



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

## **FRANCISCO TERNERA BARRIOS**

### **Magistrado Ponente**

**AC663-2021**

**Radicación n° 25754-31-10-001-2016-00686-01**

(Aprobado en sesión virtual de doce de noviembre de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda con la que **Fabio Enrique Bernal Carvajal** dice sustentar el recurso de casación que formuló contra la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, en el proceso verbal (investigación en la paternidad) que contra el recurrente promovió **Andrea Monroy Correa** en interés de su hijo menor de edad J.D.M.C. y asistida por la Defensoría de Familia del ICBF.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **A. La pretensión**

Pretende la madre demandante que se declare que Fabio Enrique Bernal Carvajal es el padre extramatrimonial de J.D.M.C.; que a cargo de aquel se establezca la obligación alimentaria y sus incrementos en las cuantías y periodos determinados en la demanda; que, si hay oposición, se le asigne la patria potestad y que, al ser privado el demandado de ella, si fuere el caso, se autorice al niño para que de forma permanente pueda salir del país en compañía de su progenitora o de quien ella designe. Además, que, una vez ejecutoriada la sentencia, se declaren las anteriores pretensiones y se oficie a la Notaría 9ª de Bogotá para los fines pertinentes.

#### B. Fundamentos fácticos

En sustento de esas pretensiones, se indica en el libelo que Andrea Monroy Correa conoció a Fabio Enrique Bernal en 1996 porque es “hijo del cuñado de la demandante”. En el mes de noviembre de 2006, iniciaron un trato de amigos sosteniendo relaciones sexuales, fruto de las cuales Andrea quedó en estado de embarazo, de lo cual informó al presunto padre a los cuatro meses de gravidez, quien manifestó no desear a la criatura. El día 16 de noviembre de 2008, Andrea Monroy Correa dio a luz un niño, a quien llamó J.D.M.C.

Ante la negativa de reconocer al niño, Andrea Monroy citó a Fabio Enrique Bernal ante la Defensoría de Familia en

dos ocasiones, sin que asistiera ni justificara su no comparecencia.

### C. Trámite en la instancia

Admitida la demanda por el Juzgado de Familia del Circuito de Soacha, y notificado del libelo al demandado, en tiempo lo contestó con oposición a los hechos fundamentales y a las pretensiones, y con la proposición de la excepción de fondo que denominó “mala fe y fraude procesal de la demandante”.

Después de accidentado trámite con la fijación de varias fechas para la práctica del examen de ADN ante el Instituto Nacional de Medicina Legal, a la sazón no realizado, que incluyó la declaratoria de nulidad al encontrar el Tribunal que en el trámite ante el *a quo* no se cumplió ninguna de las condiciones previstas en el numeral 4° del artículo 386 CGP para dictar sentencia de plano, se rehízo el trámite, disponiendo el juzgado una nueva oportunidad, también fallida, para la práctica de la prueba de marcadores genéticos con otra entidad (Laboratorio de Genética del Instituto Yunis Turbay).

Mas, conforme al artículo 121 del CGP, viendo la necesidad de ampliar el término para fallar debido a la nulidad decretada por el superior, prorrogó el juez el término

por seis meses, lo que propició la invocación de la nulidad procesal por parte del apoderado de la pasiva alegando que, al momento de emitir la decisión de la fijación de la fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, el despacho ya no tenía competencia para llevarla a cabo.

El juzgado declaró no probada esa nulidad por falta de jurisdicción y competencia, señaló una segunda fecha para la práctica de la prueba de ADN con nueva citación a las partes para que asistiesen al mencionado laboratorio de genética y entretanto. Respecto de la negativa de la nulidad procesal interpuso el interpelado reposición y en subsidio apelación, trámite que terminó con providencia del 1º de octubre de 2018, con la cual el Tribunal, al desatar la alzada, denegó la petición de nulidad y confirmó la decisión que ya había sido adoptada en ese sentido por el juez *a quo*.

