

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente:

Manuel Isidro Ardila Velásquez

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004).

Ref: **Expediente No. 7843**

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 27 de julio de 1999, proferida por la sala civil-familia del tribunal superior del distrito judicial de Manizales en el proceso especial de investigación de paternidad promovido por la defensoría de familia regional Caldas en nombre del menor Alejandro Cardona Alvarez, contra José Fernando Gómez Arrubla.

I. Antecedentes

El proceso abrió con demanda en que pidióse declarar que José Fernando Gómez Arrubla es el padre extramatrimonial del menor Alejandro Cardona Alvarez,

nacido el 8 de octubre de 1979; y que, en consecuencia, se disponga lo relativo a la patria potestad así como la inscripción en el competente registro del estado civil.

Como sustento fáctico de la demanda, se expuso lo que a renglón seguido se recapitula:

José Fernando y Gloria del Carmen entablaron amistad en marzo de 1978, a poco de haberse conocido en el estadio de Manizales; en abril del mismo año iniciaron relaciones sexuales, las que tuvieron lugar en fincas de propiedad del demandado ubicadas en Villamaría y la Virginia, fruto de las cuales, entre el 10 y el 19 de enero de 1979, vino el embarazo y alumbramiento de Alejandro.

El demandado, que prestó dinero para la prueba de gravidez, a la hora de afrontar su responsabilidad de padre acabó negándose, después de varias oportunidades en que prometió reconocerlo. El trato cesó en marzo de 1979, precisamente cuando ella le comunicó de su embarazo; y llamado él extraprocesalmente para el reconocimiento, negó la paternidad y rehusó presentarse al examen de genética.

Opúsose el demandado a las pretensiones; aceptó haber conocido a Gloria del Carmen en el estadio, cuando en compañía de varios amigos hacía deporte, pero que apenas intercambió palabras con ella, pues no hubo amistad, ni tampoco relaciones sexuales, ni tuvo

conocimiento de un embarazo; no se presentó al examen de genética -aclaró- porque no fue citado. Dijo excepcionar alegando la *“inexistencia de relaciones sexuales entre Gloria del Carmen y José Fernando, y tampoco en ninguna época ha existido un trato personal y social que permitan inferirlas”*.

El juzgado segundo de familia de Manizales acogió las pretensiones por sentencia de 22 de julio de 1997, la cual, apelada que fue por el demandado, confirmó el tribunal en la suya de 27 de julio de 1999, la misma que es objeto del recurso de casación que ahora se resuelve.

II.- La sentencia del tribunal

Una vez dejó en claro que la causal invocada para declarar la paternidad es la de las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre por la época en que se presume la concepción, anotó cómo éstas pueden fundarse tanto en el trato carnal, *“sin que para ello importe en nada el trato anterior de la pareja”*, o bien *“inferirse del trato personal y social que con las características indicadas en el segundo inciso del numeral 6 de la ley 75 de 1968 se hayan prodigado entre sí y públicamente los supuestos amantes”*.

Así que, si en el caso de autos éstas se fundan en la primera de las dichas hipótesis, que no en el trato, ha de acudirse a medios de prueba que demuestren directamente la consumación de las relaciones sexuales, o en su defecto indirectamente dichas relaciones apoyadas en

indicios idóneos para inferirlas; por lo que, nacido el menor el 8 de octubre de 1979, ha de presumirse que fue concebido entre el 12 de diciembre de 1978 y el 11 de abril de 1979.

Teniendo en mira ese objetivo, pasó revista a las pruebas del litigio, a saber, la declaración del demandado, ampliada en el trámite de la segunda instancia, probanza que refirió en contraste con la extraproceso que a su turno rindió ante el juzgado segundo civil de menores de Manizales en 1979, los testimonios de María Consuelo Giraldo, Luz Amparo Cardona, María Luzmila Santana y Gloria del Carmen Cardona, también ampliados en el trámite de la apelación, y los resultados de la prueba genética, para de ahí emprender sin más preámbulos su valoración.

Empezando por la versión dada por el demandado en las dichas oportunidades, donde si bien no hay confesión, sí puede dar cabida a *“indicios libremente valorables por el juez, basados no sólo en la conducta que aquél haya tenido en la diligencia, sino en su sinceridad, en sus reticencias y en las afirmaciones que aparezcan como falsas en virtud de las demás pruebas”*.

Y al proseguir con los testimonios, dio cuenta del aprecio que brindan sus relatos claros, detallados, hilvanados, coherentes y debidamente ubicados en las épocas y lugares correspondientes, subrayando que los motivos de sospecha alegados sobre dichas declaraciones, han de ser vistos de acuerdo con las circunstancias de cada

caso; así, no dudó cuanto al de Luz Amparo Cardona, hermana de la madre del demandante, al no ver inclinación a favorecer a su sobrino; y en relación con la de Gloria del Carmen, que a la postre no es más que el testimonio de un tercero, anotó que a pesar de las sospechas que sobre él se ciernen, cumple las exigencias de ser exacto, responsivo y completo, *“mas con especial rigor, una vez se conjugue con los demás medios de prueba, de tal modo que, tan solo en la medida que su dicho encuentre fundado apoyo en aquéllos, puede llegar a obtener la verosimilitud necesaria y por ello la decisión final no puede fundarse exclusivamente en lo por ella afirmado”*.

En ese orden de ideas, -dice- estos testimonios merecen una valoración conjunta con los demás medios probatorios, toda vez que permiten inferir que existió *trato personal*, extendido, según una de las deponentes *“hasta el carnal, que es característico y propio de los amantes, (...) sostenido con el mayor recato”*.

Encauzó en adelante su estudio hacia la prueba antropoheredobiológica, y después de recordar el mandato del artículo 7° de la ley 75 de 1968, señaló que conforme al numeral 15 del artículo 21 de la ley 7a. de 1979, una de las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es la de *“emitir dictámenes periciales (antropo-heredo-biológicos) en los procesos de filiación ... cuando el juez lo solicite”*, exámenes que, según el artículo 36 del decreto 2388 de 1979, *“serán practicados por el*

laboratorio de Genética del ICBF”, recordó que el decreto 2749 de 1994 aprobó el acuerdo 042 de 31 de agosto de 1994 emanado de la Junta Directiva del ICBF, en el cual se resolvió “delegar la función de emitir los dictámenes periciales antropoheredobilógicos de que trata el numeral 15 del artículo 21 de la ley 7a. de 1979 y el artículo 36 del Decreto 2388 de 1979, que sean requeridos por los jueces, (...) en otros organismos de la administración pública, idóneos y especializados en la materia”, así como la posibilidad de celebrar “contratos en los que se pactarán los mecanismos que permitan realizar la delegación objeto del presente Acuerdo”.

Tanto el acuerdo como su decreto aprobatorio, según doctrina de lo contencioso administrativo, así como el artículo 66 del código de ese ramo, están amparados con la presunción de legalidad, la que hace que generen la totalidad de sus efectos; sin que esté entre las posibilidades del juez desconocerlo ni invalidarlo oficiosamente, en cuanto “carece de poderes legales para alternar sus claros mandatos, a menos que el acto sea el objeto concreto de la controversia”.

Y recalcado esto, fijó su atención en el decreto de la prueba, los oficios librados al ICBF para que ésta se llevara a cabo, y en la respuesta del Instituto en que anunció que el “*Laboratorio de Genética de la Universidad Tecnológica de Pereira, se desplazará próximamente los días 27 y 28 de noviembre del año en curso, con el fin de practicar el examen heredobiológico en los casos de investigación de*

paternidad, presentados ante su Despacho” que incluye el asunto de autos, “con el fin de practicarles la prueba STRs o la análoga HLA, los cuales deben programarse (...) Los notificados por su despacho deberán presentarse con la respectiva citación en nuestras instalaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Kra. 23 Nro. 39-60 nivel 1 de Manizales”; en vista de lo cual hubo de disponer el tribunal que las partes y la madre del actor comparecieran a la práctica de la prueba tal como lo había informado el ICBF.

De todo lo cual establece que las partes tuvieron conocimiento oportuno y sin sorpresas de que la prueba en mención, *“que con su intervención se había ordenado efectuar al laboratorio de Genética del ICBF, se habría de practicar por el ‘Laboratorio de Genética de la Facultad de Medicina de la Universidad Tecnológica de Pereira”*, y que como el decreto 2749 de 1994 es norma de alcance nacional, se presume conocida y no requería de su prueba en el proceso, resultando manifiesto que el demandado debió enterarse oportunamente de la delegación del ICBF a la Universidad para la práctica de la pericia.

De otro lado -apunta-, cuando ordenó que la prueba fuera practicada por el Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no estaba disponiendo que lo fuera por un laboratorio de genética que perteneciera con exclusividad al ICBF, pues éste tenía a la sazón la facultad de *delegar* su realización.

Y tras un prolijo análisis del contrato inter-administrativo celebrado entre el ICBF y la universidad, al igual que sobre la competencia e idoneidad de su laboratorio, concluyó que establecida quedó *“la legalidad y eficacia de la delegación, (...) en tal virtud resulta manifiesto que el dictamen rendido por el Laboratorio de Genética de la Facultad de Medicina de la Universidad Tecnológica de Pereira, se originó en el decreto de la prueba antropoheredobilógica contenida en auto del 10 de septiembre de 1997, que fue proferido por la Magistrada Ponente y con su ejecución se dio cabal cumplimiento a la orden judicial respectiva”*.

Tornó de allí entonces a explicar todo lo concerniente a este tipo de pruebas hematológicas, cuya evolución ha llegado a la del *“poliformismo celular ADN”*, para desembocar en que de la peritación rendida en el asunto, *“que fue válidamente incorporada al proceso”*, en la que se utilizaron las técnicas requeridas para tal efecto y fue rendida por una profesional experta en la materia *“goza de eficacia probatoria y por ende debe ser valorada conjuntamente con el restante material probatorio”*, máxime que no fue cuestionada por las partes.

Acto seguido anotó que el resultado de tal examen tiene el carácter de indicio grave respecto de la presunción de paternidad, sin que, por otro lado, existan en el proceso pruebas que lo infirmen; todo lo contrario, el conjunto de la prueba testimonial que analizó permite

“establecer que entre el demandado y la madre del menor demandante, sí existió al menos, un trato personal, que si bien, por sus características, por sí solo no permite colegir la existencia de relaciones sexuales entre aquéllos, contradice en forma manifiesta la ausencia de un trato significativo entre la pareja, a la que hizo referencia el demandado en sus diferentes intervenciones en el proceso y permite deducir que entre aquellos existió una relación, aparentemente de amigos, durante la época en que se presume la concepción del actor, (...) por lo que aquellas originan un indicio contingente, con carácter de leve”.

De igual modo -continuó-, el testimonio de Gloria del Carmen Cardona encuentra respaldo en las pruebas pericial y testimonial referidas y con la *declaración de parte* del demandado rendida en segunda instancia, ya que coincide en lo de las dos fincas que ambos visitaban en la época de sus relaciones sexuales, así como en el hecho de haber conducido el demandado vehículos aéreos y automotores de condiciones similares a las por ella referidas, declaración de la cual *“evidentemente surge un indicio, que aun cuando leve”*, conduce a la demostración de que entre José Fernando y Gloria del Carmen existió un trato con especiales ribetes de confianza, que incluso permitió a ella conocer los inmuebles rurales y los vehículos a los que él tenía acceso sin limitaciones.

El testimonio de María Consuelo Giraldo muestra *“otro indicio”*, aun cuando de inferior categoría, que

permite inferir que el trato personal entre Gloria del Carmen y José Fernando se prolongó durante varios años.

De conformidad con el artículo 249 del código de procedimiento civil, puédense deducir indicios de la conducta procesal de las partes, y según el 95, indicio grave de las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad. Así que el demandado al negar los hechos 3 a 5 y 12 del libelo y su oposición a las pretensiones aduciendo que *“en ninguna época había existido un trato personal o social”* con Gloria del Carmen, y *“tal negativa se encuentra contradicha con la prueba indiciaria atrás analizada, que cumple a cabalidad, individualmente y en su conjunto las exigencias que determinan su eficacia probatoria, dado que son conducentes respecto del hecho investigado, la conexión que existe entre los hechos indicadores, que se encuentran debidamente demostrados, y el hecho investigado, (...) ha de considerarse que el pronunciamiento en los sentidos anotados fue contrario a la realidad y en consecuencia ha de concluirse que de dicha circunstancia dimana un nuevo indicio grave en contra del demandado, que se ha de sumar a los anteriores y que permite fortalecerlos”*.

De esta manera el juzgador contabiliza dos indicios graves, dos leves y uno levísimo que concuerdan y convergen a la demostración de las relaciones sexuales en estudio, lo que constituye *“una prueba acumulativa probable”* y por donde *“ha de concluirse que los elementos*

configurativos de la presunción de paternidad extramatrimonial se encuentran cabalmente demostrados”.

III.- La demanda de casación

En el único cargo formulado al amparo de la causal primera de casación, denúnciase la vulneración del artículo 6° de la ley 75 de 1968 (modificadorio del artículo 4° de la ley 45 de 1936 con el cual forma una unidad normativa), en su inciso 1° y en su ordinal 4°, y del artículo 92 del código civil, como consecuencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas.

Recuerda el impugnador cómo el tribunal confirmó la sentencia del a-quo apoyado en dos indicios graves, dos leves y uno levísimo; y tras puntualizar lo anterior parte a demostrar los yerros de iure en que incurrió el juzgador.

Y al respecto expresa que erró el juzgador al tener como hecho indicador de las relaciones sexuales el examen de genética, porque de conformidad con el artículo 248 del código de procedimiento, para que un hecho pueda considerarse como indicio, debe estar debidamente probado dentro del proceso, tanto en el aspecto ritual como objetivo de la prueba; *“del mismo modo como el juez no puede dar por demostrada la existencia del hecho indiciario sin que de él haya prueba suficiente dentro del proceso, tampoco le es dable basarse en una prueba respecto de la cual no se*

hubiesen satisfecho las exigencias legales para su incorporación al proceso”.

Sucede -asegura-, que ninguna de las justificaciones del tribunal para tener en cuenta el informe proveniente del laboratorio de genética de la Universidad Tecnológica de Pereira desvirtúa la ilegalidad de la prueba, derivada de una delegación que es violatoria de precisas normas constitucionales; pues *“la función delegada no es meramente de carácter administrativo, sino que es una que atañe a un aspecto (...) de la función jurisdiccional”*, como es el de la actividad probatoria dentro de los procesos judiciales, donde el que está investido de la jurisdicción es el juez y en tal virtud es el director del proceso, y por lo mismo es el que decreta las pruebas y designa los peritos en tratándose de entidades oficiales, con apoyo en el artículo 243 ibídem.

La función encomendada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el num. 15 del artículo 21 de la ley 7a. de 1979, apreciada antes de la delegación prevista en el decreto 2749 de 1994, no riñe con ninguna de las disposiciones citadas: el juez al decretar la prueba se limitó a darle cumplimiento al mismo, en armonía con el artículo 7° de la ley 75 de 1968; y el Instituto, al presentar el informe correspondiente, tampoco hace cosa distinta a la de sujetarse a él y a la orden del juez.

Pero buscó en el decreto 2749, autorizador de la delegación, un camino equivocado con el fin de desligarse

de la importante como delicada tarea; esa delegación aparece hecha en abstracto, no determina en qué organismos de la administración podía delegar, quedando así el poder del juez supeditado no a lo que determine la ley sino a lo que con un tercero convenga el órgano al que el ordenamiento le había asignado la tarea de elaborar el dictamen; y de paso, la idoneidad del organismo delegado tampoco queda calificada por la ley o el juez sino por el Instituto.

La delegación, con esas características, aparece contraria a la Constitución y la prueba producida con su apoyo viene a ser legalmente inidónea con arreglo a las previsiones legales mencionadas, pues el juez quedó sometido a un contrato ajustado entre el ICBF y otro organismo de la administración pública.

Por consiguiente es manifiesto que el decreto 2749, al acuñar tan original forma de delegación de funciones, choca de frente con el artículo 230 de la Carta Política que enseña que *“los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”*. Otro sería el cariz de las cosas, si en vez de la delegación en abstracto se enuncian los organismos en los cuales es delegada la función y se le permite al juez que haga la escogencia entre los mismos.

No es admisible el argumento del ad quem según el cual el decreto 2749 y el contrato inter-

administrativo entre el ICBF y la universidad se presumen ajustados a la ley mientras la jurisdicción competente no disponga otra cosa, porque es la propia Constitución la que, en su artículo 4°, le sale al paso: *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*, consagratoria de *“la llamada ‘excepción de inconstitucionalidad’ que obliga a la inaplicación inmediata de la norma por parte del operador cuando ésta pugna con la Constitución”*, sin necesidad de juicio previo de inconstitucionalidad.

Por modo que, al ser inaplicable el decreto 2749, la delegación hecha por el Instituto es ineficaz, por lo que el contrato celebrado con la universidad carece del debido soporte normativo ya que un acuerdo de la junta directiva del ente no es el instrumento legal adecuado para delegar una función asignada por la ley; y de allí asoma a su turno que el dictamen es una prueba irregularmente allegada al proceso, que impedía su apreciación por el tribunal.

En ese orden de ideas, violó la corporación el artículo 174 del código de procedimiento civil, porque la prueba apreciada entró al proceso de manera irregular; transgredió el artículo 243 del código en cita, porque no obstante haber ordenado que se practicara la peritación por el laboratorio del ICBF, apreció un dictamen que no provenía del *“personal especializado”* de dicha entidad; y al considerar que de ese dictamen se desprendía un indicio grave de las

relaciones sexuales, violó el artículo 248 en virtud de que tal indicio no está “*debidamente*” ó “*legalmente*” probado.

Y si esto se dejara de lado, el error, con todo, seguiría gravitando porque el órgano de prueba identificado en su decreto, a propósito la base para su ingreso “*regular*” al proceso [que comprende no sólo la identificación el medio probatorio sino la singularización del órgano llamado a practicarla] fue el Instituto, al paso que el autor del informe es el predicho laboratorio, entidad distinta; situación que no varió con el auto de convocatoria a las partes para que asistieran al Instituto para la práctica de los exámenes por el laboratorio de la universidad. Los peritos son órganos de prueba, y como es obvio, deben ser designados por el juez (artículo 236, num. 2° del C de P.C.) y esos peritos son los llamados a rendir el dictamen y a responder por el mismo, así se valgan de otros técnicos como lo autoriza el art. 237 ejusdem.

El dictamen puede provenir de una entidad o dependencia oficial, conforme lo prevé el aludido artículo 243 que en su inciso 3° faculta al juez utilizar sus servicios para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de ella, caso en el cual le libraré oficio al respectivo director para que designe el funcionario o funcionarios que deben rendir el dictamen; pero en el caso sub-iudice el tribunal se olvidó de este precepto cuando le llegó el informe de la universidad, no del ICBF.

Además, según el artículo 241 del estatuto procesal civil, el juez debe apreciar el dictamen rendido por los peritos, que no son otros que aquellos designados en el decreto de la prueba.

Fustiga luego el recurrente la deducción del ad quem del otro indicio grave extraído con estribo en el precepto 95 del código procesal citado, por la forma en que contestó el demandado los hechos 3 a 5 y 12 del mentado libelo incoativo. El juzgador erró de derecho, plantea, porque delineó esa realidad entretrejiendo un indicio grave (la prueba antropoheredobiológica) con otros dos leves (declaraciones de Luz Amparo Cardona y de Marina Luzmila Santana, de un lado, y declaraciones de Gloria Amparo -sic- Cardona y del demandado, del otro), y con uno final, levísimo (declaración de María Consuelo Giraldo), con lo cual hizo caso omiso de la regla consignada en el artículo 250 del código de procedimiento civil, que al señalarle al juez que aprecie los indicios “*en conjunto*”, lo está instruyendo para que tenga en cuenta que éstos deben ser plurales, o sea, que cuando la decisión se tenga que fundamentar en la prueba indiciaria, no es suficiente la presencia de un solo indicio, así se le repute como grave; y de otra parte, a la norma no le basta con pedir que exista pluralidad de indicios, sino que exige que al apreciarlos en conjunto, considere su gravedad, restringiendo de alguna manera la libertad del juez en la apreciación, en el sentido de que tome en cuenta que los indicios deben ser plurales y por lo menos dos de ellos graves.

En tal estado de cosas, cuando el tribunal tomó como soporte de la realidad con la que contrastó la respuesta a los hechos de la demanda, un conjunto de indicios formado por uno grave, dos leves y uno levísimo, vulneró la regla del artículo 250, pues con este elenco indiciario *“no podía afirmar que existía una realidad -vale decir, unas relaciones sexuales entre el demandado y la madre del demandante- (...). Obrando dos indicios leves y otro más levísimo y sólo uno grave, la suma de aquellos no le daba al conjunto de ese modo obtenido la gravedad indispensable que le permitiera hablar de una pluralidad de indicios graves”*.

Advertido de esa insuficiencia propia de los indicios *“leves”* y el *“levísimo”*, no podía haber confirmado la sentencia del a-quo; por esa circunstancia acudió a darle cabida a dos indicios graves violando la ley, y como secuela hizo obrar la ley sustancial citada, en un caso donde no militan sus supuestos de hecho.

Para finalizar, reclama el impugnador la rectificación doctrinal correspondiente en cuanto a lo expresado por el tribunal sobre la idoneidad de la madre para testimoniar, pues a voces del artículo 216 (num. 2º) del estatuto procesal citado, debe tenerse como testigo inhábil en estos casos.

Consideraciones

El breviarío de la sentencia deja ver con apreciable nitidez, cual atina a señalarlo el impugnador, que para acceder a la declaración de paternidad implorada en la demanda, el tribunal extrajo del material probatorio dos indicios graves, dos más leves y uno levísimo, que lo condujeron a establecer firmemente lo del ayuntamiento entre la madre del actor y el demandado por la época en que legalmente se presume su concepción.

Y para encarar esa labor probatoria del sentenciador, formúlense en la acusación dos reparos, cuyo propósito es abatir los dos indicios graves entresacados por el juzgador del material probativo; vale decir, el dimanante de las resultas de la prueba genética y el tomado de la contestación de la demanda, probanzas en las que denuncia errores de derecho.

Es parecer del impugnante que la forma en que terminó recaudándose la experticia obstaba tenerla como base para esa inferencia, pues que la delegación, la misma que permitió que llegase al proceso, tiene asidero en normas (decreto 2749 de 1994) que pugnan con el ordenamiento constitucional, motivo por el que ha debido rehusarse su aplicación (art. 4° C.P.); y a la larga, porque incluso sin miramientos a esa incompatibilidad normativa, la prueba arribó al litigio de manera irregular, en cuanto que la realizó órgano distinto a quien se la encomendó, sin que valga para desdibujar esa notoria irregularidad en su incorporación el auto en que el tribunal tomó provisiones para la obtención de

las muestras por ese órgano diferente, en el cual no reformó el que hubo de decretarla, porque “*el conocimiento*” de la delegación advino sólo cuando así se lo hiciera ver al tribunal.

Y, de otro, en tanto que, según el recurrente, con apenas un indicio grave, dos leves y uno levísimo, el tribunal “no podía aseverar que existía una realidad -vale decir, unas relaciones sexuales entre el demandado y la madre del demandante durante el período legal de la concepción de este-”, ante la cual las afirmaciones contenidas en la contestación de la demanda pudieran reputarse mendaces a fin de deducir otro indicio grave; como que de hacerlo, quebrantaría el precepto 250 del código de procedimiento civil, a cuyo tenor se tiene que el fallador debe apreciar los indicios “en conjunto”, indicios de los cuales, dos por lo menos deben ser graves.

Brilla entonces en la acusación que su soporte total está en el cuestionamiento a la prueba científica. Y es así porque bien se atisba que de su suerte pende la censura toda, pues es inmenso su reflejo en las restantes aristas del cargo que encadenadas vienen a ella, señaladamente en cuanto al reproche que con ahínco forja el censor en la falta de pluralidad de indicios graves, reprobación ésta que, juntamente con otras, no haría pie sino en la medida que sucumba aquella probanza. ¿Qué otra cosa hacer, pues, si no es la de abordar el punto sin pérdida de momento?

Que las pruebas han de recaudarse con observancia estricta de las normas que las gobiernan, es una garantía que goza del mayor aprecio. Tanta verdad encierra este aserto, que veríase como cosa de más toda explicación al respecto. Destácase más bien, para ir derechamente a lo que concierne al asunto de ahora, la importancia que en la materia tiene el decreto de la prueba, dado que con él nacen invaluable derechos para las partes. Pero lo que más importa subrayar hoy, a este propósito, es que desde allí comienza a evitarse las sorpresas que tan mal hieren el derecho de contradicción. Ciertamente: que todos sepan en qué condiciones se producirá la prueba, y subsecuentemente que nadie se llame a engaño. Y que si por el camino se topan escollos, la manera como ellos sean zanjados se haga a la luz del día. Esto último fue lo sucedido aquí. La prueba que desde un principio se pidió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, acabó rindiéndola, dados los tropiezos que en su momento fueron debatidos en presencia de todos, la Universidad Tecnológica de Pereira. Pero, eso sí, nadie, sin reserva de ninguna especie, se quedó sin saberlo de antemano, habida cuenta que hubo pronunciamientos judiciales en ese sentido; y más que saberlo, consintieron en su momento que fuera así, por supuesto que ninguna protesta hubo. Síguese, entonces, que nada inopinado ni sorpresivo puede descubrirse donde hubo aquiescencia. Perspectiva desde la cual queda sin trascendencia si la Universidad en cuestión lo rindió por delegación del también mentado Instituto, o lo fue sin ella. Todo podrá decirse, menos que fue tórbida la producción de

la prueba. Fulgura allí el respeto que hubo por la publicidad y la contradicción de la misma, que, como ya se realizó, es lo descollante. De manera que si la transparencia en el punto no se remite a duda, imperdonable fuera echar a perder el vigor persuasivo que prueba semejante ofrece de ordinario en este tipo de procesos.

Así que esta parte de la acusación carece de feliz suceso. Y secuela obligada de ello es que sigue en pie el indicio que de tal prueba sacó el tribunal; pues como acaba de verse, de ella ha salido bien librado ese primer indicio que pretendía ésta echar a pique, corresponde entonces examinar el otro que, con igual carácter y también blanco de ataque, derivó el juzgador ad-quem de los términos en que la demanda fue contestada; sólo así se ofrecerían argumentos suficientes para saber hasta qué punto no es cierto, cual plantéase en el cargo, que obran en el caso pluralidad de indicios graves para apuntalar la filiación.

En opinión del recurrente, recuérdase, en la ilación del tribunal en procura de extraerlo refulge un error de derecho, pues un indicio grave solitario [el tomado de la prueba genética], junto con dos leves, sumados al otro levísimo que extrajo, no eran suficiente prueba de la realidad, como para que el sentenciador pudiera aseverar, tal como vino haciéndolo, que las afirmaciones del demandado en el libelo mencionado fueron falsas. Vale anotar, elípticamente, si esos indicios, por pocos, básicamente por estar allí tan sólo uno grave, no prueban la realidad, equivocado era

entresacar el que con grado de gravedad establece el precepto 95 del código de procedimiento civil.

Empero, apreciada en esa perspectiva la labor que en el punto verificó el tribunal, no despunta sin embargo yerro de ninguna índole. Y no en razón de que haya obrado conforme a la regla en comento, cuestión que a la postre ningún influjo tiene en el propósito de rechazar la idea de un error, sino porque, cual fácil se lee en el fallo, la inferencia no tuvo como vengero la negación que hizo el demandado del contacto sexual afirmado en los hechos 3 a 5 y 12 del libelo incoativo, sino en su sistemática negativa a aceptar que conoció a la madre y que tuvo trato, por lo menos personal, con ella, cuando en realidad otras probanzas del litigio acusan algo totalmente diferente.

Fueron sus palabras cuando entró a elucidar sobre el punto, que si bien el demandado señaló que *“en ninguna época había existido un trato personal o social”, que permitiera ‘sacar la inferencia con seguridad de unas relaciones sexuales entre ellos’ (Fl. 10 del Cdno Ppal) y tal negativa se encuentra contradicha en los autos con la prueba indiciaria atrás analizada*”; así que, para el tribunal la mentira del demandado surgió no de haber negado las relaciones sexuales con la madre de actor, sino por haber dicho que no la conocía; y desde luego que si la acusación tropieza con semejante obstáculo, pues tiene como apoyo una premisa que no fue la que exactamente tuvo en mientes el tribunal, ninguna probabilidad de éxito puede tener.

El cargo, entonces, en pie ambos indicios graves encontrados por el tribunal, deviene frustráneo; así que restaría sólo establecer si es del caso la rectificación doctrinaria reclamada a cuenta del decreto de oficio que para la recepción de la declaración de la madre del actor dispuso el tribunal, cosa inaceptable, explica la censura, en la medida en que, justamente, según lo dijo a lo largo de la segunda instancia, por ser ella coautora de los hechos que sirven de apuntalamiento a la filiación, no puede mirarse simplemente como un testigo sospechoso a la luz de lo dispuesto por el precepto 217 del código de procedimiento civil; dichas cosas la tornan entonces, conforme al planteamiento presentado por el impugnante, en testigo inhábil conforme al numeral 2° del artículo 216 del código de procedimiento civil; con todo, estima la Corte que tal circunstancia no encuentra acomodo en la inhabilidad que se sugiere.

Hace bien poco tuvo ocasión la Corte de examinar algo semejante, justamente al analizar de cerca la preceptiva del artículo 223 del código civil, alusivo al testimonio de la madre en juicios de impugnación de la paternidad matrimonial. Y si allá, que había norma expresa descalificando la admisión que del adulterio hiciera, la tuvo la Corte por sospechosa mas no por inhábil, menos aun puede hacerse en la filiación extramatrimonial. Por eso, porque viene en mucho al caso, es válido hacer remembranza de lo que entonces se dijo en los siguientes términos:

“A los ojos de la ley se trata de un testimonio en extremo sospechoso, y persuadida anduvo que lo mejor era repulsar en el punto el dicho de la mujer, solución armoniosa con el régimen probatorio imperante a la sazón, en el que el legislador prefería cortar de raíz toda posibilidad de riesgo, adoptando el sistema de la exclusión de testigos.

“Mas, y bien averiguado que lo está, ahora es muy otro el sistema probatorio que rige, inspirado en el principio de la racional apreciación de las pruebas, una de cuyas más elocuentes manifestaciones está, por cierto, en el tratamiento vario de los testigos sospechosos. Bien visto estaba, evidentemente, que dentro del régimen tarifario o legal de pruebas cupiera, entre las tantas fórmulas apriorísticas de que se servía, esta otra que aconsejaba a la ley –al fin de cuentas la encargada allá de la tarea valuativa de las pruebas- eliminar de antemano la versión de las personas en quienes concurre un motivo fundado de sospecha; el dilema se zanjaba a favor de la seguridad probatoria. Y era armonioso por cuanto si, como secuela del régimen, entre otras cosas se predicaba la apreciación numérica de los testigos, más que justificado estaba que la ley tomara la elemental precaución de impedir que esa cifra se completara de cualquier modo, y tanto menos con declarantes en quienes concurriera alguna situación que fundadamente da la idea de que no les será fácil ceñirse a la verdad; así que la ley optó por desoírlos. Hoy, en cambio, ante lo revelador que asoma aquello de que el juez no ha de desdeñar posibilidad alguna en el hallazgo de la verdad y que

la exclusión de testigos puede traducir en última exclusión de justicia, se ve lógico que en vez de descartar el dicho de los sospechosos, lo mejor sea escucharlos y más bien que el juzgador -el que ahora se encarga de la ponderación de las pruebas- los someta a un análisis más drástico. Esto es, el sospechoso ya no es tratado como un inhábil para declarar; simplemente que su versión es recibida con protesta de reserva. Al fin que un testigo sospechoso puede ver y escuchar perfectamente; lo que resta es establecer si en su ánimo pesa más la circunstancia que lo extravía de la verdad y de la neutralidad, y acaba rindiéndose a ella” (Cas. Civ. sent. de 30 de agosto de 2001, expediente 6594).

Despréndese de todo que tampoco en la paternidad extramatrimonial el testimonio de la madre, muy a pesar de todas las objeciones que quepan sobre su credibilidad habida cuenta de la sospecha que en él recae, puede ser desechado irremisiblemente como prueba, pues algo podrá encontrarse en él que resulte de valía para la definición de la paternidad.

El cargo, por las razones anotadas, no progresa.

IV.- 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 que en este asunto profirió el tribunal superior de Manizales el 27 de julio de 1999, materia del recurso extraordinario.

Costas en casación a cargo del recurrente.
Tásense.

Notifíquese y en su momento devuélvase el expediente al tribunal de procedencia.

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

MANUEL ISIDRO ARDILA VELASQUEZ

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

CESAR JULIO VALENCIA COPETE

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA