



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada ponente

SC426-2023

Radicación n.º 11001-31-10-010-2002-01206-01

(Aprobado en sesión de veinticinco de septiembre de dos mil veintitrés)

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Se decide el recurso de casación formulado por Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda contra la sentencia de 26 de agosto de 2020, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de investigación de paternidad que adelantó en su contra Martha Serna Arbeláez, quien actuó en representación de sus entonces hijos menores, Juan David y José Luis Serna Arbeláez.

I.- ANTECEDENTES

1.- Se solicitó en la demanda declarar que el convocado es el padre biológico de Juan David y José Luis Serna Arbeláez. En consecuencia, se le condene al pago mensual de alimentos congruos desde el 22 de agosto de 1985, fecha de nacimiento de ellos, hasta que se dicte sentencia, así como con

posterioridad, en una proporción equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las sumas que perciba por concepto de sueldos y rentas¹.

2.- Para sustentar las súplicas, se expuso en la demanda²:

Martha Serna Arbeláez mantuvo relación íntima con el accionado durante el período comprendido entre noviembre de 1982 y octubre de 1985. De dicha unión, el 22 de agosto de 1985, nacieron los mellizos Juan David y José Luis, y debido a complicaciones en el parto, Juan David sufrió una lesión cerebral que repercutió en su desarrollo.

En el año 1987, la madre de los menores había promovido un proceso de filiación ante el Juzgado Primero de Menores de Bogotá y aunque durante ese juicio el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió un certificado demostrativo de la compatibilidad genética entre las partes, la sentencia emitida fue adversa a los intereses de los demandantes.

Con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 721 de 2001, se determinó que los fallos judiciales en materia de filiación debían fundamentarse en la prueba técnica de ADN, cuya tasa de confiabilidad es del 99.9%, sobre la posibilidad de la relación filial reclamada.

El demandado les ha negado a sus hijos *«las oportunidades a las que como niños y seres humanos tienen derecho, siendo su*

¹ Cuaderno Juzgado Martha Serna Arbeláez (1).pdf. Folio 6.

² Cuaderno Juzgado Martha Serna Arbeláez (1).pdf. Folio 5.

indiferencia y su negativa a cumplir sus deberes como padre, el maltrato, la discriminación y marginación a la que ha sometido a sus hijos, Juan David y José Luis, en abierta violación de los derechos de sus hijos».

3.- Por auto del 3 de febrero de 2003 se admitió la demanda y se decretó la práctica de la prueba genética de ADN a las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 8° de la Ley 721 de 2001.

4.- El convocado contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y excepcionó «*Falta de legitimación pasiva del demandado*», argumentando que no es el padre de Juan David y José Luis, tal como se indicó en la sentencia proferida el 26 de julio de 1988 por el Juzgado Primero Civil de Menores de Bogotá, la cual hizo tránsito a cosa juzgada³.

Además, formuló la excepción de cosa juzgada, para que se tramitara como previa, aduciendo que la demandante ya había promovido otra acción similar en su contra, por los mismos hechos y pretensiones, acción que fracasó, sin que se hubieran presentado recursos contra lo decidido; y aseveró que como el mencionado fallo adquirió fuerza de cosa juzgada, es definitivo y no puede modificarse, ni siquiera so pretexto de aplicar una ley ulterior⁴.

5.- El 21 de mayo de 2003, el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá declaró probada la excepción previa de cosa juzgada y dispuso la terminación del proceso⁵.

³ Cuaderno Juzgado Martha Serna Arbeláez (1).pdf. Folios 17 a 20.

⁴ Cuaderno Juzgado Excepción Previa. Martha Serna Arbeláez (2).pdf. Folios 1 a 4.

⁵ Cuaderno Juzgado Excepción Previa. Martha Serna Arbeláez (2).pdf. Folios 28 a 31.

6.- Contra esa determinación, José Luis Serna Arbeláez, actuando en su propio nombre y en representación de su hermano Juan David, instauró acción de tutela, con el objetivo de que se revocara y, en su lugar, se ordenara continuar el trámite del proceso⁶. Argumentó que, si bien en el primer juicio se desestimó el *petitum* invocado, para el momento en que se tramitó el segundo ya se encontraba vigente la Ley 721 de 2001 que exige la práctica de la prueba de ADN; por lo tanto, el *a quo* debió declarar infundada la referida excepción.

La acción constitucional fue declarada improcedente, mediante fallo del 24 de abril de 2017 emitido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, decisión confirmada por esta Corporación el 24 de julio de 2017.

No obstante, la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional en sentencia **T-249 de 2018**⁷, revocó los fallos proferidos en ambas instancias; y en su lugar, decidió: **i)** conceder «*el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia, al estado civil, a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y a la dignidad humana de los hermanos Juan David y José Luis Serna Arbeláez*»; **ii)** dejar sin efecto la providencia de 21 mayo de 2003 en la que se dio por terminado el proceso de filiación extramatrimonial y; **iii)** ordenar al despacho practicar y valorar la prueba científica de ADN.

⁶ Radicado 110012210000-201600820-00.

⁷ Cuaderno Juzgado Martha Serna Arbeláez (1).pdf. Folios 70 a 101.

7.- En cumplimiento de la orden emitida por la Corte Constitucional, el 27 de julio de 2018 el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, dispuso que las partes debían practicarse la prueba de ADN⁸; sin embargo, pese a las múltiples oportunidades en que se citó al señor Pájaro Peñaranda para acudir al centro médico elegido, siempre fue renuente a comparecer.

8.- Mediante sentencia del 12 de diciembre de 2019, el *a quo*, desestimó la excepción de «*Falta de legitimidad pasiva del demandado*», y declaró que Nicolás Pájaro Peñaranda es el padre extramatrimonial de Juan David y José Luis Serna Arbeláez; en consecuencia, lo condenó «*a pagar por concepto de alimentos a su hijo JUAN DAVID SERNA ARBELÁEZ la suma mensual de \$2.000.000 de pesos (...)*», y ordenó oficiar a la Registraduría para la correspondiente inscripción del fallo en el registro civil de nacimiento de los accionantes⁹.

9.- La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó el fallo de primera instancia¹⁰, que fue impugnado por el convocado.

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

En síntesis, los argumentos que orientaron la decisión de segunda instancia fueron los siguientes:

⁸ Cuaderno Juzgado Martha Serna Arbeláez (1).pdf. Folio 103.

⁹ Cuaderno Juzgado Martha Serna Arbeláez (1).pdf. Folios 300 a 308.

¹⁰ Cuaderno Tribunal 03.pdf. Folios 61 a 83.

1.- La defensa del impugnante gravitó sobre el instituto de la cosa juzgada y la vulneración de sus garantías constitucionales, al haberse tramitado el proceso sin tener en cuenta que mediante sentencia de 26 de julio de 1988 ya se había definido que no es el padre de los demandantes y que por ello no podía ser obligado a practicarse la prueba científica de ADN, pues el recaudo de ese medio probatorio resultaría afectado de nulidad.

En el *sub judice*, no existe reparo en cuanto a la identidad jurídica de partes y de objeto entre el proceso que culminó con sentencia del 26 de julio de 1988 y el presente, toda vez que en los dos fueron convocantes Juan David y José Luis Serna Arbeláez y convocado Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda; en cuanto al objeto también se presenta un paralelismo, pues su finalidad común fue que se declarara al demandado padre biológico de los hermanos Serna Arbeláez; en lo que no existe identidad es en la causa, *«pues entre los fundamentos fácticos del primer proceso a los del presente, no existe esa coincidencia»*, y ello desvirtúa la cosa juzgada.

En el asunto actual, los demandantes señalaron que el 22 de julio de 1987, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió certificación sobre los exámenes practicados, *«que arrojaron como resultado “compatibilidad” genética entre las partes del proceso» (hecho 5º) y que “[e]n el 2001, el legislador expidió la Ley 721, conforme a la cual se prescribe que solo la prueba técnica de ADN será el fundamento de los fallos judiciales sobre la filiación extramatrimonial, prueba de naturaleza científica que arroja una confiabilidad del 99,9%*

sobre la posibilidad de la relación filial reclamada” (hecho 7º). En ese orden, como la Ley 721 de 2001 determinó que en los juicios de esta clase debe practicarse forzosamente la prueba de los marcadores genéticos de ADN, dada la confiabilidad de su resultado, constituye un instrumento científico de incalculable valor en la investigación de la filiación que no existía para 1988.

2.- Aunque el apelante aseguró que el ADN se erige como una prueba y no como un hecho nuevo, esa diferenciación no es admisible, pues en materia de filiación, la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, han indicado que *«en los tiempos modernos, el ADN, si bien es una prueba, impacta a la causa como identidad de la cosa juzgada. La tensión que se presenta entre la filiación y la cosa juzgada frente a la aparición de las pruebas biológicas, se resuelve en favor de la filiación por encontrarse comprometidos valores constitucionales inalienables, la protección de la familia como institución básica de la sociedad, el reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona, la igualdad y el debido proceso»*.

En soporte de esta aseveración, se cita jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación (SC1175-2016 y SC9226-2017) y constitucional (STC12118-2016 y STC685-2019), así como de la Corte Constitucional (T-352 de 2012 y T-249 de 2018), y se afirma que decisiones emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires -Argentina, así como la doctrina foránea, se encuentran en consonancia con dichos planteamientos.

3.- No es de recibo el argumento referente a que la Ley 721 de 2001 no puede aplicarse retroactivamente, por cuanto, precisamente, es el advenimiento de dicha ley lo que derrumba la cosa juzgada al tratarse de «*una causa jurídica próxima que no coincide con la remota*».

En el proceso iniciado en el año 2002, se invocó la prueba de ADN como la causa próxima de obligatoria práctica en asuntos filiatorios conforme a la Ley 721 de 2001, la cual no existía para el año 1988, de manera que, aun cuando la causa remota en ambos procesos continúa siendo la misma, es decir que el demandado es el padre de los demandantes, las causas próximas que las motivaron son disímiles y determinadas por una actividad probatoria de origen legal que lleva a supuestos fácticos distintos y a la consecuente inexistencia de la cosa juzgada.

4.- Desde una óptica *ius fundamental*, debe tenerse en cuenta que, para la época en que se dictó el primer fallo, el orden constitucional era distinto al actual. De suerte que la demanda promovida en 2002 se encuentra permeada por otros valores constitucionales, ante los nuevos derroteros establecidos en esa materia, debe prevalecer la búsqueda de la verdad en la consolidación de las garantías superiores como la personalidad jurídica, la dignidad humana, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, el derecho al estado civil y el derecho a conocer con certeza la identidad de los progenitores.

La introducción de la prueba de ADN modificó completamente el panorama fáctico de los procesos de filiación

adelantados en precedencia, y la figura de la cosa juzgada en estos asuntos es un tema tan relativo que, incluso, el párrafo transitorio del artículo 14 de la Ley 1060 de 2006, brindó la posibilidad a quienes obtuvieron sentencias desfavorables por caducidad en trámites de impugnación de maternidad o paternidad, para que, dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a su entrada en vigencia, pudieran demandar nuevamente y por una sola vez.

5.- El salvamento de voto de la sentencia T-249 de 2018 y la aclaración realizada al auto A024 de 2019 que resolvió el incidente de nulidad a dicha sentencia, referidos por el impugnante, no resultan vinculantes por corresponder simplemente a un disenso frente a la posición mayoritaria de la Sala en que se profirió.

6.- También es infundada la solicitud de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 133 del Código General del Proceso, toda vez que la primera sentencia que se dictó en este juicio quedó sin efectos por disposición del fallo T-249 de 2018 de la Corte Constitucional.

7.- Ni los fundamentos jurisprudenciales que tuvo en cuenta el *a quo* para acceder a la pretensión filiatoria, ni la declaración derivada de la renuencia del accionado a practicarse la prueba de ADN, fueron objeto de impugnación en la alzada. Por lo tanto, siguiendo los apremios contemplados en los artículos 320 y 328 *ejusdem*, no le está permitido al superior referirse a dichos temas en segunda instancia, lo contrario significaría rebasar los límites de su competencia,

pues está facultado para examinar la cuestión decidida únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante.

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

El accionado formuló dos cargos contra la sentencia del Tribunal, con soporte en las causales primera y segunda del artículo 336 del Código General del Proceso, los cuales se estudiarán de manera conjunta dada la afinidad de los argumentos en que se apoyan y de las consideraciones que habrán de efectuarse para su resolución.

IV.- PRIMER CARGO

Se alega violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 1º, 2º y 8º de la Ley 721 de 2001, artículo 14 y su párrafo de la Ley 1060 de 2006, y artículo 406 del Código Civil; y por falta de aplicación, de los preceptos 29 y 58 de la Constitución Política, 303 del Código General del Proceso y 403 del Código Civil.

Para sustentarlo, en resumen, expuso el recurrente:

1.- Respecto a las consideraciones del Tribunal en lo atinente a la *causa petendi*, debe tenerse en cuenta que una cosa es la causa, constituida por los hechos en que se fundamenta el *petitum* de una demanda, para el caso concreto, las relaciones sexuales que se aducen a fin de que se declare la paternidad del demandado, y otra, muy distinta, la prueba o

conjunto de medios persuasivos cuya práctica se solicita para dar certeza al juez acerca de la razón fáctica en que se apoya el pedimento impetrado. En este asunto, no se aprecia discrepancia con respecto a la identidad de la causa *petendi* entre la demanda instaurada por los actores en el 2002 y en la que dio origen al proceso que concluyó con la sentencia del 26 de julio de 1988, pues ambas se apoyaron en la causal prevista en el ordinal 4 del artículo 6 de la Ley 75 de 1968, que no sufrió cambio alguno con la Ley 721 de 2001.

2.- Conforme al artículo 303 del Código General del Proceso, para que una sentencia ejecutoriada tenga fuerza de cosa juzgada requiere la convergencia de varios elementos, a saber: *i)* que se hubiera dictado dentro de un proceso contencioso; *ii)* que lo pretendido en ambos casos coincida, como es que se declare la paternidad del demandado, *iii)* que la causa sobre la que se erija uno y otro sea idéntica, para el caso, la existencia de relaciones íntimas; y, *iv)* que exista identidad jurídica de partes. En este asunto se acreditó la presencia de todos esos supuestos.

3.- Sobre el alcance de los artículos 1º, 2º y 8º de la Ley 721 de 2001, si bien la prueba de ADN tiene como función principal la de brindar certeza frente al vínculo biológico entre padres e hijos, en ningún momento se erige como la *causa petendi* de la pretensión principal, sino que es de carácter exclusivamente probatorio, pues «*la finalidad de las normas mencionadas es que se pruebe la filiación o vínculo entre padres e hijos, vínculo natural y biológico de toda persona humana, fruto de las relaciones sexuales*». Como la mencionada ley no suprimió ni sustituyó las

causales consagradas en el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, ni constituyó una distinta, el resultado de esa prueba es simplemente otro elemento de convicción para acreditar la citada causal.

Al margen de lo anterior, sin desconocer la naturaleza técnica y científica de la prueba de ADN, la misma no podía aplicarse en el *sub lite*, toda vez que la pretensión filiatoria ya había sido negada en la sentencia calendada el 26 de julio de 1988, que hizo tránsito a cosa juzgada, por lo tanto, sus efectos resultaban intangibles.

Si la prueba de ADN regulada en la Ley 721 de 2001 se instituyó para los asuntos ventilados después de su entrada en vigencia, *«es obvio que en 1988, cuando se profirió el fallo del 26 de julio a favor del aquí demandado, aquélla no podía tener aplicación, pues la referida ley no puede retrotraerse a litigios que concluyeron antes de que tal normativa ingresara en el mundo jurídico»*. Por lo que el Tribunal al edificar su decisión en la Ley 721 de 2001, con soporte en las sentencias STC-12118 de 2016 y STC-685 de 2018, desconoce el principio de aplicación de las leyes en el tiempo, pues ello implicaría que todas las sentencias dictadas con anterioridad a la mentada ley perdieran su fuerza ejecutoria cuando se solicite la práctica de los marcadores genéticos, con violación del debido proceso y afrenta al principio de cosa juzgada.

4.- En ese orden, es inaceptable que después de trece (13) años de haberse proferido la sentencia que negó el *petitum* de los actores, se hubieran soslayado los efectos de la *cosa juzgada* al reabrir un debate finiquitado, pues, tanto la

jurisprudencia patria como de la doctrina universal, han sostenido *«que la identidad de la causa petendi debe buscarse en el contenido de los hechos en que se funda el derecho pretendido en los correspondientes libelos incoativos de cada proceso»*.

Igualmente, es equivocada la afirmación del Tribunal respecto a que la prueba de ADN *«impacta a la causa como identidad de la cosa juzgada»*, pues aquella solo es un medio demostrativo, más no una de las causales de paternidad establecidas en la Ley, que en este caso concierne a las relaciones sexuales. Por lo tanto, *«[l]a prueba técnica de ADN, dado su específico propósito de investigar la filiación, no es conducente para establecer la disimilitud de los hechos constitutivos de la causa petendi (relaciones íntimas o sexuales) del primer proceso con los del posterior»*.

5.- Pese a que en el escrito de demanda se invocó llanamente la prueba técnica de ADN, el Tribunal le otorgó el calificativo de *«causa próxima»* para encajarla dentro del presupuesto de la identidad de causa que se requiere para la configuración de la cosa juzgada. La alusión a pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios referentes a la *causa petendi*, permite inferir que el *ad quem* confundió la causa fundamental de este litigio con el acervo probatorio, lo que resulta inadmisibile si se tiene en cuenta que, bajo ese tenor, cualquier proceso judicial podría revivirse cuando aparezcan o se esgriman nuevas pruebas.

6.- En este evento no son aplicables las sentencias SC1175 de 2016 y SC9226 de 2017, transcritas por el *ad quem*, pues se refieren a procesos de impugnación de paternidad y *«si bien es cierto que tales procesos se iniciaron antes de que empezaran a*

regir las Leyes 721 de 2001 y 1060 de 2006, también lo es que sus debates se prolongaron en el tiempo y se desarrollaron con actuaciones posteriores, cuando ya habían empezado a regir esas normativas jurídicas a las cuales tuvieron que sujetarse obligatoriamente las partes», en cambio, este asunto se refiere a una declaración de paternidad extramatrimonial que había sido resuelta de manera definitiva desde 1988. En consecuencia, al haberse atendido el *ad quem* a casos que no guardan relación con el presente, violó las normas invocadas en esta causal.

Por otra parte, en la providencia T-352 de 2012 citada por el Tribunal, el demandado accedió voluntariamente a practicarse la prueba de ADN, a pesar de contar con una sentencia previa a su favor, haciendo que para él sí desaparecieran los efectos de la cosa juzgada, pero no acontece lo mismo en el *sub lite*, ya que el convocado jamás renunció a la decisión adoptada el 26 de julio de 1988, y tampoco aceptó practicarse la referida prueba.

Frente a lo expuesto en la sentencia T-249 de 2018, por la cual la Corte Constitucional dejó sin efecto el proveído que declaró probada la excepción previa de *cosa juzgada* en el presente asunto, debe tenerse en cuenta que a la entrada en vigencia la Ley 721 de 2001, en los procesos de filiación el juez debía decretar la prueba de ADN siempre que se tratara de situaciones no consolidadas o pendientes de resolver, pero no en casos en los que ya se hubieren proferido decisiones con fuerza de cosa juzgada, de ahí que, al haberse decretado la prueba de ADN en este juicio, se incurrió en un «segundo e

indebido proceso de juzgamiento» que, por contera, se tornaba en un proceso nulo *ipso iure*.

7.- El *ad quem* aludió a jurisprudencia y doctrina foráneas para sustentar su decisión, desconociendo que este caso debe resolverse bajo la óptica de la legislación colombiana.

8.- Al ser sometido el demandado a este nuevo proceso, se transgredió el artículo 29 de la Constitución Política, por haber sido juzgado dos veces por el mismo hecho, en una clara afrenta al principio *non bis in ídem*.

V.- SEGUNDO CARGO

Se aduce transgresión indirecta por errores de hecho manifiestos y trascendentes, «*por falta de aplicación*» de los artículos 14, 164 y 303 del Código General del Proceso, 4°, 29 y 58 de la Constitución Política, 403 del Código Civil; y «*por aplicación indebida*», de los artículos 1°, 2° y 8° (parágrafo 1°) de la Ley 721 de 2001, ordinal 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, artículos 92, 406, 422 del Código Civil, 74 (numerales 4° y 5°) y 386 (numeral 2°) del Código General del Proceso, y 95 de la Constitución Política.

En sustento, expuso el impugnante:

1.- El ataque es parcial frente a las conclusiones del Tribunal, al compartir los argumentos esbozados frente a la identidad de partes y de objeto dentro de los dos procesos de filiación; la discrepancia se centra en el análisis que se hizo de

la cosa juzgada, al no haber encontrado semejanza en la causa que cimentó cada uno de esos trámites, que se circunscribió al numeral 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, es decir, a las relaciones sexuales sostenidas entre el demandado y la progenitora de los actores.

La identidad de la causa se deduce del cotejo de los fundamentos fácticos plasmados en la sentencia del 26 de julio de 1988, con los de la demanda que dio origen a este proceso, pues en ambas se afirmó que Martha Serna Arbeláez y Nicolás Pájaro Peñaranda mantuvieron relaciones íntimas para la época de la concepción, e incluso después. Además, en los fundamentos de derecho de la radicada en 2002, la pretensión se apoyó únicamente en los lineamientos de la Ley 75 de 1998, de manera que,

Si el Tribunal hubiera apreciado correctamente los fundamentos fácticos de ambas demandas, confrontándolos como correspondía, no habría concluido, como lo hizo, que no se da entre ellas identidad de causa petendi, pues siendo las relaciones sexuales aducidas por los actores en una y otra la única razón de pedir directamente relacionada con la causal de paternidad que a su turno ellos invocaron para sacar avante su pretensión (ordinal 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968), dicho sentenciador no podía ignorarla para inmiscuirse en la búsqueda de una causa diferente (...).

En esa medida, la variación de la causa petendi en la segunda demanda debe estar necesariamente vinculada con la agregación de hechos que impliquen, dentro del marco normativo del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, la sustitución de la causal de paternidad invocada por otra de las allí contempladas, lo que no ocurrió en el asunto que se examina, ya que tanto en la primera como en la segunda demanda se invocó como causal la contemplada en el ordinal 4 del artículo 6° de la Ley 75 de 1968 (...), lo que se traduce en que no hubo variación alguna de la causa petendi.

El «*impacto sobre la causa*» que dedujo el Tribunal del hecho séptimo de la segunda demanda es alejado de la realidad

probatoria, toda vez que las causales consagradas en el artículo 6° de la Ley 75 de 1968 no sufrieron ninguna variación con la expedición de la Ley 721; así lo entendieron los accionantes al citar la Ley 75 entre los fundamentos de derecho de su pretensión, y en la narración de los hechos 1° y 2° de su última demanda al referir la existencia de *«relación íntima» entre su madre y el presunto padre, agregando que ellos fueron concebidos “como fruto de esta relación”...»*.

Por lo anterior, tanto la mención de la expedición de la Ley 721 de 2001 como la alusión a la obligatoriedad de la prueba de ADN que citaron los actores en su segunda demanda era intrascendente e inútil; sin embargo, el Tribunal al inmiscuirse en la búsqueda de una causa diferente, distinta de la que en ejercicio de su legítimo y exclusivo derecho señalaron los actores, incurrió en el grave error de hecho denunciado y en esa medida, resulta contraria al contenido de las pruebas la conclusión referente a que no se configuró el fenómeno de la cosa juzgada *«error probatorio este último que llevó al sentenciador a dejar de aplicar el artículo 303 del C. G. del P. al no emitir la declaración correspondiente que este le imponía (cosa juzgada), y a darle indebida aplicación al artículo 1° de la Ley 721 de 2001 al no tener en cuenta que como en el segundo proceso de filiación se da, respecto del anterior, identidad jurídica de partes, de objeto y de causa, no podía avalar, como en efecto lo hizo, la prueba de ADN decretada por el a quo»*.

2.- La confusión entre medio probatorio y causa, es producto del error de hecho manifiesto y trascendente en que incurrió el tribunal al apreciar la demanda de 2002, cuyo contenido no requería interpretación por ser claro; de modo que la tergiversó al afirmar que en esta *«se invocó como causa próxima*

de la pretensión la existencia de la prueba de ADN», pues tal aseveración no fue efectuada por los demandantes, sino que el fallador de segunda instancia agregó el calificativo de «*causa próxima*» a la prueba científica de ADN, lo cual constituye error de hecho por adición o añadidura al texto de la demanda. Si el sentenciador no hubiera incurrido en ese yerro fáctico, habría concluido que la causa de la segunda demanda es idéntica a la de la primera y habría declarado la existencia de cosa juzgada.

3.- Se presentó error de hecho manifiesto en la valoración de la copia de la sentencia del 26 de julio de 1988 obrante en el expediente, de haberla apreciado correctamente, el juzgador habría advertido que los actores fueron vencidos en el primer proceso en su condición de legítimos contradictores y que esa decisión les era oponible, «*por ende, carecían de legitimidad o facultad para replantear la misma contienda judicial por virtud del fenómeno consumado de la cosa juzgada con efectos definitivos y erga omnes, razón por la cual la sentencia del 26 de agosto de 2020 se habría producido en sentido contrario*».

4.- Las constancias de inasistencia a la práctica de la prueba de ADN, así como los testimonios rendidos en la audiencia de instrucción del 28 de noviembre de 2019 por Martha y Rosa María Serna Arbeláez y Teresa Arbeláez Restrepo, al igual que la presunción de paternidad fueron producidas en un segundo e indebido juzgamiento, con desconocimiento, por falta de aplicación, del artículo 29 de la Constitución, según el cual, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho o causa, al igual que de los cánones 14, 164 y 166 del Código General del Proceso, que establecen que

es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso, que las pruebas deben allegarse oportunamente y que el hecho en que se funda la presunción debe estar debidamente probado.

5.- Incurrió también el *ad quem* en error de hecho al no apreciar las alegaciones en primera y segunda instancia, es decir, «*lo que se dijo en la audiencia del 29 de noviembre de 2018, en los reparos concretos expuestos ante la juez décima de familia de Bogotá contra la sentencia del 12 de diciembre de 2019, así como en la sustentación del recurso de apelación que ante él se hizo respecto de las serias y contundentes razones que adujo el demandado cuando combatió la práctica de la prueba de ADN, lo cual demuestra que su conducta no fue inaceptable ni rebelde*»; pues, de acuerdo con la jurisprudencia citada por el mismo juzgador, para él era imperioso referirse a todos los puntos de apelación.

6.- No apreció el *ad quem* que, siendo el demandado titular del derecho constitucional a la cosa juzgada, no estaba obligado a someterse a una decisión arbitraria, esto es, a la práctica indebida de la prueba de ADN, con la que se pretendía hacerlo renunciar a una prerrogativa originada en normas superiores, de modo que su actuación fue legítima y ajustada a derecho, dado que justificó y explicó los motivos de su inasistencia para ese efecto.

7.- El sentenciador no consideró los memoriales ni las razones que expuso el demandado para impugnar la sentencia de primer grado y para no someterse a la práctica de la prueba de ADN, en especial su alegación de nulidad de pleno derecho

de las constancias de inasistencia al laboratorio de genética, de los testimonios y de la presunción de paternidad, puesto que fueron «*producto de un segundo e indebido proceso que fue determinante del indebido juzgamiento contenido en el citado fallo del 2020*». Si el segundo proceso es indebido, necesariamente, todas las pruebas son nulas *ipso iure* y carecen de valor demostrativo a la luz de los artículos 240 y 166 del Código General del Proceso.

8.- La sentencia del Tribunal, de acuerdo con los yerros fácticos manifiestos y trascendentes alegados, queda sin ningún basamento jurídico probatorio, por cuanto el segundo proceso es manifiestamente opuesto al artículo 29 de la Constitución que prescribe que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por la misma causa o hecho en que se fundamenta el *petitum*.

En consecuencia, se solicita casar la sentencia recurrida, para que la Corte, obrando en sede de instancia, revoque el fallo del *a quo* y, en su lugar, declare probada la excepción de cosa juzgada y niegue las pretensiones de la demanda.

VI.- CONSIDERACIONES

1.- La Constitución Política de Colombia en su artículo 14 consagra como derecho fundamental de toda persona el reconocimiento de su personalidad jurídica; a su vez, el artículo 42 *ejusdem*, dispone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos; que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre

todos sus integrantes y consagra como deber del Estado y la sociedad garantizar la «*protección integral de la familia*», haciendo especial énfasis en que los «*hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*» y en que «*La ley reglamentará la progeneritura responsable*».

Estas disposiciones de raigambre constitucional, en gran medida, son el soporte del régimen de filiación o de investigación de la paternidad, que, con arreglo a las disposiciones especiales que lo regulan, están orientadas a hacer efectiva la plenitud de los derechos de los hijos extramatrimoniales quienes están facultados para promover el respectivo proceso judicial encaminado a obtener el reconocimiento de sus progenitores, cuando quiera que de manera voluntaria éstos no lo han hecho, pues según lo ha decantado la jurisprudencia, toda persona tiene derecho a «*reclamar su verdadera filiación*», que resulta del derecho a la personalidad jurídica, del libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y la dignidad humana¹¹.

Al respecto, en el ordenamiento positivo nacional el artículo 4° de la Ley 45 de 1936, modificado por el 6° de la Ley 75 de 1968, consagra seis presunciones que, acreditados sus respectivos supuestos fácticos, autorizan declarar mediante proceso judicial la paternidad reclamada.

¹¹ Corte Constitucional C-109/95.

Por su parte, la Ley 721 de 2001, introdujo modificaciones a algunos preceptos de la Ley 75 de 1968, de modo especial, a su artículo 7° para disponer que, *«[e]n 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%.»*, indicando en su segundo párrafo que, *«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»*.

Adicionalmente, para salvaguardar los importantes intereses que están de por medio en los juicios de filiación, la Ley 721 de 2001 introdujo una consecuencia más drástica que la originalmente consagraba la Ley 75 de 1968 en los eventos de rebeldía a la práctica del medio de convicción en comentario, de manera que en el párrafo primero del reformado artículo 14 de aquella, previó: *«En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa»*¹².

Como puede apreciarse, a partir de esa normativa, la prueba de marcadores genéticos de ADN se convirtió en

¹² Aunque estas disposiciones fueron expresamente derogadas por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, se reseñan porque estaban vigentes para la época en que se admitió la demanda que dio origen a este proceso. Actualmente, el Código General del Proceso en su artículo 386 define las reglas especiales que rigen los procesos de investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad.

imprescindible en todos los procesos de filiación, y sobre su importancia y finalidad, la Corte Constitucional en C-807 de 2002, puntualizó:

La finalidad del Estado al imponer la prueba del ADN como obligatoria y única en los procesos de filiación, no es otra distinta a su interés de llegar a la verdad, de establecer quien es el verdadero padre o madre, a través de esta prueba por estar demostrado científicamente que su grado de certeza es del 99.99%. Pues, si bien en un comienzo y años atrás esta prueba tenía un alto grado de certeza para excluir la filiación, hoy por hoy, dado el avance o desarrollo científico y tecnológico de dicha prueba, esta ha alcanzado el máximo grado de certeza ya no en el sentido de excluir al presunto padre o madre, sino en sentido positivo, por inclusión o determinante e identificador del verdadero padre o madre. También el legislador busca a través de su obligatoriedad la efectividad de los derechos del niño y de cualquier persona a conocer su origen, a saber quién es su verdadero progenitor y por ende a definir su estado civil, posición en la familia, a tener un nombre y en suma a tener una personalidad jurídica.

2.- En el caso *sub judice*, el punto de encuentro de los dos cargos planteados corresponde a la inconformidad que manifiesta la censura respecto a la decisión del tribunal de confirmar la sentencia de primera instancia, que a su vez declaró no probada la excepción de mérito de «*falta de legitimación pasiva del demandado*», porque desde su punto de vista constituye un claro desconocimiento del fenómeno de la cosa juzgada.

Sobre el particular, lo primero que debe memorarse es que, en este asunto, mediante la sentencia T-249 de 2018 proferida en sede de revisión de tutela, la Corte Constitucional zanjó la controversia suscitada en torno a la procedencia de la excepción de cosa juzgada. Así, al amparar los derechos fundamentales de los accionantes, que encontró vulnerados por el Juzgado Décimo de Familia de esta ciudad, por haber

declarado probada dicha excepción con la consecuente orden de terminación del proceso, dispuso:

*Tercero. REVOCAR la sentencia proferida el 24 de julio de 2017 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la emitida el 20 de enero de 2017 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al estado civil, a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y a la dignidad humana de los hermanos Juan David y José Luis Serna Arbeláez, en los términos expuestos en esta providencia.*

Cuarto. DEJAR SIN EFECTOS, con base en las consideraciones de esta providencia, la decisión adoptada por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, del 21 de mayo de 2003, que declaró probada la excepción de cosa juzgada y dio por terminado el proceso de filiación extramatrimonial radicado bajo el número 1206-2002. En consecuencia, ORDENAR a la autoridad judicial accionada, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, continúe con el proceso de filiación mencionado, debiendo practicar y valorar la prueba científica de ADN ordenada al interior del mismo. (Subraya intencional).

Tal determinación fue adoptada con soporte en el análisis que, a manera de *ratio decidendi*, se plasmó en la parte considerativa del fallo, refiriendo puntualmente las razones de carácter constitucional y procesal por las cuales no era factible deducir la existencia de cosa juzgada que impidiera proseguir el curso normal del presente proceso de investigación de la paternidad con el agotamiento del trámite para la práctica de la prueba de ADN regulada en la Ley 721 de 2001. Al respecto, señaló:

91. En ese orden de ideas, en atención a la ley y a los referentes jurisprudenciales, en el asunto que ocupa a la Sala no se encuentra justificación que el juez a pesar de haber decretado la práctica de la

*prueba, posteriormente la desechara al declarar la excepción de la cosa juzgada, dejando de lado valores superiores como el debido proceso y sin tener en cuenta que de esta manera estaba renunciando a la verdad definitiva, que actualmente solo es posible alcanzar con la práctica de la prueba que ya había sido ordenada*¹³.

*A su vez, importa destacar que del expediente de la referencia no es posible extraer elementos que lleven a determinar que el juzgado accionado insistió en la práctica de la prueba científica inherente a todos los procesos de filiación adelantados con posterioridad al 2001, sino que se limitó a decretar la excepción de cosa juzgada*¹⁴. Esta inactividad confluyente con la parsimonia de la apoderada de los hoy accionantes para controvertir dicha providencia que concluyó con la ejecutoria del auto proferido el 21 de mayo de 2003¹⁵.

*92. De manera análoga, al declararse la excepción de cosa juzgada, la autoridad judicial accionada incurrió de manera concomitante en un **defecto procedimental por exceso ritual manifiesto** y en una **violación directa de la Constitución**, pues por dar aplicación estricta al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, sobre la existencia de cosa juzgada, sacrificó derechos constitucionales en cabeza de los accionantes, inherentes a la protección de la filiación, la cual implica una salvaguarda a los derechos a la personalidad jurídica (art. 14 de CP), a tener una familia (arts. 5, 42 y 44 CP), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP) y a la dignidad humana (art. 1º de la CP)¹⁶. Por tanto, con esta actuación, el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá desplazó el amparo de los derechos de los hermanos Serna Arbeláez para dar aplicación a una norma procedimental, que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales.*

¹³ “Lo que no es permitido al juez, a la luz de los postulados constitucionales, es decretar las pruebas y después, por su capricho o para interrumpir términos legales que transcurren a favor del procesado y de su libertad, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio. En el evento en que así ocurra, resulta palmaria la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y ostensible la arbitrariedad judicial”. Sentencia SU-087 de 1999. En igual sentido, en sentencia T-488 de 1999, la Corte precisó: “Si bien, algunos de los anteriores criterios fueron emitidos en relación con el proceso penal, el fundamento que presentan, como es el de la vigencia del debido proceso en la práctica de las pruebas ya decretadas, son perfectamente aplicables a cualquier otro proceso establecido por la legislación nacional, por compartir los principios y garantías propios del derecho penal”.

¹⁴ La jurisprudencia también ha señalado que la filiación es un derecho innominado, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 de la Constitución Política. De ahí que, es deber de los jueces actuar con diligencia y proactividad en los procesos de investigación de paternidad o maternidad, de manera que se cuente con las pruebas antroheredobiológicas para proferir su decisión. En criterio de esta Corporación, este derecho se encuentra estrechamente ligado con el principio de la dignidad humana, pues todo ser humano tiene derecho a ser reconocido como parte de la sociedad y de una familia. Cfr. Sentencia T-411 de 2004.

¹⁵ Excepción de cosa juzgada presentada por el demandado el 26 de marzo 2003 en la constatación de la demanda y ejecutoriada el 21 de mayo de 2003, lapso de tiempo en el cual el juez de instancia no desplegó actividad alguna que permitiese la práctica de la prueba científica legalmente instituida. .

¹⁶ Sentencia T-1342 de 2001.

93. Incluso, para la Sala no se estructuraba el fenómeno de cosa juzgada que fue declarado en el auto del 21 de mayo de 2003, pues si bien había identidad de partes y de pretensiones, entre el proceso adelantado en 1988 y el terminado en 2003, los hechos no eran similares. Al respecto basta con traer a colación lo considerado por este Tribunal en la sentencia **T-352 de 2012**, al analizar un caso con presupuestos fácticos equivalentes:

“Así las cosas, la Sala considera que no existe cosa juzgada en este caso, debido a que si bien se trata de iguales sujetos y de iguales pretensiones, los hechos no son los mismos, ya que: i) en 1973 [en el presente asunto sería 1988] (fecha en que se llevó a cabo el primer proceso) no existía la prueba de ADN, pues los avances científicos en materia genética no habían llegado hasta su descubrimiento; ii) el ordenamiento jurídico se regía bajo los mandatos de la Constitución de 1886; por tanto, fue hasta 1991 cuando se logró afianzar el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procesal, como garantía de la materialización y protección real de los derechos de los individuos; y iii) no se había expedido la Ley 721 de 2001, que fue la que determinó que era obligatoria la prueba de ADN en los procesos de filiación, mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades”.

94. Como se expuso previamente, el proceso de investigación de la paternidad ha sufrido mutaciones legislativas acordes con los avances científicos mediante los cuales se ha permitido que las partes involucradas en un proceso de esta naturaleza tengan plena certeza al momento de definir si existe un vínculo consanguíneo entre ellos. Así, la nueva normatividad, que para el presente caso es la Ley 721 de 2001, resultaba imperativa para el juez de conocimiento y suponía **hechos nuevos** o diferentes a los analizados y juzgados, permitiendo descartar la estructuración del fenómeno de cosa juzgada¹⁷.

95. El Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, erradamente consideró que los presupuestos fácticos estudiados por el Juzgado Primero Civil de Menores en 1988, eran idénticas a los presentados en el proceso estudiado en 2003, desconociendo así la normal legal vigente que suponía una valoración probatoria y procedimental distinta a la aplicada en el proceso anterior. Adicionalmente, se advierte que el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá desconoció que el pronunciamiento del Juzgado Civil de Menores de 1988, se regía bajos los lineamientos establecidos en la Constitución de 1886, donde no se encontraba debidamente consolidado el principio del derecho sustancial como si lo está en la Carta Política de 1991¹⁸.

¹⁷ De acuerdo al artículo 406 del Código Civil, “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”.

¹⁸ Constitución Política, artículo 228. “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será

96. Y es que el altísimo grado de probabilidad que otorga la prueba científica de ADN respecto del establecimiento de la progenitura, hizo la ley dispusiera lo imperativo de su práctica. Por ello, no podía desconocer el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá el medio científico al uso. Esto se aúna al hecho de que las pruebas periciales de grupos sanguíneos a las que refería la Ley 75 de 1968, bajo cuyo imperio se adelantó el primer proceso ante el Juzgado Civil de Menores de Bogotá, “carecían de un poder de inclusión o de exclusión absoluto, pues no afirmaban ni excluían la paternidad, apenas reflejaban una probabilidad relativa, que variaba dependiendo de la cantidad de personas que pudieran tener el mismo tipo de sangre del posible padre”¹⁹.

De ahí que si la paternidad atribuida al señor Pájaro Peñaranda aún no había sido científicamente definida, el Juzgado debía encauzar su actuación en esa senda, pues tal situación resultaba violatoria de los derechos fundamentales de los hermanos Serna Arbeláez.

97. En el mismo sentido, se evidencia una violación directa de la Carta, ya que se marginaron integralmente de la controversia los principios constitucionales consagrados en el Texto Superior. En efecto, la providencia cuestionada solo tuvo en cuenta el hecho de que había existido un proceso de filiación natural anterior sin considerar las variables normativas y circunstanciales que motivaron, por segunda vez, el inicio del proceso filiación extramatrimonial.

Esto significa que el auto atacado al soslayar la práctica de la prueba científica, imposibilitó la revisión de fondo del asunto planteado por el núcleo familiar accionante, olvidando el principio constitucional de la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental. Principio que se quebrantó cuando ante la posibilidad de practicar una prueba de ADN el juez de instancia decidió darle mayor prevalencia al aspecto formal, dejando de lado la primacía de la protección real y efectiva de los derechos de los individuos, en particular de quienes en ese entonces eran solo unos niños.

Dicho actuar del juzgado accionado generó una situación de permanente vulneración en la órbita de derechos fundamentales de los hermanos Serna Arbeláez que, como claramente se evidencia con la interposición de esta acción de tutela, sigue produciendo efectos nocivos en sus garantías constitucionales.

98. Quiere decir lo anterior que la decisión del Juzgado Décimo de Bogotá mediante la cual declaró la excepción de cosa juzgada en el proceso de filiación adelantado por los accionantes en vigencia de la precitada ley, es contraria al Texto Superior y a la jurisprudencia de esta Corte, en la cual se ha reiterado que en los casos en los cuales

sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”. (subrayas fuera del texto).

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. N° 1175-2016, 8 Febrero de 2016, Rad. 2010-00308-01.

exista una amenaza o vulneración de derechos fundamentales, prevalecerá la justicia material y no las formalidades propias, adjetivas del proceso judicial.

Por otra parte, en A-024 de 2019, la Sala Plena de la Corte Constitucional, negó la solicitud de nulidad formulada por el aquí demandado contra la reseñada sentencia de revisión de tutela²⁰. Al respecto, tras realizar las consideraciones pertinentes sobre ese tipo de actuaciones, concluyó:

13. La Sala reitera que quien invoca la nulidad de una sentencia de esta Corporación debe demostrar con razones coherentes la vulneración del derecho al debido proceso, no siendo de recibo interpretaciones jurídicas diferentes que obedezcan al disgusto y a la inconformidad con la sentencia cuestionada, o que pretendan reabrir el debate jurídico concluido.

14. Así pues, se aprecia que la parte solicitante no presentó argumentos aptos para acreditar que la sentencia T-249 de 2018 hubiera incurrido en una vulneración al debido proceso del señor Pájaro Peñaranda al modificar el precedente jurisprudencial de la Sala Plena de la Corte en relación con los principios de subsidiariedad e inmediatez; por lo tanto, resulta forzoso concluir que no se cumplió con la carga argumentativa necesaria para estructurar un cargo de nulidad, tornándose improcedente el estudio de fondo de la causal.

Con este panorama, teniendo en cuenta que, por regla general, las providencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio de su labor excepcional de revisión de fallos proferidos en acciones de tutela, tienen efectos *inter partes*, de manera que afectan las situaciones particulares de quienes intervienen en un trámite de esa naturaleza, es claro que el

²⁰ Cuya parte resolutive es del siguiente tenor: Primero. RECHAZAR el cargo de nulidad por cambio del precedente de la Sala Plena presentado por la apoderada judicial del doctor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda contra la sentencia T-249 de 2018, por los motivos expuestos. Segundo. NEGAR el cargo de incompetencia de la Sala de Revisión para decidir acerca de las nulidades propuestas en procesos surtidos ante la Corte, desarrollado por la apoderada judicial del doctor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda contra la sentencia T-249 de 2018, por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente providencia.

demandado por lo que a esa defensa concierne quedó vinculado a lo decidido por el Tribunal Constitucional, particularmente en dos aspectos: **i)** la excepción de cosa juzgada no estaba demostrada al momento en que el *a quo* la resolvió como previa y, por ello, su decisión del 21 de mayo de 2003 fue dejada sin efectos; **ii)** la orden de proseguir el proceso judicial dispuesta por esa Corporación, era de obligatorio cumplimiento para el juzgador, quien quedó compelido no solo a darle continuidad al mismo, sino también a velar por la práctica de la prueba científica de ADN allí ordenada desde su inicio, y a «valorarla».

Lo anterior, por cuanto resulta incontestable que la sentencia de revisión surtía efectos respecto de quienes fungen como partes procesales en este juicio, que fueron vinculados y escuchados en el trámite de la acción constitucional.

En tal virtud, con posterioridad a ese fallo de revisión, las alegaciones del demandado insistiendo en la existencia de cosa juzgada solo podrían haber tenido eco en la definición de la controversia si se hubiesen edificado en hechos o circunstancias diferentes a las que en aquel momento sustentaron la proposición de ese medio exceptivo, cosa que no ocurrió, pues, claramente, su tesis defensiva se mantuvo en lo inicialmente planteado, cuyos argumentos, se itera, fueron desestimados en la citada T-249 de 2018, frente a la cual el juzgador de primera instancia, como era su deber, emitió el auto de obedécese y cúmplase lo resuelto por la Corte

Constitucional para dar continuidad a la tramitación del asunto *sub judice*.

La anterior precisión es importante por cuanto a partir de ella deben analizarse los fundamentos que soportan los dos cargos, que desde ya se advierte, no tienen vocación de prosperidad, por las razones que a continuación se exponen:

3.- El primer motivo de casación alegado se edificó en la afrenta directa de normas sustanciales. En esencia, criticó el demandado que el Tribunal haya desestimado la excepción de cosa juzgada por una errada interpretación del concepto de la *causa petendi*, al confundirlo con la prueba y que de esa manera aplicó indebidamente los artículos 1º, 2º y 8º de la Ley 721 de 2001 e inaplicó el canon 303 del Código General del Proceso.

Sobre este tópico debe decirse que la decisión del Tribunal se erigió en los siguientes argumentos:

3.1- Al analizar los reparos del apelante relacionados con la estructuración de la cosa juzgada, consideró que si bien no había duda en lo concerniente a la identidad jurídica de las partes y del objeto de los procesos de filiación adelantados por los hermanos Juan David y José Luis Serna Arbeláez, en lo que no existía tal identidad era en la causa, toda vez que «*entre los fundamentos fácticos del primer proceso a los del presente, no existe*

esa coincidencia» y puso especial énfasis en los hechos numerados 5 y 7, en su orden, referidos a la prueba practicada en el primer proceso que arrojó como resultado la compatibilidad genética entre las partes, y a la expedición de la Ley 721 de 2001 que introdujo la prueba de ADN como fundamento de los fallos judiciales sobre filiación extramatrimonial, concluyendo que al haberse entronizado en el ordenamiento la práctica obligatoria de dicha prueba, tal situación,

(...) no es una mera variación accidental con el anterior proceso, sino fundamental, por la sencilla pero potísima razón de que la prueba de marcadores genéticos, que no es ni por semejas la practicada en el otro pleito que finiquitó en 1988 – examen de sangre que determinó un nivel de compatibilidad sanguínea entre los hermanos Serna Arbeláez y el presunto progenitor- constituye instrumento científico de incalculable valor en la investigación de la filiación que no existía para 1988, lo que desvirtúa la alegada cosa juzgada.

3.2.- Frente al reproche del recurrente en cuanto a que el ADN es una prueba y no un hecho novedoso, sostuvo que,

En materia filiatoria, tal aserción no es absoluta. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia tanto en sede de casación y en tutela, así como la doctrina especializada, han concluido de manera unánime, contrario a lo que sostiene el recurrente, que en los tiempos modernos el ADN, si bien es una prueba, impacta a la causa como identidad de la cosa juzgada. La tensión que se presenta entre la filiación y la cosa juzgada frente a la aparición de las pruebas biológicas, se resuelve en favor de la filiación por encontrarse comprometidos valores constitucionales inalienables, la protección de la familia como institución básica de la sociedad, el reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona, la igualdad y el debido proceso.

A continuación, dedicó un amplio segmento del fallo a relacionar posiciones jurisprudenciales y doctrinarias con las cuales propendió por refrendar sus afirmaciones, y precisó que el advenimiento de la Ley 721 de 2001 derrumba la cosa juzgada, por tratarse de una «*causa jurídica próxima que no coincide con la remota*» y que fue invocada en la demanda formulada en el año 2002.

3.3.- Desde el argumento *ius fundamental*, debe tenerse en cuenta que, para la época en que se dictó el primer fallo, el orden constitucional era distinto al actual. De suerte que la demanda promovida en 2002 se encuentra permeada por otros valores constitucionales, ante los nuevos derroteros establecidos en esa materia, debe prevalecer la búsqueda de la verdad en la consolidación de las garantías superiores como la personalidad jurídica, la dignidad humana, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, el derecho al estado civil y el derecho a conocer con certeza la identidad de los progenitores.

3.4.- El salvamento de voto a la sentencia T249 de 2018 y la aclaración al auto que resolvió el incidente de nulidad contra dicha sentencia, no tienen la relevancia que predica el demandado, toda vez que «*no constituyen la posición mayoritaria, no obstante, el peso específico de dichas disidencias, pues lo vinculante son las tesis mayoritarias*».

3.5.- La legalidad del auto del 21 de mayo de 2003 que declaró próspera la excepción de cosa juzgada y terminó el presente proceso, fue enervada con la sentencia T-249 de 2018,

«luego la situación nulitante no estaría presente, lo que va de la mano con la confirmación de la sentencia apelada».

4.- Si se repara en los mencionados argumentos del Tribunal, se advierte que, en esencia, los mismos no hacen más que reiterar los que en su momento analizó la Corte Constitucional para deducir lo lesiva de las garantías *ius fundamentales* de los demandantes que resultó la determinación del juez de primer grado al declarar probada la excepción de cosa juzgada en la fase primigenia del juicio.

Ciertamente, aunque el Juzgador de segunda instancia en la motivación de su fallo incluyó algunos elementos adicionales de refuerzo, en especial para desechar la identidad de la causa como elemento basilar de la cosa juzgada al diferenciar los conceptos de *«causa próxima»* y *«causa remota»*, en todo caso, su análisis guarda absoluta correspondencia con el efectuado por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional para amparar los derechos superiores de los demandantes al concluir que en este caso no se estructuraba el fenómeno de la cosa juzgada, por lo siguiente: **i)** *«si bien había identidad de partes y de pretensiones, entre el proceso adelantado en 1988 y el terminado en 2003, los hechos no eran similares»*²¹; **ii)** la nueva normativa *«que para el presente caso es la Ley 721 de 2001, resultaba imperativa para el juez de conocimiento y suponía hechos nuevos o diferentes a los analizados y juzgados»*; **iii)** el

²¹ En refuerzo trajo a colación lo considerado por esa misma Corporación en la sentencia T-352 de 2012, en la que, a su vez, en un evento similar consideró que los hechos no eran los mismos puesto que para la época en que se dictó el primer fallo no existía la prueba de ADN; porque solo a partir de la Constitución de 1991 se afianzó el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procesal y porque fue la Ley 721 de 2001 la que determinó la obligatoriedad de la prueba de ADN en los procesos de filiación.

juzgador desconoció que la norma legal vigente «suponía una valoración probatoria y procedimental distinta a la aplicada en el proceso anterior» y que el fallo del Juzgado de Menores en 1988, se regía bajo los lineamientos de la Constitución de 1886, en la que no estaba consolidado el principio de primacía del derecho sustancial como sí lo está en la de 1991, y **iv)** las pruebas periciales de grupos sanguíneos referidas en la Ley 75 de 1968, bajo cuyo imperio se adelantó el primer proceso, «carecían de un poder de inclusión o exclusión absoluto», entonces, como la paternidad atribuida al demandado aún no había sido científicamente definida, el juzgado debía encauzar su actuación en esa senda en aras de la protección de los derechos fundamentales de los accionantes.

Fluye de lo expuesto que si los fundamentos jurídicos esgrimidos por el Tribunal para refrendar la decisión de declarar no probada la excepción de mérito formulada por el convocado, en lo medular, coinciden con los que en su momento condujeron a la Corte Constitucional a arribar a la misma conclusión, y si con posterioridad al fallo de revisión de tutela, no se establecieron en este proceso circunstancias distintas a las iniciales que originaron la alegación de la excepción de cosa juzgada, ningún reproche merece su laborío desde el punto de vista de la aplicación de la normatividad legal llamada a disciplinar el caso sometido a su discernimiento.

Tampoco son admisibles los reparos relacionados con que el sentenciador aplicó erróneamente la Ley 721 de 2001, toda

vez que, en últimas, propenden por desconocer los argumentos que expuso la Corte Constitucional en su sentencia T249 de 2018 sobre la procedencia de aplicar esa preceptiva en este asunto, al punto que para brindar el amparo constitucional en la forma que dispuso, tomó en consideración, entre otros aspectos, la protección de la familia, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas a partir de la Constitución de 1991 y la garantía de los derechos fundamentales de los accionantes por cuanto con las pruebas periciales de grupos sanguíneos referidas en la Ley 75 de 1968, la paternidad atribuida al demandado aún no había sido científicamente definida.

De allí que, siendo esa providencia vinculante entre las partes de este proceso, el acatamiento de la hermenéutica relacionada con la aplicación de la referida ley no es opcional para los juzgadores de instancia, sino que comporta un acto de sujeción a lo ya analizado por la máxima guardiana de la Constitución en cumplimiento de la función encomendada en el numeral 9° del artículo 241 de la Carta Política, dados sus efectos inter partes, de donde, en línea de principio, el tema se torna inexpugnable para este caso en particular y ningún error de juzgamiento se deriva de la aplicación de esos preceptos en su definición.

Por lo demás, si desde la sentencia de revisión de tutela el convocado fue advertido de que la declaración de cosa juzgada quedó sin efecto, de ello se derivaba, necesariamente, que el presente era un juicio nuevo que debía continuar su curso hasta la decisión definitiva, por lo mismo, a partir de aquel

fallo devenía insostenible su tesis de que estaba siendo juzgado dos veces por el mismo hecho.

5.- En adición a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la formulación del cargo el casacionista incurrió en errores de técnica que igualmente truncan sus probabilidades de éxito, como son:

5.1.- Acerca de que el Tribunal pasó por alto que la Ley 721 de 2001 no suprimió ni sustituyó las causales consagradas en el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, ni constituyó una distinta, lo que significa que el resultado de esa prueba es solo un elemento de convicción para acreditar la causal, basta señalar que el argumento es desenfocado, toda vez que en ninguna parte del razonamiento del juzgador de segunda instancia se aludió a una alteración de las causales de filiación. Cosa distinta es que le haya conferido especial importancia a la obligatoriedad de ese medio demostrativo en el actual escenario de los procesos de filiación, pero en modo alguno aludió a que su advenimiento constituyera un evento adicional de presunción de la paternidad natural que diera lugar a su declaración judicial en los procesos de investigación de la paternidad, referidas en el artículo 6° de la Ley 75 de 1968.

5.2.- Los reparos contra el contenido de la sentencia T-249 de 2018, son a todas luces impertinentes para soportar la causal primera de casación, no solo porque la misma únicamente puede dirigirse contra el fallo de segunda

instancia emitido por el Tribunal en el proceso declarativo de filiación, sino también porque aquella decisión fue proferida por el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional por lo que era de obligatorio cumplimiento para el juez que emitió la decisión que la Corte consideró violatoria de los derechos fundamentales de los promotores y surte plenos efectos contra quienes fungen como partes dentro de este juicio de reconocimiento de paternidad extramatrimonial, con mayor razón, cuando la nulidad formulada contra ese proveído fue denegada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en A024 de 2019.

5.3.- El cargo además deviene incompleto, si en cuenta se tiene que el inconforme no cuestionó uno de los pilares que soportan el fallo de segunda instancia, relacionado con la sustentación de la tesis que dio pie a la confirmación de la sentencia del *a quo*, a partir de una visión *ius fundamental*, pues según lo afirmó el Tribunal, en este asunto también debía tenerse en cuenta que, para la época en que se dictó el primer fallo, el orden constitucional era distinto al actual y que, por ello, la demanda promovida en 2002 se encontraba permeada por otros valores constitucionales, ante los nuevos derroteros establecidos en esa materia, por lo que debía prevalecer la búsqueda de la verdad en la consolidación de las garantías superiores como la personalidad jurídica, la dignidad humana, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, el derecho al estado civil y el derecho a conocer con certeza la identidad de los progenitores.

5.4.- Por lo demás, todos los cuestionamientos acerca de la naturaleza, procedencia y valoración de la prueba de ADN, resultan por completo ajenos a la senda de la causal primera de casación que impide discusiones de orden probatorio, pues a tono con el artículo 344 del Código General del Proceso, tratándose de la violación directa, el cargo debe circunscribirse a la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria. Ese entremezclamiento constituye una afrenta contra la autonomía de los distintos motivos de casación consagrados por el legislador que impide su estudio.

5.5.- La falta de técnica de algunos cuestionamientos, sumada a lo infundados que, a estas alturas del proceso, de acuerdo con sus antecedentes, resultan los reproches del inconforme, dan cuenta de que sus planteamientos obedecen a su particular manera de entender cómo debió ser resuelta la controversia y no a verdaderos errores *in iudicando* atribuibles al juzgador de segundo grado, de modo que, lejos de ser idóneos para quebrar el fallo impugnado, solo se asemejan a simples alegatos de instancia insuficientes para ese propósito.

En resumen, los argumentos del recurrente para sustentar el cargo por afrenta directa del ordenamiento, no tienen el alcance de alterar la presunción de legalidad y acierto con que el fallo arribó a esta sede.

6.- Respecto a la violación indirecta de normas sustanciales en las que se soporta el segundo cargo, pese a la falta de precisión en su formulación en la medida que no se explica si el tribunal incurrió en yerro de hecho o de derecho

y se repiten los motivos de desacuerdo plasmados en el primer cargo, podría extraerse que se alega indebida apreciación de la demanda, lo que, desde el punto de vista del recurrente, condujo al tribunal a declarar infundada la excepción de mérito propuesta, e indebida valoración de algunos medios de prueba, que lo condujeron a resolver del modo que lo hizo.

6.1.- Sobre la primera cuestión, es evidente lo desenfocado que resulta el cargo, pues no es verdad que la alusión del tribunal a la existencia de una causa próxima haya sido producto de una confusión entre un medio probatorio y la causa, y mucho menos que la misma se haya originado en la tergiversación del contenido material de la demanda, dado que el juzgador en ningún momento le atribuyó a los demandantes esa afirmación -que ciertamente no plasmaron en el escrito inaugural-, sino que esa temática hizo parte del argumento jurídico que sirvió de soporte al fallo como un razonamiento que el *ad quem* estimó pertinente para resolver la instancia, lo que de ninguna manera encaja en una apreciación indebida de la demanda, por adición o añadidura de su texto, capaz de estructurar un error fáctico.

6.2.- En cuanto al segundo aspecto, especial relevancia merece la disertación del *ad quem* relacionada con que el éxito de las pretensiones de los accionantes se debió a la frustración de la práctica de la prueba de ADN por la rebeldía del demandado, así como al dicho de los testigos, y que esos aspectos no fueron objeto de apelación, por lo que quedaron

por fuera de discusión en la segunda instancia. Al efecto, expuso:

(...) el a quo accedió a la pretensión filiatoria demandada con sostén en las directrices y jurisprudencia vertidas en la sentencia SC5418-2018 (...) las que transcribió in extenso, y apoyado en que la práctica de la prueba de ADN ordenada resultó frustrada ante la inaceptable conducta rebelde del demandado en no prestar su concurso para la toma de muestras tras ser citado en varias oportunidades, aunado a lo que señalaron los testigos traídos al proceso.

La anterior conclusión jurídica y probatoria no fue combatida por el recurrente ya que expresamente ninguna censura blandió en ese sentido a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho. No expuso el apelante las razones o motivos de su inconformidad con las deducciones lógico – jurídicas a que llegó el juez en su proveído impugnado y alcanzar, por ende, su revocatoria o modificación. Al contrario, al plantear sus reparos concretos contra la sentencia, persistió en su postura renuente, al señalar que lo afirmado en la sentencia apelada “con respecto a la obligatoriedad de la práctica de la prueba genética de ADN a que se refiere la Ley 721 de 2001 solamente sería válido si no mediara, como acontece en el sub lite, el fallo de 26 de julio de 1988 que hizo tránsito a cosa juzgada material”, razonamiento que no tiene asidero, según se dejó analizado en párrafos anteriores.

En ese orden, le está vedado al Tribunal abordar lo concerniente a dicho segmento probatorio del fallo apelado, so pena de rebosar su competencia funcional (...) el artículo 328 ibidem es reiterativo en indicar que “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio en los casos previstos por la ley”.

Desde esa perspectiva, los reparos planteados en esta sede relacionados con la errada apreciación de las constancias de inasistencia a la práctica de la prueba de ADN y de la justificación esgrimida por el convocado para no someterse a ella; así como la valoración de los testimonios recibidos en la audiencia de instrucción o la aplicación de la presunción legal

de paternidad porque fueron producidos en un «*segundo e indebido juzgamiento*», de ninguna manera podrían constituir un error de hecho manifiesto y trascendente con el alcance de quebrar el fallo impugnado.

Obsérvese que si no triunfó la excepción previa de la cosa juzgada y la Corte Constitucional ordenó la práctica de la prueba de ADN, no existía ninguna justificación para que el demandado mantuviera su actitud renuente de acatar esa orden del juez constitucional, pues aún si sus expectativas en la suerte definitiva del proceso siguieran cimentadas en la excepción de falta de legitimación pasiva por el acaecimiento del fenómeno de la cosa juzgada, de todas maneras su comportamiento procesal daba a entender que estaba dispuesto a asumir las consecuencias derivadas de su renuencia o rebeldía a someterse a la prueba de ADN como en efecto ocurrió. En esa medida, ningún yerro fáctico se advierte en la sentencia del Tribunal por haber avalado el fallo del *a quo* también en ese aspecto.

Frente a la indebida apreciación de la copia de la sentencia absolutoria del 26 de julio de 1988 emitida por el Juzgado Primero de Menores de Bogotá, y los efectos de cosa juzgada que de la misma emergían, no es necesario agregar nada más a lo dicho en precedencia con respecto a las razones que sustentaron el fracaso de dicha excepción, las cuales permanecen incólumes.

Los demás argumentos del cargo presentan defectos de técnica que impiden un mayor análisis, por lo siguiente: **i)** la aducida vulneración del último inciso del artículo 29 de la Constitución, conforme al cual «*es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*», no es asunto propio de un error de hecho, sino de *iure*, por lo mismo, en su formulación se presenta una mixtura de dos defectos completamente diferentes, que impide su estudio; y, **ii)** la falta de apreciación de las alegaciones del apelante, no atañe a un yerro *facti*, por lo que una inconsistencia de ese talante resulta ajena a la segunda causal de casación, y a lo sumo, de acuerdo a las circunstancias del caso, podría dar lugar a la invocación de la tercera.

7.- Por lo expuesto, ninguno de los cargos se abre paso.

8.- Como la decisión es adversa al recurrente, se le condenará en costas, de conformidad con los artículos 365 y 349 del Código General del Proceso, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte demandada replicó el recurso extraordinario.

VII.- DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: No casar la sentencia proferida el de 26 de agosto de 2020, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso en referencia.

Segundo: Condenar en costas a la parte impugnante. Por concepto de agencias en derecho, se fija la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Notifíquese y devuélvase

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de la Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente de sala

Hilda González Neira
Magistrada

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 3D7546923ECAEF00DE8D21748EA6B854C8875B29C8EAD28D7C00A3EF4713DC25

Documento generado en 2023-11-15