Volvió a no comparecer el demandado a la cita para la práctica de la prueba genética. Se practicó la audiencia inicial, volvió a decretarse la prueba con la fijación de una nueva fecha y, una vez más, el demandado no se hizo presente. Por ende, que el dos de noviembre de 2018 en audiencia para proferir sentencia, el juzgado de conocimiento culminó la instancia con fallo en que declaró a Fabio Enrique Bernal Carvajal padre extramatrimonial del niño J.D.M.C., ordenó la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento del niño, impuso al demandado la obligación

alimentaria, lo privó de la patria potestad y autorizó al niño para salir del país en compañía de su progenitora o en compañía de la persona que está designara.

#### D. Trámite en la segunda instancia

Apelada esa decisión por ambas partes, el Tribunal, en la audiencia llevada a cabo el 4 de marzo de 2019, previo anuncio del sentido del fallo, dispuso que habría de dictarse por escrito dada la complejidad del asunto.

El Tribunal sólo modificó el numeral tercero del fallo apelado para declarar que la obligación alimentaria era exigible a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda, esto es, a partir de enero de 2017. En lo demás confirmó el fallo del a quo.

Para fallar como lo hizo, consideró la Corporación Ad Quem que, a juicio del demandado, si en el proceso no se pudo practicar la obligatoria y oficiosa prueba de marcadores genéticos, estaba a cargo del niño que reclama su filiación estaba demostrar el parentesco. Sin embargo, precisó que tal cuestión tiene fundamento sólo cuando no hay posibilidades de recaudar dicha prueba.

Pero en este caso, lo cierto fue que el Tribunal constató la continuada negativa sin justificación plausible del demandado para coadyuvar en el recaudo de esa prueba.

Las consecuencias de índole probatoria que ese comportamiento se desgajan en su contra, dijo el Tribunal, no pueden atajarse con sembrar dudas sobre la verdadera filiación del niño dado que, conforme al artículo 386 del CGP la renuencia a la práctica de la prueba hace presumir cierta la paternidad, presunción legal que admite prueba en contrario que es, precisamente, la siguiente: someterse a su práctica y estar presto a disputar los resultados en el escenario del proceso y dentro de las oportunidades previstas en la ley. Algo que dejó de lado el demandado. Por el contrario, pretendió ante el *ad quem* desvirtuar la presunción con los dichos de sus hermanas, Paula Vanessa y Jimena Bernal Monroy, elementos probatorios endebles para ese propósito.

Por ese camino, continuó el Tribunal abordando, uno a uno los embates que el recurrente planteó contra la sentencia del juzgado, referidos, en esencia, a las consecuencias de la renuencia de otros testigos citados (de los que dijo que simplemente se prescindía de ellos), o a la conducta que calificó el recurrente de delito en cuanto a que la madre calló por años el nombre del verdadero padre del niño (porque el estado civil es imprescriptible), o en fin, la inasistencia del

defensor de familia a la audiencia inicial (argumento que calificó de irrelevante).

Prosiguió entonces con las quejas sobre la tasación de la obligación alimentaria, en lo cual, y para los propósitos casacionales, se resalta que el juez colegiado examinó la crítica de la demandante en torno al momento a partir del cual debían cancelarse los alimentos. Al respecto señaló, previa referencia teórica, que *“no obstante que desde la concepción se originan toda esa serie de derechos para el alimentario y relativas obligaciones para el alimentante, tratándose del reconocimiento de la paternidad que se hace en vía judicial, puede decirse que ese derecho sólo se causa desde la presentación de la demanda, cuando allí se piden, toda vez que la retroactividad de las sentencias que son de naturaleza declarativa, se produce «con referencia el día de la demanda o de su notificación...»*”; pues desde allí el demandado sabe que alguien está reclamando la paternidad respecto de él. Y aun cuando en la demanda no se había pedido desde esa fecha el reconocimiento, el Tribunal la decretó con base en lo previsto en el artículo 281, parágrafo primero del CGP.

## **II. DEMANDA DE CASACIÓN**

En la demanda se formulan cinco cargos, y un sexto más denominado “cargo de oficio”. En breve resumen, estos son del siguiente tenor:

**El primero**, se eleva con base en la causal quinta de casación por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de la causal de nulidad consagrada en el No 1° del artículo 133 del C.G.P., en la medida en que el Juez de Familia del Circuito de Soacha emitió su sentencia por fuera del término establecido en el artículo 121 de ese ordenamiento. Habrá de ser admitido, por encontrarse técnicamente idóneo.

**El segundo**, con fundamento en la causal primera de casación por violación directa de la norma sustancial contenida en el artículo 7° de la ley 75 de 1968 modificado por el artículo 1° de la ley 721 de 2001, y del artículo 5° del decreto 2112 de 2003, en cuanto a que para la práctica de la prueba de marcadores genéticos, el parágrafo 1° establece que los laboratorios legalmente autorizados deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales. Adiciona el recurrente lo regulado en el Decreto 2112 de 2003, reglamentario de la acreditación y certificación de los laboratorios que practican esas pruebas con marcadores genéticos de ADN. Para la censura, la garantía de idoneidad protege los derechos prevalentes del niño y por esa razón todos los laboratorios que hacen ese tipo de exámenes deben estar certificados. En consecuencia, el exigir la práctica de una prueba sin estas formalidades constituye una violación directa de los parámetros establecidos por el legislador.



El **tercer cargo** se fundamenta en la causal segunda de casación, esto es, por violación indirecta de la ley sustancial como consecuencia de error de hecho en la apreciación de una determinada prueba. Las normas que estima violadas son el artículo 66 del Código Civil; 166 y 176 del Código General del Proceso; inciso 1° del numeral 2° del artículo 386 del Código General del Proceso; artículo 3° de la ley 721 de 2001.

Señala que el Tribunal cometió error de hecho *en la apreciación de la prueba de ADN* al dar por cierto la renuencia del demandado a la toma de ADN sin considerar las razones legales que le asistían para no asistir en cada una de las ocasiones en que decretada la prueba, la primera por tener un compromiso previo con su hijo; la segunda, porque el lugar donde habría de ser tomada (unidad básica zonal de Soacha del Instituto de Medicina Legal) no estaba certificada; la tercera, por las circunstancias de falta de garantía; la cuarta porque el auto que lo había ordenado estaba impugnado; la quinta, por la misma razón. Y la sexta porque no fijó una hora cierta.

Además no apreció correctamente los testimonios de Jimena Bernal Monroy y Paula Vanessa Bernal, respecto de los cuales transcribe fragmentos en el cargo.

El **cuarto cargo** lo encarrila por la senda del error de derecho derivado de la aplicación indebida de una norma

probatoria que llevó el Tribunal a declarar que la no toma del ADN generó una presunción legal y, consecuentemente, decretó la paternidad del niño J.D.M.C. a cargo del demandado. Las normas sustanciales violadas son el artículo 66 del Código Civil, 166 y 176 del Código General del Proceso, inciso 1° del numeral 2° del artículo 386 del Código General del Proceso, artículo 3° de la ley 721 de 2001, y el artículo 4 de la ley 45 de 1936, modificado por el artículo 6 de la ley 75 de 1968.

En su desarrollo, indica que el *a quo* negó la práctica de las pruebas no obstante que el Tribunal, con ocasión de la nulidad que decretó de parte de la actuación, ordenó que se agotaran todas las etapas del proceso especialmente la probatoria. Seguidamente, se adentra en la importancia de las pruebas en los procesos de filiación y en lo que significa la presunción según varios autores nacionales, para arribar a la que establece el numeral segundo del artículo 386 del CGP en punto de la renuencia a la práctica de la prueba, que no puede ser aplicada al caso porque el oponerse a una prueba que no cumple con los preceptos de legalidad en cuanto a la idoneidad no puede ser tomado como renuencia.

Y si fuera cierto que el demandado fue renuente en la práctica de la prueba, para la aplicación de la presunción debía quedar demostrado que la madre tuvo relaciones sexuales con el demandado, lo que no se acreditó.

En el **quinto cargo** se alega, con base en la causal cuarta, que la sentencia hizo más gravosa la situación del apelante único porque la adhesión a la apelación de la sentencia que el defensor de familia hizo, la concretó en sus reparos, a que se condenase al demandado a pagar alimentos desde el auto admisorio de la demanda, pero tal aserto no puede ser tenido como sustentación del recurso, por lo que se imponía su debida sustentación en la audiencia de alegaciones y fallo ante el Tribunal, lo que no se hizo -afirmó el recurrente-.

### **III. CONSIDERACIONES**

A. El artículo 344 del Código General del Proceso prescribe los requisitos que la demanda de casación debe cumplir para ser formalmente admitida, algunos de carácter accesorio tendientes a la determinación del proceso y de la sentencia contra la cual se interpone el recurso extraordinario, que en este caso se encuentran cumplidos.

Y otros de índole sustancial o fundamental, que en los cargos segundo, tercero, cuarto y quinto están ausentes pues, para decirlo en breve, no denuncia una sola norma de carácter sustancial que, “*constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada*”, como lo establece el parágrafo 1° del artículo 344 del CGP.

Ha dicho de tiempo atrás la jurisprudencia, con apoyo en doctrina que ha decantado el concepto, que por normas sustanciales han de entenderse aquellas que «*en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación*» (cas. civ. 24 de octubre de 1975, G.J. t. CLI, p. 254, reproducida, entre otras más, en cas. civ., del 19 de diciembre de 1999. En similar sentido, entre otras, pueden citarse las sentencias del 9 de marzo de 1995, 30 de agosto, 9 de septiembre y 9 de diciembre de 1999, 3 de septiembre de 2004, o autos del 6 de marzo de 2013, exp. 68081-31-03-001-2008-00015-01, del 1° de abril de 2013, exp. 11001-3103-024-2007-00285-01, por citar algunos).

El segundo cargo denuncia la violación del artículo 7° de la ley 75 de 1968 modificado por el artículo 1° de la ley 721 de 2001, y del artículo 5° del decreto 2112 de 2003<sup>1</sup>; el

---

<sup>1</sup> Dice el precepto: En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

PARÁGRAFO 1o. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos esperticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales.

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

PARÁGRAFO 3o. El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, la siguiente información:

- a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;
- b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;
- c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;
- d) Frecuencias poblacionales utilizadas;
- e) Descripción del control de calidad del laboratorio.

tercero los artículos 66<sup>2</sup> del Código Civil, 166<sup>3</sup> y 176<sup>4</sup> del Código General del Proceso, inciso 1° del numeral 2° del artículo 386 del Código General del Proceso<sup>5</sup>, artículo 3° de la ley 721 de 2001<sup>6</sup>; el cuarto, estos últimos más el artículo 4 de la ley 45 de 1936 modificado por el artículo 6 de la ley 75 de 1968<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Artículo 66 del Código Civil: Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

<sup>3</sup> Artículo 166. Presunciones establecidas por la ley. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.

<sup>4</sup> Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

<sup>5</sup> Dice el precepto: Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> ARTICULO 6o. El artículo 4o. de la Ley 45 de 1936 quedará así: ARTICULO 4. "Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

1o) En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

2o) En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.

3o) Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

4o) En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por actos positivos acogió al hijo como suyo.

5o) Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo, y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere por sus características ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.

Ninguna de esas normas tiene carácter sustancial. En efecto, el artículo 1° de la ley 721 de 2001 atinente a la necesidad de que en los procesos de filiación se practiquen los exámenes de ADN, en laboratorios certificados, regulados el contenido del informe que dé cuenta del resultado, no crea, modifica o extingue obligaciones entre sujetos implicados en una relación jurídica. Así mismo, el artículo 66 del Código Civil, da un concepto de la presunción y sus clases. De similar tesitura es el 166 del Código General del Proceso. El 176 de esta obra es típicamente probatoria. Y el artículo sexto de la ley 75 de 1968 es netamente probatorio, pues afianza presunciones de paternidad.

Por lo demás, en relación con el cargo quinto, valga aclarar dos aspectos. En primer lugar, respecto a la *no reformatio in pejus*, como ya se anotó, la sentencia fue apelada por ambas partes. Segundo, el referido cargo quinto debió plantearse por incongruencia, cosa que no hizo el recurrente.

En consecuencia, no serán admitidos los cargos segundo a quinto de la demanda de casación, por cuanto, según el artículo 346 del Código General del Proceso, esa es la consecuencia que se sigue cuando no se reúnan los requisitos formales.

---

6o) Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,  
en Sala de Casación Civil,

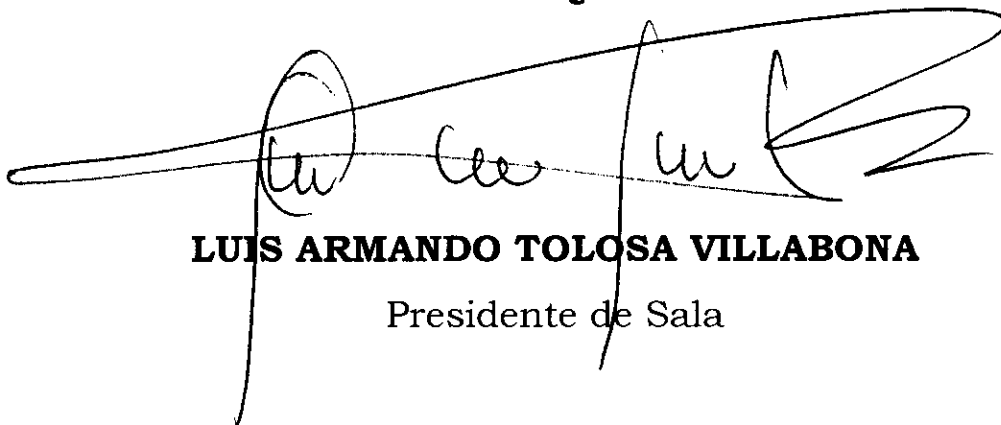
#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. INADMITIR** los cargos segundo, tercero y cuarto de la demanda presentada tendiente a sustentar la impugnación formulada.


**SEGUNDO. ADMITIR** el cargo primero de la demanda de casación.

**TERCERO.** Correr traslado de la demanda a la parte opositora para que formule la respectiva réplica.

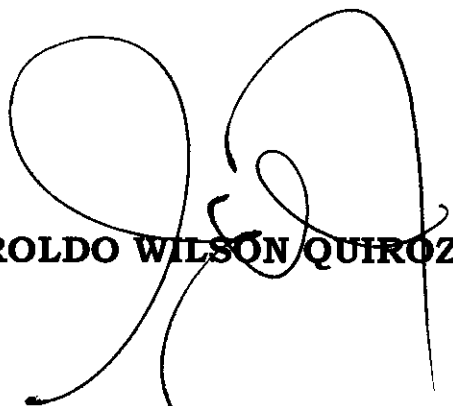
#### **NOTIFÍQUESE**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
Presidente de Sala



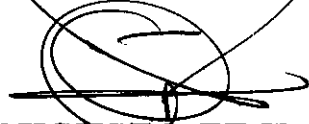
**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**



**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**



**LUIS ALONSO RICO PUERTA**



**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**



**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**