

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

## **AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

**Magistrado ponente**

**SC280-2018**

**Radicación n.º 11001-31-10-007-2010-00947-01**

(Aprobado en sesión de nueve de noviembre de dos mil diecisiete)

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Alfredo Barahona frente a la sentencia de 18 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Familia, dentro del proceso que en su contra, y de José Guillermo Marroquín Garzón, promovió el hijo menor de Dilian Anzola Saavedra.

### **ANTECEDENTES**

1. La accionante impugnó el reconocimiento de su hijo menor por parte de Alfredo Barahona, con la consecuente cesación de los efectos jurídicos del registro civil de nacimiento. Asimismo, reclamó la declaratoria de José Guillermo Marroquín Garzón como padre del infante.

2. Tales pedimentos tuvieron el sustento fáctico que a continuación se sintetiza (folios 4-6 del cuaderno 1):

2.1. Afirmó que el menor nació el 4 de junio de 2002 y fue registrado como descendiente de Alfredo Barahona. Sin embargo, para la fecha de la concepción, la accionante sostuvo relaciones sexuales con José Guillermo Marroquín, conocedor de la situación y quien se negó a realizar el reconocimiento.

2.2. Aseveró la demandante que se separó de hecho de Alfredo Barahona desde hace ocho (8) años, por violencia intrafamiliar.

3. Una vez admitido el libelo, Alfredo Barahona rechazó las súplicas, declaró no tener dudas sobre su paternidad y propuso las excepciones de *mala fe*, *reconocimiento expreso*, y *prescripción*, bajo el argumento que la actora pretende torpedear la relación con sus hijos, en desatención de los fuertes lazos emocionales que se han tejido con su menor, por transcurrir más de 3000 días desde que se hizo el reconocimiento (folios 31-33 ibidem).

José Guillermo Marroquín no respondió la demanda, ni intervino en el proceso.

4. El Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá declaró que el infante no es descendiente de Alfredo Barahona, sino de José Guillermo Marroquín, de lo cual

ordenó tomar nota en el registro civil. Dispuso el pago de alimentos a cargo del nuevo padre, quien fue privado de la patria potestad (folios 181-188 *ejusdem*).

5. Al desatar la alzada, el superior confirmó la decisión con base en las razones que se indican en lo sucesivo (folios 9-13 del cuaderno Tribunal).

### **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

Después de encontrar satisfechos los presupuestos procesales y efectuar el control de legalidad, sostuvo que la decisión de no admitir la contestación de la demanda, realizada por una abogada sin tarjeta profesional definitiva, debió combatirse por los medios de impugnación señalados en el estatuto proceso, sin que fuera dable acudir al artículo 29 de la Constitución Política para deprecar una nulidad, en contravía de los principios de especificidad y debido proceso.

Aclaró que el menor es el demandante, representado por su madre, según se infiere del poder, el libelo inicial y el auto admisorio, sin que haya un término legal para definir su filiación (artículo 5 de la ley 1060 de 2006).

Deprecó como derecho de los menores el establecimiento de sus verdaderos vínculos consanguíneos, que es prevalente sobre otros y procede al margen de una progenitura responsable.

Aseveró que «*el demandado en la investigación de paternidad es el llamado a alegar cualquier irregularidad en su vinculación a la litis, sin que un tercero... pueda sustituirlo*» (folio 12).

## **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Alfredo Barahona presentó escrito con dos (2) reproches (folios 6-18 del cuaderno Corte), de los cuales únicamente se admitió el primero, a través de auto de 17 de junio de 2014 (folios 22-28 idem)

### **CARGO PRIMERO**

1. Denunció la configuración de las causales de nulidad contenidas en los numerales 7 y 8 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por indebida representación de Alfredo Barahona e inadecuada notificación a José Guillermo Marroquín, que deben conducir a que el proceso vuelva al juzgador de instancia y se reanude la actuación.

2. Sostuvo que está legitimado para enarbolar estos motivos de anulación pues «*la relación jurídica-procesal no podía [desatarse], sino con una debida representación al igual que la notificación en legal forma a los demandados*» (folio 13).

3. Afirmó que existieron múltiples violaciones al rito procesal, constitutivas de vicios *in procedendo*, los cuales pueden ser alegados en casación por la causal quinta, en aplicación del artículo 29 de la Constitución Política.

4. Relievó que, a pesar de no reconocerse personería jurídica a la abogada del demandado, se permitió su intervención en el proceso, incluso para presentar y sustentar el recurso de apelación, lo que significa que nunca estuvo representado o que faltó claridad sobre este aspecto, lo que era indispensable por estar en vilo la pérdida de un hijo y por tratarse de una persona con limitados recursos económicos y educativos. Calificó la nulidad como insaneable.

5. Encontró que la notificación de José Guillermo Marroquín se hizo a una dirección equivocada, por lo que no se realizó en debida forma, lo que impedía resolver sobre la investigación de paternidad, máxime ante la falta de pruebas, constituyéndose en un motivo de invalidez no saneable.

6. El demandante se opuso y arguyó que, en el curso del proceso, el demandado no usó los remedios que estaban a su alcance para solucionar los yerros criticados. En todo caso, desde el 2 de mayo de 2012 se reconoció personería jurídica a su abogada.

Frente a la notificación, manifestó que la empresa de correo certificó que el destinatario reside o labora en la dirección de recepción, por lo que José Guillermo Marroquín fue debidamente informado.

Terminó con la afirmación que el convocado ha dilatado temerariamente el proceso, «*causando graves e irremediabiles perjuicios al menor*» (folio 31).

### **CONSIDERACIONES**

1. Cuestión de primer orden es precisar que, a pesar de entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso desde el 1° de enero de 2016, al *sub examine* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5° de su artículo 625, que los recursos interpuestos, entre otras actuaciones, deben surtirse empleando «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

Y como el que ahora ocupa la atención de la Sala fue iniciado bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil, será este ordenamiento el que siga rigiéndolo, por el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

2. El numeral 5 del artículo 368 *ibidem* prescribe que la casación procede por «*[h]aberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado*».

Significa que los errores procesales puedan dar lugar a la prosperidad del remedio extraordinario, siempre que revistan la gravedad señalada por el legislador y, adicionalmente, se satisfagan las condiciones establecidas para la prosperidad de la invalidación.

Ciertamente, *el sometimiento a las formas propias de cada juicio*, máxima que integra el debido proceso, impone al juzgador observar con total respeto la ritualidad que es connatural al trámite judicial; empero, nada excluye que se presenten yerros, explicables por la naturaleza falible de los seres humanos, los cuales deben ser superados a través de los mecanismos ordinarios previstos en los códigos, so pena de habilitar, en algunos casos, la procedencia de la casación.

Al respecto, la doctrina nacional tiene dicho:

*La inobservancia o la desviación de las formas legalmente establecidas para la regular constitución y el debido desenvolvimiento de la relación procesal, constituyen verdaderas anormalidades que impiden en el proceso el recto cumplimiento de la función jurisdiccional. Como dichos errores in procedendo necesariamente van a influir, en mayor o menor medida, en el pronunciamiento de la sentencia de fondo, a la que por consiguiente faltará una base jurídica establece, de ello claramente resulta la razón de la trascendencia que en el ámbito de la casación tienen las nulidades procesales<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ed. Ibáñez, 2005, p. 573.

Claro está, para que algún motivo de nulidad sea sustentáculo de un embiste en casación, es menester que se observen los principios que gobiernan aquella institución, en concreto, los de *especificidad, protección, trascendencia y convalidación* (SC8210, 21 jun. 2016, rad. n.° 2008-00043-01), porque de lo contrario debe desestimarse la censura y la sentencia controvertida conservará su vigor jurídico.

La especificidad alude a la necesidad de que los hechos alegados se subsuman dentro de alguna de las causales de nulidad taxativamente señaladas en las normas procesales o en la Constitución Política, sin que se admitan motivos adicionales (cfr. CSJ, SC11294, 17 ag. 2016, rad. n.° 2008-00162-01).

La protección se relaciona «*con la legitimidad y el interés para hacer valer la irregularidad legalmente erigida en causal de nulidad, en cuanto, dado el carácter preponderantemente preventivo que le es inherente, su configuración se supedita a que se verifique una lesión a quien la alega*» (CSJ, SC, 1 mar. 2012, rad. n.° 2004-00191-01).

La trascendencia impone que el defecto menoscabe los derechos de los sujetos procesales, por atentar contra sus garantías o cercenarlas.



Por último, la convalidación, en los casos en que ello sea posible, excluye la configuración de la nulidad cuando el perjudicado expresa o tácitamente ratificó la actuación anómala, en señal de ausencia de afectación a sus intereses (cfr. SC, 19 dic. 2011, rad. n.° 2008-00084-01).

Itérese, de izarse un cargo fundado en una nulidad procesal, por fuera de las anteriores directrices, éste debe desestimarse.

3. Analizado el embiste admitido en casación, a la luz de las anteriores reflexiones, descuella su fracaso, por cuanto no se configuró la primera de las causales de nulidad esgrimida y, frente a la segunda, hay falta de legitimación para su formulación.

3.1. En efecto, el numeral 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil prescribe que la causa es nula cuando es «*indebida la presentación de las partes*» o, en punto a la procuración judicial, hay «*carencia total de poder para el respectivo proceso*».

Esto es, la actuación deberá invalidarse en los casos en que interviene un incapaz, una persona jurídica, un patrimonio autónomo o cualquier otro sujeto que deba concurrir al proceso por intermedio de un representante legal o vocero, sin la presencia de éste. Igual consecuencia se originará del hecho de permitir la participación de un

abogado, en nombre de uno de los sujetos procesales, sin encargo para actuar.

Esta Corporación, refiriéndose a la materia, precisó:

*[L]a indebida representación de las partes en el proceso se da, en primer lugar, cuando alguna de ellas o ambas, pese a no poder actuar por sí misma, como ocurre con los incapaces y las personas jurídicas, lo hace directamente o por intermedio de quien no es su vocero legal; y, en segundo término, cuando interviene asistida por un abogado que carece, total o parcialmente, de poder para desempeñarse en su nombre (SC15437, 11 nov. 2014, exp. n.º 2000-00664-01. En el mismo sentido SC, 11 ag. 1997, rad. n.º 5572).*

En el *sub lite* no se advierte la configuración de esta pifia, por cuanto la abogada Diana Jaibeydy Heredia Monroy actuó en nombre del casacionista, con base en el poder otorgado el 2 de mayo de 2012, en el que literalmente se declaró:

*ALFREDO BARAHONA, mayor de edad, domiciliado y residenciado en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.200.767 de Otanche, con toda atención me dirijo a su despacho, manifestado (sic) que confiero poder amplio y suficiente ala (sic) Dra. DIANA HEREDIA MONROY..., abogada titulada y en ejercicio, identificada con... Tarjeta Profesional No. 195.044..., para que en mi nombre y representación, ejerza mi defensa dentro del proceso de referencia 2010-[0]0947 que se tramita en su Juzgado.*

*La Dra. DIANA HEREDIA MONROY, está facultada para demandar, recibir, desistir, transigir, corregir, sustituir, renunciar, conciliar, designar apoderado suplente... interponer recursos y sustentarlos, presentar alegatos de conclusión y demás actuaciones que se susciten dentro del proceso... (folio 151 del cuaderno 1).*

Una vez este documento se aportó a la foliatura, el juzgador de primera instancia reconoció personería a la letrada, en la audiencia adelantada el mismo día (folio 154 ibidem), momento a partir del cual intervino en varias actuaciones, dentro del marco de sus facultades.

Con antelación al 2 de mayo, no se permitió la intervención de la profesional en derecho, ante la ausencia de tarjeta profesional vigente (folio 43 ib), hecho que, por sí mismo, mal podría encajar dentro de los supuestos de una indebida representación judicial, porque no se le permitió actuar, lo cual sólo devino posible cuando allegó un nuevo mandato y acreditó la calidad de abogada.

Así las cosas, se excluye la configuración de una situación invalidante de la causa, por lo que en este punto el cargo está llamado al fracaso.

3.2. Frente a la alegación por indebida notificación de José Guillermo Marroquín, es menester indicar que su invocación se hizo por una persona carente de legitimación, en contravía del principio de protección, por lo que también habrá de desestimarse.

Y es que, para declarar una nulidad, como se indicó párrafos atrás, es menester que el peticionario acredite su interés, esto es, la afectación que el acto irregular le irrogó. Es conocido que *«[n]o hay nulidad... sin interés, traducido*

*principalmente en el perjuicio irrogado a quien lo invoca» (CSJ, SC, 17 feb. 2003, exp. n.° 7509).*

Así lo establece el inciso segundo del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, a saber: *«la parte que alegue una nulidad deberá expresar su interés para proponerla»*. De forma particular, en tratándose de la causal octava de nulidad, esto es, *falta de notificación o emplazamiento en legal formal*, expresamente se establece que *«sólo podrá alegarse por la persona afectada»* (inciso tercero artículo 143 ibidem).

La jurisprudencia tiene dicho:

*[E]ntendidas las nulidades como mecanismo para proteger a aquel cuyo derecho ha sido atropellado, es entonces evidente que las mismas sólo pueden, en principio, alegarse por la persona afectada por el vicio, vale decir, que sólo a ésta y no a otra asiste interés jurídico para reclamar al respecto, desarrollo legislativo de lo cual es el inciso 2° del artículo 143 del código de procedimiento civil el que impone a quien alega cualquiera de ellas, la obligación de 'expresar su interés para proponerla' delimitándose en frente de cuál de las partes es que media el hecho anómalo y por ende a quién perjudica.*

*Tan obvia imposición del legislador, por lo demás, vino a ser acentuada específicamente por el inciso 3° del artículo 143 ibídem, al señalar que 'la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada' (SC, 22 sept. 2004, exp. n.° 1993-09839-01).*

Empero de lo comentado, el interesado promovió la casación con fundamento en la indebida notificación de José Guillermo Marroquín, sin tener interés para elevar este

pedimento, por no haberse afectado sus derechos o garantías. El único que podría alegar tal motivo de invalidación es el perjudicado, Más aún si se tiene en cuenta que los demandados son litisconsortes facultativos, amén que fueron vinculados con fines diferentes, como es la impugnación de paternidad y la declaratoria de filiación, respectivamente.

Insístase, la irregularidad antes denunciada sólo podía ser deprecada por el sujeto que resultó afectado con la indebida citación -José Guillermo-, sin que otro sujeto procesal estuviera habilitado para esgrimirla y obtener una declaración favorable.

De admitirse la súplica, se avalaría que el casacionista obtenga un provecho indebido por un supuesto perjuicio ajeno, en contravía de los principios de probidad y lealtad procesal. *«[E]n línea de principio, 'a nadie le es lícito sacar provecho del perjuicio ajeno; y muchísimo menos cuando para ello tiene que poner en labios del indebidamente emplazado -o representado-[,] en una labor de mero acertijo, un perjuicio que éste no ha manifestado' (sent. de noviembre 5 de 1998, exp. 5002)» (SC, 13 dic. 2001, exp. n.º revisión 0160).*

Con base en las premisas previas, colijase que el cargo no está llamado a prosperar.

4. En todo caso, advierte la Corte que el juzgador encargado de ejecutar la resolución que cobrará carácter

definitivo con el proferimiento de este fallo, deberá promover, como mecanismo para salvaguardar el interés superior del menor actuante en este proceso, reconocido en los artículos 44 de la Constitución Política<sup>2</sup> y 8 de la ley 1098 de 2006<sup>3</sup>, las medidas necesarias para mitigar las afectaciones sociales y psicológicas que el cambio de paternidad pueda irrogarle.

Para tales fines, se tendrá en cuenta la calidad de los vínculos fraternos construidos entre el infante y quien se predicaba su progenitor, los cuales no podrán verse interrumpidos en perjuicio de aquél. Recuérdese que, según el mandato constitucional en cita, son derechos fundamentales de los menores la salud, el cuidado y el amor, los cuales no están atados a una condición biológica, sino a un vínculo social y afectivo, que debe ser objeto de protección.

La necesidad de estas medidas había sido evidenciada por la Defensora de Familia interviniente en el proceso, quien deprecó *«realizar un seguimiento a la PROGENITORA y al NIÑO, con apoyo en el área Psico-social del equipo interdisciplinario de profesionales del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENES FAMILIAR o por la EPS donde la madre lo tenga afiliado»*, para que *«realice el proceso terapéutico requerido, teniendo en cuenta... que según los*

---

<sup>2</sup> «Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás».

<sup>3</sup> «Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes».

*interrogatorios se estableció un vínculo afectivo con uno de los demandados y el tener que asimilar su nueva situación no... [será] fácil para el niño» (folio 7 del cuaderno Tribunal).*

Esta Sala, en un caso equivalente, exhortó algunas medidas, que bien podrían ser evaluadas por el juzgador de primer grado:

*[E]n orden a adecuar la realidad surgida de este proceso, es de esperarse que por el juez de primer grado se tomen una serie de medidas tendientes a procurar que, de la manera menos perturbadora posible para la salud física y mental de la menor, ésta paulatinamente vaya asumiendo los efectos propios de la decisión judicial; con otras palabras, mientras la misma logra adaptarse a tales efectos, el a-quo deberá buscar, a través de todos los instrumentos legales de que dispone, como por medio de la asistente social a su cargo, la eficaz colaboración en la orientación psicológica y social de la niña y de sus familiares, que le permitan a aquélla asumir, con el mínimo de desconcierto, la transición sobreviniente de la sentencia, por supuesto que este pronunciamiento no implica por sí mismo desconocer abruptamente las circunstancias en las cuales ella actualmente se desenvuelve, ni el entorno afectivo que en el momento ostenta, todo con el propósito fundamental de contribuir a su desarrollo armónico e integral, tal y como lo prevén los artículos 44 y 45 de la Carta Política (SC, 4 may. 2005, rad. n.° 2000-00301-01).*

5. Descartada la configuración de las causales de nulidad alegadas, se frustra la impugnación extraordinaria, por lo que deberán imponerse costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, así como agencias en derecho de conformidad con el precepto 392 *ibídem*, modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, para

lo cual se tendrá en cuenta que la parte opositora replicó la demanda de casación.

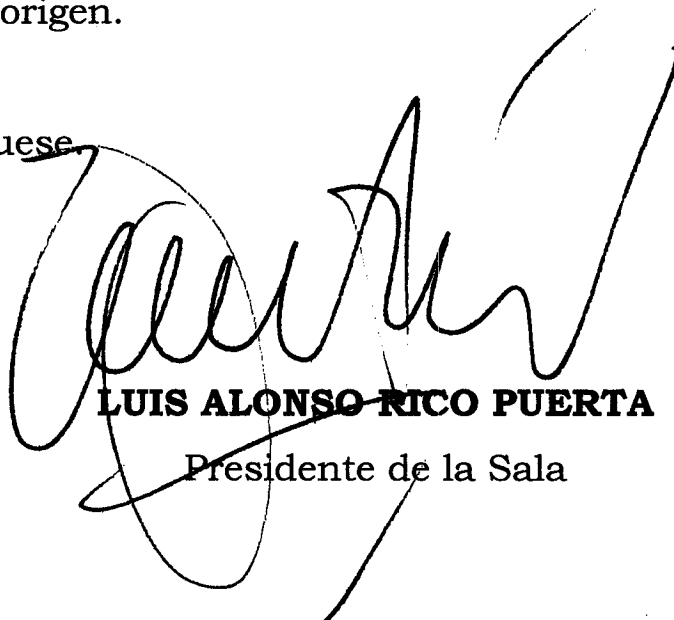
### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida el 18 de abril de 2013 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Familia, dentro del proceso ordinario que promovió el hijo menor de Dilian Anzola Saavedra contra Alfredo Barahona y José Guillermo Marroquín Garzón.

Se condena en costas al recurrente en casación. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de \$2.000.000, por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior, devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese



**LUIS ALONSO RICO PUERTA**  
Presidente de la Sala





**MARGARITA CABELLO BLANCO**



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**



**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**



**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

## SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que merecen los magistrados que suscribieron la providencia, me permito expresar las razones que me llevan a discrepar de la decisión que se adoptó en el presente asunto.

1. Los principios de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y de la verdad biológica no son absolutos, de ahí que su prevalencia debe ser analizada en cada caso en concreto, especialmente en los juicios de impugnación de la paternidad cuando entran en conflicto.

Luego, dado que la filiación no deriva únicamente de un nexo biológico, sino que también puede originarse en el consentimiento informado, libre y carente de vicios, espontánea y voluntariamente expresado por el padre, la madre o ambos, de integrar el núcleo familiar con otra persona que no es consanguínea suya, estimo que es necesario examinar en cada controversia la manera en que surgió el vínculo filial a fin de definir la procedencia de la acción de disputa del estado civil.

En algunos casos, donde nunca ha existido una relación afectiva ni trato de familia, e incluso quien pasa por padre ni siquiera conoce al que se supone es su hijo, y en consecuencia, se presenta un rechazo de aquel hacia el progenitor o de este al descendiente, o un conflicto grave en relación con la paternidad o la maternidad que se rehúsa por imponerse una filiación alejada de la realidad biológica, se le debe dar un mayor valor a ésta.

Empero, en otras situaciones deberá privilegiarse el lazo afectivo y social que se ha consolidado en el tiempo entre quien decidió ejercer la progeneración responsable y otra persona a la que acogió como hijo sin ser su descendiente biológico, evento en el cual prevalece la seguridad jurídica de la relación parental ya conformada.

No siempre debe prevalecer la verdad que, sobre el parentesco, pueda ofrecer la prueba científica de ADN, porque en no pocas ocasiones y al interior de muchas familias, la paternidad biológica es sustituida por una progeneración edificada en el afecto, fenómeno sociológico al que se ha denominado *“paternidad socioafectiva”*, el cual describe al *«tratamiento dado a una persona en calidad de hijo, sustentada en el sentimiento de cariño y amor, con independencia de la imposición legal o vínculo sanguíneo»*.<sup>1</sup>

Este tipo de paternidad es merecedor de la misma protección constitucional y legal reconocida a la surgida del acto de la concepción, porque en esta forma de progeneración, la socioafectividad juega el destacado papel de ser el elemento esencial y necesario que debería existir en todas las relaciones familiares, basado en los lazos emocionales que se entretienen y reafirman durante la convivencia continua, los cuales generan un trato particular y recíproco que favorece las condiciones para dar a los niños, niñas y adolescentes lo que necesitan para su desarrollo armónico e integral.

---

<sup>1</sup> Varsi Rospigliosi et Chaves, Marianna. Paternidad Socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno – filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. En: <https://jus.com.br/artigos/18916/paternidad-socioafectiva/1>.

2. El derecho a la filiación verdadera se encuentra articulado con valores constitucionales como la dignidad humana y la autonomía de la persona, los cuales confluyen en el derecho al libre desarrollo de la personalidad; por eso no se le concibe como un elemento puramente formal, sino que necesariamente debe tener como sustrato la realidad de las relaciones humanas *«a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad»*.

Lo anterior supone la *«correspondencia, a partir de bases razonables, entre la identidad que se estructura a partir de las reglas jurídicas y la identidad que surge de la propia dinámica de las relaciones sociales»*, por cuanto *«una regulación legal que imponga de manera desproporcionada a una persona una serie de identidades jurídicas -como la filiación legal- diversas de su identidad en la sociedad constituye un obstáculo inconstitucional al libre desarrollo de la personalidad»* (CC, C-109, 15 Mar. 1995, Rad. D-680).

La dinámica de las relaciones humanas y las nuevas configuraciones ocurridas en la célula básica de la sociedad -la familia- determinan el ejercicio de una maternidad y de una paternidad que trasciende el nexo simplemente biológico. De ese modo, la afectividad está llamada a cumplir un rol fundamental en las interacciones familiares, a tal punto que puede fundar o dar lugar a una relación de parentesco.

Incluso, en el área del psicoanálisis se ha concluido que *«fruto de la maleabilidad social en relación con el*

*sistema familiar, que se inicia en la segunda mitad del siglo XX», «[e]l afecto pasa a ser el paradigma de la parentalidad».<sup>2</sup>*

Con fundamento en la investigación de los aspectos psicológicos de la relación padres – hijos, los psicoanalistas Anna Freud y Albert Solnit junto con el profesor de derecho de la Universidad de Yale Joseph Goldstein, plantearon el concepto de «*paternidad (o maternidad) psicológica (psychological parenthood)*», que se basa en la idea de que un niño puede entablar una relación estrecha con un adulto que no sea su padre o madre biológico, el cual se va convirtiendo en su padre psicológico a través de la convivencia diaria y el compartir experiencias con el infante, en tanto una figura paterna o materna ausente e inactiva no satisface las necesidades y expectativas del menor frente a la progenitura.

Así, la paternidad psicológica plantea la relación parental con alguien a quien se le considera hijo, exista o no un lazo de sangre. Los autores afirman que debe otorgarse importancia a «*los vínculos de paternidad psicológica que el niño ha establecido. Para ellos, una relación de proximidad es crucial para el desarrollo del niño. Llegan a preguntarse si se debe evaluar, en ese sentido, la calidad de la relación entre el niño y el adulto cuando está en juego la separación judicial del*

---

<sup>2</sup> Montagna, Plinio. Paternidad socio-afectiva y las familias actuales. En: Derecho PUCP, N° 77, 2016. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.010>.

*niño del padre psicológico, algo que puede ser extremadamente doloroso y penoso para el niño».*<sup>3</sup>

Conceptuaron, además, sobre la necesidad de preservar la continuidad de las relaciones de custodia existentes con los adultos que, no siendo padres biológicos del menor, cuidaban de él por un periodo prolongado, porque eran sus padres psicológicos, y en términos psicoanalíticos, esto significaba que eran sus únicos padres.<sup>4</sup>

3. En la controversia *sub-examine*, la Sala, al acceder a las pretensiones de la demanda, desconoció su propia jurisprudencia, en la cual ya había incorporado elementos de la fundamentación anterior.

En efecto, en los pronunciamientos que a continuación citaré, aceptó que la paternidad puede trascender el plano de la relación biológica y por eso en algunos casos debe prevalecer la afectividad como generador del vínculo filial, permitiendo al hijo conservar su estado civil a pesar de la inexistencia de parentesco consanguíneo con quien pasaba como su padre. Adicionalmente, admitió la existencia de familias surgidas de lazos afectivos, merecedoras de reconocimiento y protección por parte del ordenamiento jurídico.

---

<sup>3</sup> Montagna, Plinio. Op. Cit.

<sup>4</sup> Goldstein, Freud y Solnit. Before the best interests of the child. Nueva York: The Free Press. 1979, pp. 39-57.

3.1. En sentencia de 23 de octubre de 2015, sostuvo que el núcleo básico de la sociedad, esto es, la familia «puede conformarse por lazos naturales o jurídicos, producto del amor, el respeto, la convivencia y la solidaridad entre sus integrantes, quienes deciden construir una unidad de vida y desarrollar unas relaciones personales recíprocas para el crecimiento y bienestar de sus miembros».

«El grupo familiar -indicó- está compuesto no solo por padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino que incluye también a personas entre quienes no existen lazos de consanguinidad, pero pueden haber relaciones de apoyo y afecto incluso más fuertes» (se subrayó).

Hizo referencia a la familia de crianza como aquella en la que priman «vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia», desarrollados durante un período de tiempo suficiente para el desarrollo de sentimientos filiales (CSJ, STC14680-2015, 23 Oct., Rad. 2015-00361-02).

3.2. A través del fallo sustitutivo proferido el 25 de agosto de 2017, reafirmó que «aún siendo la relación sexual entre los padres la principal fuente de la filiación, no puede considerarse como la única, ya que el consentimiento o la voluntad también pueden llevar a una relación filial que no puede desconocerse».

Y añadió:

(...) aunque exista en ocasiones la prueba biológica o por ADN (ácido desoxirribunucleico), existen casos como el aquí estudiado

*puede ser desechada»,* está en la obligación de reparar el daño psicológico que con ese proceder ocasionó (CSJ STC16969-2017, 19 Oct., Rad. 2017-02463-01).

3.4. En pronunciamiento de 9 de mayo de 2018, señaló que era necesario ir más allá de las concepciones tradicionales, entendiendo que el grupo familiar *«no solo se constituye por el vínculo biológico o jurídico, sino también a partir de las relaciones de hecho o crianza, edificadas en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de una familia»* y reconoció la necesidad de brindar protección a la nacida de la afectividad (CSJ, STC6009-2018, 9 May., Rad. 2018-00071-01).

Las dos últimas decisiones causaron gran impacto social y al ser reseñadas por los medios de comunicación, estos indicaron en relación con la primera que modificó **«estereotipos»** en torno de **«los deberes en el reconocimiento de paternidad»**<sup>5</sup>, y respecto del segundo que al aclarar que **«la familia no solo se integra por los hijos de una pareja, que comparten lazos de consanguinidad con sus padres, sino también por los hijos de crianza»**, reconoció que *«estas personas tienen los mismos derechos que los hijos naturales»* (la negrilla es de los textos periodísticos).<sup>6</sup>

<sup>5</sup> [Justicia@eltiempo.com@JusticiaET](mailto:Justicia@eltiempo.com@JusticiaET) (26 de noviembre de 2017). Los cuatro fallos que cambiaron mitos e ideales de la familia. El Tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes>.

<sup>6</sup> Redacción Judicial (19 de mayo de 2018). La familia también está compuesta por los hijos de crianza: Corte Suprema. El Espectador. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/>.



en los que se (deben) potenciar los valores de paz familiar, seguridad jurídica, afecto filial y el rol o funcionalidad de la relación paterno filial, desvalorizando la realidad biológica y estableciendo unos esquemas de determinación de la filiación basados en la voluntad unilateral o en determinadas presunciones, y vedando la posibilidad de impugnación o investigación filial, por fuera de esquemas legales previstos.

(...) debe estudiarse cada caso en particular para verificar si prevalecen los afectos y el trato social, así como el consentimiento del padre sobre lo puramente biológico para que, aun conociendo la veracidad de la prueba científica, se dé prioridad a los afectos y se permita al hijo accionado mantener el statu quo civil en la forma en que lo ha sustentado durante toda su vida, impidiendo que razones ajenas a intereses puramente familiares permitan despojarlo de una filiación que ha detentado con la aquiescencia de aquel que la ha tratado siempre como su padre. **Son casos en que una certeza jurídica o social debe primar sobre la verdad biológica** (CSJ, SC12907-2017, 25 Ago., Rad. 2011-00216-01, negrilla y subrayado para resaltar).

3.3. En sentencia de 19 de octubre de 2017, enfatizó en que «*la ruptura de los lazos afectivos creados durante años de convivencia familiar*» entre un menor y quien de forma voluntaria reconoció la paternidad respecto suyo, se ocupó de su crianza y lo integró a su familia, genera en el primero «*una afectación psicológica*» como consecuencia de verse «*truncados súbitamente*» dichos lazos.

Concluyó que si el ascendiente «*a modo de retracto, decide no sólo romper el vínculo afectivo que voluntariamente auspició sino rechazar la filiación de quien una vez acogió en su seno, cual mercancía que, dependiendo del estado de ánimo,*

4. En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional al recalcar que en el marco del Estado Constitucional de Derecho «la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias» (CC, T-606-13, 2 Sep. 2013, Rad. T-3873716; el subrayado es propio).

La misma posición ha sido expuesta por el Consejo de Estado, Corporación que, en sentencia proferida el 11 de julio de 2013, reiteró su precedente jurisprudencial en torno a que «la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales» (CE, 11 Jul. 2013, Rad. 31252; se subrayó).

5. La Corte, en el asunto analizado, desconoció que entre Alfredo Barahona y el menor demandante se construyó durante varios años una relación socio - afectiva, en la que el primero le ofreció cariño, comprensión,

enseñanza y protección, tal como un padre lo hace con sus hijos, amén de proveer su educación, alimentación y sostenimiento y velar por su bienestar emocional y físico.

Sin reparar en lo anterior, resolvió prohijar la declaración de paternidad en cabeza del otro demandado, únicamente con base en el indicio derivado de su falta de comparecencia a la práctica de la prueba de ADN y a pesar de la inexistencia de lazos afectivos con el ahora adolescente, a quien nunca ha tenido como hijo, ni lo ha tratado como tal.

Desatendió que el derecho del hijo a conocer su verdadero origen biológico debe armonizarse con la prerrogativa también constitucional de que se le garantice su bienestar, mandato que sólo puede materializarse cuando quien está llamado a ejercer la progenitura responsable está dispuesto a prodigar la atención y cuidados necesarios para el pleno desarrollo físico, emocional e intelectual del hijo, y en el asunto *sub-judice*, quien siempre lo ha hecho y tiene el deseo e intención de seguir haciéndolo es Alfredo Barahona, que desde su nacimiento ha estado atento a solventar las necesidades del menor, lo cuidó y protegió como parte de su familia, le ha brindado el sostén necesario para su formación y su desempeño en sociedad, lo ha querido y tratado como a un hijo, y más allá de eso, quiere seguir siendo su padre, a pesar haberse excluido su paternidad biológica de acuerdo con el examen de ADN realizado en el proceso.

La decisión es contraria a los artículos 44 de la Constitución Política que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de «*asistir y proteger*» a los niños para «*garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*», y 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta el compromiso adquirido por los países partes de «*asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*» (num. 2).<sup>7</sup>

Infringió el artículo 9° del Código de la Infancia y de la Adolescencia que, en consonancia con la Carta Magna, reconoce como primordial la atención del interés superior del menor en todas las medidas, actos y decisiones concernientes a ellos, bien sean de orden público o privado, de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier naturaleza.

En observancia del mencionado principio, las autoridades judiciales no deben adoptar «*decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo...*» (CC, T-261-13, 8 May. 2013, Rad. T- 3672894; CSJ, STC5016-2016, 21 Abr. 2016, Rad. 2016-00922-00).

Sin embargo, al privilegiar la presunción de existencia de un vínculo biológico sobre la consolidación de una relación paterno – filial basada en estrechos vínculos

---

<sup>7</sup> Conforme al artículo 1° de este tratado internacional, «[p]ara los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

afectivos, la determinación adoptada produce una fractura irreparable en la unidad familiar del menor, con evidente afectación de su desarrollo, bienestar e identidad, pues esta última se construye sobre las experiencias vividas desde la infancia en el seno de la familia y los aprendizajes recibidos de quienes han ejercido el rol de padres.

La anterior conclusión aparece reforzada con las manifestaciones de la defensora de familia en su intervención ante el sentenciador *ad quem*, al asegurar que «no se investigo (sic) a fondo sobre la actual situación» del menor, teniendo en cuenta que «según los interrogatorios se estableció un vínculo afectivo con uno de los demandados y el tener que asimilar su nueva situación no creo que sea fácil para el niño» (el subrayado es propio).<sup>8</sup>

Quebrar abruptamente la identidad parental que tiene un niño, niña o adolescente y que viene desde la primera infancia, en que se produce la identificación de las figuras materna y paterna, conlleva necesariamente daños a nivel de la psiquis y de la emocionalidad de un individuo que se encuentra en pleno proceso de formación y de estructuración de su personalidad.

Perjuicios que en el presente caso se irrogaron de manera injustificada y sin reparar en la magnitud del impacto negativo que en la formación del adolescente puede representar la filiación legal que la jurisdicción le impuso derivada de una supuesta paternidad biológica atribuida al

---

<sup>8</sup> Folio 7, cno. 2.

demandado José Guillermo Marroquín, la cual, además, no fue constatada científicamente, sino que se hizo derivar de un indicio.

El artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, estatuto vigente para la época en que se adelantó el juicio, permite al juez *«deducir indicios de la conducta procesal de las partes»*.

Al respecto, la doctrina ha señalado que el juez podrá valerse del comentado indicio *«sólo cuando concurra con otros motivos de la misma o de diversa índole, con las condiciones exigidas en la ley (es decir, las que rigen para los indicios contingentes, entre ellas su pluralidad), pues la simple conducta no podría ser suficiente para determinar la convicción del juez»*.<sup>9</sup>

Sin embargo, la presencia de un indicio no es nunca suficiente para adquirir la certeza de los hechos discutidos en el litigio, de ahí su falta de aptitud para edificar por sí solo una sentencia adversa.

Aunque el párrafo 1° del artículo 8° de la Ley 721 de 2001<sup>10</sup>, establecía para los procesos de investigación de paternidad que, en caso de persistir la negativa del demandado a practicarse la prueba genética, el juzgador *«mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa»*, la omisión de dicha parte no bastaba para dictar un fallo estimativo de las pretensiones, porque tal como lo precisó la Corte Constitucional en el

<sup>9</sup> FURNO, Carlo, citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la prueba judicial, T. II, 3ra. Edición, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, pág. 680.

<sup>10</sup> Esta norma fue derogada por el literal c) del artículo 626 del Código General del Proceso.

estudio de exequibilidad de ese precepto, la renuencia a la realización del referido examen «sólo se puede tomar como indicio en contra, pero jamás como prueba suficiente o excluyente para declarar sin más la paternidad o maternidad» (CC. C-808-02, 3 Oct. 2002, Rad. D-4018; el subrayado no es del texto).

5. Luego, demostrada la consolidación de una relación paterno – filial entre el menor y quien asumió el rol y la función de su padre a pesar de no compartir con él un parentesco sanguíneo, considero que era inexcusable reconocer la prevalencia de esos lazos socio-afectivos.

En consecuencia, a mi juicio, la Sala, haciendo abstracción de los defectos técnicos del cargo propuesto por el impugnante, debió casar el fallo proferido por el Tribunal y en sentencia sustitutiva de la segunda instancia, revocar lo decidido por la juez *a quo* para, denegar, en su lugar, las pretensiones de la demanda.

En los términos que preceden dejo consignado mi salvamento de voto.

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

Magistrado