieron, muchas veces, esos noventa días, y no se ha establecido que el agraciado hubiese estado impedido para el rechazo de la paternidad natural[3]".

En sentencia de 24 de junio de 1959 esta misma Sala, en pronunciamiento que para lo de mi aclaración se hace menester citar, dijo:

"La notificación, enseñan los autores, tiene por objeto provocar la declaración de voluntad del hijo que se trata de legitimar y cuyo estado civil se va a alterar. El consentimiento del hijo es, pues, factor trascendental en la legitimación, ya que nuestro derecho, apartándose en esto del francés, ha seguido los principios romanos según los cuales no se podía cambiar el estado civil de una persona contra su voluntad.

"La aceptación de la legitimación puede ser expresa o tácita ya que el artículo 243 del Código Civil dice: 'La persona que acepte o repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entiende que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil'.

"La notificación entonces tiene también la importancia de fijar la fecha desde la cual se cuenta el plazo que la ley otorga a la persona que se trata de legitimar, a fin de que decida si la acepta o la repudia. Si tal persona tiene la libre administración de sus bienes, puede aceptar expresamente mediante el instrumento público que prevé la ley; o tácitamente dejando transcurrir el término de noventa días sin otorgarlo, por lo cual tal plazo se le viene a conceder propiamente para que otorgue el instrumento de repudiación. Se presume que el legitimado acepta, si este instrumento no es otorgado en el

3 COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 14 de diciembre de 1912, Mg. Pon. Luis Eduardo Villegas. GJ. 1111 y 1112, recurso procedente del Tribunal de Pasto, recurrente Mercedes Caicedo.

mencionado plazo, y para destruir la presunción sería necesario que el notificado probara que estuvo imposibilitado para otorgarlo en tiempo hábil"[4].

En época más reciente aludió

"Recuérdase ahora que la Ley 75 de 1968 estableció una relación entre la legitimación y el reconocimiento de hijo extramatrimonial. Dispone el artículo 4° de la Ley 75 de 1968 que "El reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el título 11 del libro 1° del Código Civil, para la legitimación".

"Regla idéntica aparece en el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 (salvo porque esta norma no dice impugnación sino 'repudiación'), previsión legislativa que en principio pareciera asociar dos instituciones disímiles. No obstante, en el fondo asoma que hay más identidad que diferencia, pues el propósito en ambos casos, en la legitimación y en el reconocimiento, es atribuir un nuevo estado civil al destinatario, ya del reconocimiento o bien de la legitimación, ahí precisamente está la afinidad entre las dos formas de adquirir un nuevo estado civil. Entonces, no improvisó el legislador al expedir la Ley 75 de 1968 materia de esta glosa, pues al integrar a las reglas del reconocimiento algunas de la legitimación, en particular las que atañen a la notificación y la aceptación, introdujo la consideración de la voluntad del reconocido como elemento relevante.

"Todo lo anterior sirve al propósito de volver la mirada sobre un postulado muy importante: que el reconocimiento no debe mirarse como una concesión generosa que se hace al reconocido, y que por lo mismo, éste no tiene por qué aceptar inexorablemente. Que el reconocido pueda resistir el acto de reconocimiento, oponerse al mismo y sencillamente repudiarlo, consulta nítidos postulados de equidad. Es que el reconocimiento no puede mirarse como un acto de liberalidad de quien lo hace, pues mucho tiene que decir el reconocido, tanto o más que el propio legitimado.

"Se explica así que de modo tardío la Ley 75 de 1968, en su artículo 4°, haya hecho eco a la previsión que aparece en el artículo 278 del Código Civil Chileno, que a este propósito prevé: "El reconocimiento de hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado, de la misma manera que lo sería la legitimación según el título 'de los hijos legitimados por matrimonio posterior o la concepción'". La previsión legislativa Chilena que acaba de copiarse coincide exactamente con lo que manda el artículo 4° de la Ley 75 de 1968, que para la notificación y aceptación del reconocimiento remite al título 11 del libro 1° del Código Civil Colombiano que trata de "los hijos legitimados".

---

4 COLOMBIA CSJ. Civil. Sent. del 24 de junio de 1959, citada igualmente en la sentencia del 1 de diciembre de 2004, Mg. Pon. Edgardo Villamil P., exp. 7382.

"La razón de ambas normas es la búsqueda del consentimiento, tanto del reconocido como del legitimado, pues la aceptación del reconocimiento tiene secuelas importantes. Una de las primeras consecuencias de la aceptación del reconocimiento atañe a la patria potestad. Obsérvese que cuando el reconocimiento se ha ganado en juicio contencioso contra el padre, este no tiene la patria potestad porque tal cosa prohíbe el artículo 62 del Código Civil, como quedó después de las reformas que le hicieron los Decretos 2820 de 1974 y 772 de 1975. Por el contrario, quien reconoce voluntariamente al hijo ejercerá la patria potestad, si el reconocido acepta el reconocimiento, con todas las adehalas que ese ejercicio comporta.

"Como consecuencia del reconocimiento aceptado por el hijo, el padre accede a la administración y usufructo de sus bienes, porque así lo mandan los artículos 291 y 295 del Código Civil, ejerce su representación judicial a la luz del artículo 306 ib. y puede disponer del patrimonio del menor con autorización judicial, porque así lo preceptúa el artículo 303 del compendio civil.

"4. Admitido que el reconocido puede repudiar el reconocimiento y que para ello debe ser adecuadamente notificado, es menester ahora averiguar sobre las formalidades de esa notificación"[5].

Lo aludido atrás viene con el fin de señalar que se tornaba inocuo el proceso que llegó a la Corte, pues el demandante pudo reconocer al hijo. La controversia sólo se gesta luego de surtida la notificación del reconocimiento por parte del funcionario del estado civil o de quien ejerza la función de llevar el registro, carga suya, dentro del término de los noventa días. Cumplida esa labor, el notificado, o en su caso, la representante legal del reconocido si no fuere capaz, pueden aceptar o rehusar ese reconocimiento. Se trata de la oportunidad del extramatrimonial o legitimado para que ejerza ese derecho de aceptar o repudiar el reconocimiento que se le hace, con perjuicio de darse por aceptado si no utiliza ese término para opugnar por medio de instrumento público la

[5] COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 1 de diciembre de 2004, Mg. Pon. Edgardo Villamil P., exp. 7382. Ver igualmente sentencia de tutela en el exped. T-488379 del 22 de noviembre de 2001, Mag. Pon. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

declaración unilateral del reconociente. De ese modo se entera que hubo un acto jurídico que afecta o modifica su estado civil y podrá otorgar su aquiescencia, asenso o consentimiento en el término de ley. Reconocido el hijo y una vez notificado, bien puede transcurrir un término en silencio, quedando en firme el reconocimiento, tornando innecesario el procedimiento judicial.

Este punto debió aclararse en el fallo que comparto porque los elementos probatorios arrojaron el resultado de paternidad y la madre no probó la resistencia para rehusar el reconocimiento que le hacía el padre al menor.

Fecha ut supra.

Con toda consideración,



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado