

**EL ADULTERIO DE LA MUJER COMETIDO EN LA ÉPOCA EN QUE SE PRESUME LA CONCEPCIÓN NO AUTORIZA POR SI SOLO AL MARIDO PARA DESCONOCER LA LEGITIMIDAD DEL HIJO. — IMPOSIBILIDAD FÍSICA PARA TENER ACCESO A LA MUJER. — ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.**

1. —Los cargos por error de hecho o de derecho no pueden consistir en el concepto jurídico, moral o social que se haya formado el Juzgador al estudiar las pruebas, pues nadie puede negar y en múltiples ocasiones lo ha reconocido la Corte que aquel goza de la necesaria autonomía para interpretar los elementos probatorios, especialmente los que consisten en declaraciones de testigos conforme a la ley. El error de hecho o de derecho de que habla el artículo 520 del C. J. es el que contiene o se configura por afirmaciones o negaciones de lo que desvirtúa el contenido de la misma prueba haciéndola aparecer en forma contraria a lo que se ha afirmado o negado. Tal ocurre, por ejemplo cuando un testigo afirma que vio a Pedro el día tal a tal hora en su casa de habitación y el Juzgador al referirse a esa prueba manifiesta que como lo dice el testigo él no vio en esa misma fecha y a esa misma hora en su casa a Pedro. En tal caso hay error de hecho porque entre el si y el no no hay medio. Y este mismo criterio hay que tener en cuenta para determinar el error de derecho dentro de su órbita.

2. —Evidentemente el artículo 215 del C. C. no excluye entre los hechos que pueden probarse para desconocer la legitimidad del hijo el de la imposibilidad física de cohabitación entre el marido y la esposa en la "época en que pudo efectuarse la concepción", pues ello sería absurdo, siendo ésta por si sola suficiente para tal efecto.

Aún desde tiempos antiguos se ha considerado la "imposibilidad física" de la cohabitación entre cónyuges en la época en que conforme a la regla de HIPÓCRATES debe situarse, en el tiempo, la concepción, como el elemento demostrativo absoluto de que el hijo concebido en ausencia del marido no ha sido engendrado por éste y no es fruto del marido, como puede consultarse en los textos de los jurisconsultos romanos, especialmente reproducidos en el Digesto de Justiniano (Digesto-Libro 1, CAPITULO VI, y otros), así como en fuentes griegas y latinas, pero es necesario probar plenamente esa "imposibilidad física" originada en la ausencia y separación absoluta de los cónyuges durante ese tiempo que conforme a nuestro C. C. es de 120 días.

3. —También se ocupó la parte interesada de que probado el adulterio de la mujer durante la época de la concepción conforme a lo preceptuado por la Ley (artículo 215, C, C.) esto no es bastante para la

**impugnación de la legitimidad del hijo y en consecuencia, debe demostrarse el elemento de la imposibilidad física u otro cualquiera plenamente probado que conduzca a demostrar que el actor no es el padre.**

**Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos cincuenta y ocho.)**

**(Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango)**

### **BREVE HISTORIA DEL NEGOCIO**

Jesús María Valdés en demanda fechada el 3 de agosto de 1955, solicitó ante el Juez Segundo del Circuito de Popayán, que con citación y audiencia del menor impúber Armando Valdés Perafán representado por un curador **ad litem** y con intervención de la madre del mismo Ana Mary Perafán Valdés se declare que dicho menor no es su hijo legítimo. Solicita las medidas consecuenciales a dicha declaración.

En los primeros meses de 1945 —afirma el demandante— Jesús María Valdés trasladó su residencia a la ciudad de Cali donde ha habitado en forma permanente y sin haber regresado a Popayán, donde quedó su esposa legítima Ana Mary Perafán a quien no volvió a ver Valdés. El 21 de julio de 1952 nació un niño a la señora Perafán de Valdés en la carrera 4ª entre calles 6ª y 7ª nacimiento que fue registrado en la Notaría Secunda del Circuito de Popayán expresándose que el recién nacido tenía la calidad de hijo natural de la señora Ana, y se le dio el nombre de Armando. Agrega el demandante, que la mencionada señora durante su ausencia hizo vida conyugal con Cayo Guzmán Gómez, con el cual mantuvo relaciones sexuales y vivió bajo el mismo techo no solamente en Popayán, sino en otros lugares del Departamento del Cauca. El 20 de junio de 1955 y por conducto del Juez 1º del Circuito de Cali fue emplazado Valdés para estar a derecho en el juicio por alimentos para el menor Armando, instaurado por la señora Perafán de Valdés, por donde vino a tener conocimiento de la existencia de aquel y del hecho del parto. Dice el demandante que el 27 de junio compareció ante el Juez 2º Civil de Popayán en virtud del emplazamiento y recibió traslado del expediente, agregando que desde esa fecha empezaron a contarse los 60 días que la ley le brinda para impugnar la paternidad.

El curador nombrado al menor Armando Perafán aceptó el hecho del matrimonio de Ana Mary Perafán con Jesús María Valdés en la fecha correspondiente y el de la inscripción del nacimiento de Armando en los términos que se dejan indicados en la Notaría 2ª del Circuito de Popayán y respecto de los hechos restantes manifestó que se atendería a las pruebas que se adujeran en el juicio.

Tramitado el negocio el señor Juez dictó sentencia declarando procedente la impugnación de la paternidad y en consecuencia que el impúber Armando

Perafán no es hijo legítimo de Jesús María Valdés sino hijo natural de la demandante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán revocó en sentencia fechada el 7 de diciembre de 1956 el fallo de primera instancia y en su lugar resolvió que no era el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda"

Interpuso el demandante el recurso extraordinario de Casación el cual ha sido tramitado como lo ordena la Ley procesal hasta el punto de estar para ser decidido por la Corte a lo cual procede, previo examen de las Causales alegadas y de los fundamentos invocados para sustentarla, así como también los argumentos de la impugnación.

### **CAUSALES ALEGADAS**

"ERROR DE HECHO MANIFIESTO Y ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA, DE DONDE SE SIGUE LA VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA NORMA SUSTANTIVA, ARTICULO 213 C.C., POR APLICACIÓN INDEBIDA Y 214 IBIDEM Y 1 DE LA LEY 45 DE 1936, POR FALTA DE APLICACIÓN".

Dice el recurrente en apoyo de este cargo:

"Se invocaron en la demanda y tal fue la interpretación que del libelo hizo el Tribunal, las dos causales alegables en estos juicios: Imposibilidad física.

"El error de hecho evidente de que acuso a la sentencia consistió en dejar de analizar las pruebas. (El testimonio de Laurencio García C. 2 folios 41), y en reconstruir las demás declaraciones testimoniales en forma reñida con la verdad, contrariamente a lo que se lee en el texto del cuaderno de la parte demandante.

"Se trata de un error de hecho, dado que lo que las disposiciones dicen tanto individuales como en conjunto es una cosa enteramente distinta de lo que expresa el respectivo Tribunal".

Entra luego el apoderado de la parte demandante a analizar las declaraciones de Leónidas Luna Hillera (folios 40 v.) y de Laurencio García Vázquez, cuya parte pertinente copia y fundamentalmente son del mismo tenor y concluye: "Y ante tales declaraciones el Tribunal osa decir: "Los testigos se limitan a afirmar proporciones negativas de carácter indefinido que no pueden constarlos de manera personal. Otra cosa fuera que los testigos hubieran declarado sobre el hecho positivo de que durante todos los ciento veinte días en que se presume la concepción del menor Armando Perafán Valdés, permaneció en forma constante y continua en la ciudad de Cali". Luego de las anteriores consideraciones y de otras en que se refiere a las demás pruebas aducidas en el juicio, sostiene el recurrente que el Tribunal erró de hecho en forma flagrante, tanto por haber dejado de examinar pruebas concluyentes, como por haber extraído de las que contempló, conclusiones

reñidas con la realidad y verdad procesales, de donde deduce que el citado Tribunal violó el artículo 214 del C. Civil y el artículo 213 ibídem, éste último por haberlo aplicado indebidamente a una situación no contemplada por él y por falta de aplicación el artículo 1 de la Ley 45 de 1936. Por lo que respecta al error de derecho alegado, la demanda de Casación se produce en los siguientes términos:

"Las mismas disposiciones sustantivas (213 y 214 C. C. y 1. ley 45 de 1936) y de igual manera fueron violadas a consecuencia de un error de derecho en la apreciación probatoria. Este error se produjo dado que conforme al artículo 69 C. J. la declaración de dos o más testigos hábiles que concuerden en circunstancias de modo, tiempo y lugar hacen plena fe, y que el Tribunal a pesar de que en el expediente militan numerosos testimonios que coinciden en su identidad, fundamentación, circunstancias de modo tiempo y lugar expresan que Valdés estuvo ausente de su esposa durante el término del artículo 92 se declaró no convencido de la realidad física.

"En los juicios de impugnación de la paternidad agrega el demandante en casación— es admisible todo medio probatorio reconocido en la ley, esto es hay completa libertad probatoria. El testimonio es, por tanto, plenamente admisible. De este modo se hallan acreditados los extremos para que opere la tarifa legal expuesta en el artículo 697. Y a pesar de esto, posiblemente por la prevención (sic) con que el negocio fue estudiado por el Tribunal, se absolvió al demandado. Se le negó a las probanzas (declaraciones de testigos) el valor que la Ley consagra, y tras de ellos se dejó de aplicar el artículo 214 C. C; se aplicó indebidamente el 213 ibídem y dejóse de aplicar el 1 de la ley 45 de 1936".

#### **Se considera:**

Los cargos por error de hecho o de derecho no pueden consistir en el concepto jurídico, moral o social que se haya formado el Juzgador al estudiar las pruebas, pues nadie puede negar y en múltiples ocasiones lo ha reconocido la Corte que aquel goza de la necesaria autonomía para interpretar los elementos probatorios, especialmente los que consisten en declaraciones de testigos conforme a la Ley. El error de hecho o de derecho de que habla el artículo 520 del C. J. es el que contiene o se configura por afirmaciones o negaciones de lo que desvirtúa el contenido de la misma prueba haciéndola aparecer en forma contraria a lo que se ha afirmado o negado. Tal ocurre, por ejemplo cuando un testigo afirma que vio a Pedro el día tal a tal hora en su casa de habitación y el Juzgador al referirse a esa prueba manifiesta que como lo dice el testigo él no vio en esa misma fecha y a esa misma hora en su casa a Pedro. En tal caso hay error de hecho porque entre el sí y el no no hay medio.

Y este mismo criterio hay que tener en cuenta para determinar el error de derecho dentro de su órbita.

Las declaraciones invocadas por recurrente en forma especial dicen: (Se copia la parte pertinente de una de ellas, la más favorable a la tesis del demandante)

"Laurencio García Vásquez (fols 41) dice: Hace al rededor de nueve años conozco de vista, trato y comunicación, al señor Jesús María Valdés, quien ocupó con su taller de sastrería un local en la casa donde habita mi familia en esta ciudad de Cali, en la Calle 8ª con las Carreras 10 y 12...Por el conocimiento que tengo del señor Valdés, me consta que el mencionado operario de sastrería vive en esta ciudad de Cali, en forma continua y permanente, desde hace más de nueve años, cinco de los cuales vivió en el local de la casa de mi familia en esta ciudad...Es verdad y me consta que el señor Valdés casado con la señora Ana Mary Perafán, ésta residente en Popayán, vive en Cali en forma continua desde hace más de nueve años; que por tal circunstancia el mencionado Valdés tiene su residencia y vecindad en esta ciudad de Cali, sin que yo sepa o me conste que el señor Valdés y su esposa hayan vuelto a tener relaciones de ninguna índole, pues es cierto que dicho Valdés ha permanecido en forma continua dedicado a sus labores de sastrería, en esta ciudad de Cali.

No aparece, pues ni de esta declaración ni de ninguna de las que vinieron a los autos que les conste que no han tenido relaciones conyugales Valdés y la s señora Perafán en los últimos nueve años, sino que no les consta que las hayan tenido, lo que es fundamentalmente distinto. No aparece por lo tanto que los conceptos del Tribunal invocados por el recurrente hayan tergiversado los hechos dando lugar a errores de hecho. Para mayor abundamiento, existen en el proceso declaraciones que contradicen la afirmación de la ausencia total de Popayán durante nueve años y de acuerdo con las cuales los declarantes vieron y saludaron y hablaron con Valdés en Popayán en, las fechas que ellos mismos indican, especialmente correspondientes a 1954, segundo semestre y otros simplemente afirman que Valdés estuvo en distintas épocas en la mencionada ciudad anteriores al 20 de junio de 1955, fecha en que fue citado en Cali para estar a derecho en el juicio de alimentos que le promovió su esposa, ante el Juez 2º del Circuito de Popayán. Por tanto la Corte rechaza el cargo.

## **SEGUNDO CARGO**

"VIOLACIÓN DEL ART. 215 DEL CÓDIGO CIVIL POR INTERPRETACIÓN ERRÓNEA".

Para sustentar este cargo el recurrente dice lo siguiente: "En el orden propuesto de estudio de la sentencia a continuación de la causal "imposibilidad física" se contempla la "imposibilidad moral". Y al formular el presente cargo sostengo que el citado artículo 215 C. C. es una disposición eminente sustantiva, dada su trascendencia y su función de disciplinar una situación jurídica de la importancia de la condición de hijo legítimo. Y que ha sido trasgredido por una errada interpretación. "El Tribunal entiende que los hechos que pueden llevar a la certeza de la ilegitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, no pueden ser jamás los que sustenten la causal "imposibilidad física del artículo 214, pues de lo contrario afirma él paladinamente carecería de sentido el artículo 215 como

disposición autónoma que contempla un caso especial "sui generis". Afirma el demandante en casación que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 215 C. C. cuando dijo: "Probado el adulterio de la mujer durante la época en que se presume la concepción es indispensable, para establecer la causal de imposibilidad moral de cohabitación que se viene estudiando (o sea la del adulterio de la mujer anota la Corte), establecer debidamente "cualquiera otros hechos conducentes a justificar que el marido no es el padre. Estos hechos como ya se advirtieron, han de ser distintos de la imposibilidad física, porque de lo contrario sobraría en absoluto el artículo 215 del C. Civil". Dice el recurrente que de la lectura del artículo 215 C. C. se desprenden las siguientes consecuencias:

"a) El adulterio cometido durante la época en que pudo tener lugar la concepción es la base para admitir que el marido traiga al proceso otros datos que permitan concluir que no es suyo el hijo dado a luz por su esposa.  
"b) El adulterio no es por sí sólo prueba plena de la ilegitimidad es simplemente la llave que permite abrir la puerta por donde han de entrar otros hechos que contribuyen al resultado negativo;  
"Esas otras pruebas, esos otros datos y hechos que agregados al adulterio mueven la convicción de la ilegitimidad del hijo son "cualquiera";  
"d) La Ley en esta materia obra con una gran amplitud, pues no precisa cuáles son esos otros hechos, no circunscribe su lista a un catálogo exhaustivo, ni siquiera entre (sic) en enumeración, exigiendo solamente que tales hechos tengan conexión con el adulterio y que por su naturaleza, gravedad y precisión conduzcan a la certidumbre de que por razón de dicho adulterio se ha llevado a la familia a un elemento extraño, que el nuevo ser no responde de la paternidad del marido".

#### **La Corte considera:**

El artículo 215 del C. C. reza lo siguiente "El adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre".

Evidentemente esta disposición no excluye entre los hechos que pueden probarse para desconocer la legitimidad del hijo el de la imposibilidad física de cohabitación entre el marido y la esposa en la 'época en que pudo efectuarse la concepción' pues ello sería absurdo, siendo ésta por sí sola suficiente para tal efecto, lo que dijo el Tribunal es que si existiera la prueba adecuada de este hecho es decir, de la imposibilidad física ella sola por sí bastaría, pero que no habiendo tal prueba, es necesario complementar la relacionada con el adulterio con la demostración de cualesquiera "otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre", que en este caso tendrían que ser distintos de los de la ausencia continua y absoluta que conforme a la apreciación del Tribunal no fue probada debidamente.

No es operante el cargo y por tanto la Corte lo rechaza.

### **TERCER CARGO**

"ERROR DE HECHO MANIFIESTO Y ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS, DE DONDE SE DERIVO VIOLACIÓN DEL ARTICULO 215 C. C, POR FALTA DE APLICACIÓN, DEL 213 POR APLICACIÓN INDEBIDA Y DEL 1. DE LA LEY 45 DE 1946 POR".

Dice el recurrente para sustentar este cargo que "el Tribunal interpretó acomodaticia y parcialmente los 22 testimonios que sobre imposibilidad moral de acceso de Valdés a la Perafán se llevaron al juicio". A continuación hace un análisis de 21 de las declaraciones a que se refiere con indicación del nombre de cada declarante y del resumen de su deposición, de lo cual resulta que está plenamente probado el adulterio de la mujer en la época de la concepción, de donde concluye que es operante la acusación de violación de las disposiciones citadas especialmente del artículo 215 del C. C. por error de hecho manifiesto y error de derecho en la apreciación de los citados testimonios.

Pero ocurre que el Tribunal con base en las declaraciones de que se trata dio por probado el adulterio de la mujer en la época de la Concepción del hijo y si no hizo las declaraciones solicitadas en la demanda fue precisamente porque no es suficiente el adulterio de la mujer para decretar la ilegitimidad, aunque dicho adulterio se haya perpetrado en la época de la concepción. En otros términos el Juzgado estuvo en un todo de acuerdo con lo que sostiene el recurrente sobre validez de la prueba testimonial analizada en este tercer cargo para acreditar dicho adulterio en la época indicada; sólo echó de menos la prueba de ese otro hecho o hechos que exige el artículo 215 para llegar al resultado demandado.

No está establecido el cargo y por tanto se rechaza.

### **CONCLUSIÓN**

Aún desde tiempos antiguos se ha considerado la "imposibilidad física" de la cohabitación entre cónyuges en la época en que conforme a la regla de HIPÓCRATES debe situarse, en el tiempo, la concepción, como el elemento demostrativo absoluto de que el hijo concebido en ausencia del marido no ha sido engendrado por éste y no es fruto del marido, como puede consultarse en los textos de los jurisconsultos romanos, especialmente reproducidos en el Digesto de Justiniano (Digesto Libro 1, CAPITULO VI, y otros), así como en fuentes griegas y latinas, pero es necesario probar plenamente esa "imposibilidad física" originada en la ausencia y separación absoluta de los cónyuges durante ese tiempo que conforme a nuestro C. C. es de 120 días y aun cuando la parte demandante lo intentó el Tribunal encontró deficiente la prueba con un criterio ajustado a las normas procesales y a la jurisprudencia. También se ocupó la parte interesada de probar el adulterio de la mujer durante la misma época, lo que consiguió en concepto del Tribunal, pero conforme a lo preceptuado por la Ley (artículo 215 C. C.) esto no es bastante para la impugnación de la legitimidad del hijo y en consecuencia, faltando el elemento de la imposibilidad física u otro cualquiera plenamente probado que conduzca a demostrar que el señor Valdés no es el padre de Armando Valdés Perafán.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso y condena en costas al recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

**Alfredo Cock Arango. — Ignacio Escallón. — José Hernández Arbeláez. — Armando Latorre Rizo. — Arturo C. Posada. — Arturo Valencia Zea. — Jorge Soto Soto, Secretario.**