

**H. MAGISTRADOS
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
MAG. P. Dr. JOSE ANTONIO CRUZ SUAREZ
SALA DE FAMILIA
E.S.D.**

Ref: Investigación de la Paternidad de MARTHA SERNA ARBELAEZ
contra NICOLAS CIPRIANO PAJARO PEÑARANDA.-
Rad No **11001311001020020120603**

RAFAEL EUGENIO QUINTERO MILANES, obrando en calidad de apoderado del Dr. NICOLAS CIPRIANO PAJARO PEÑARANDA, parte demandada, respetuosamente presento el alegato de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia por el juzgado 10 de Familia del Circuito de Bogotá, el cual concreto así:

1. Dos procesos promovieron los actores contra el demandado. El uno, en 1986, cuya decisión profirió el juez primero civil de menores de Bogotá, en única instancia, el **26 de julio de 1988 con carácter definitivo** en el sentido de denegar la declaración de paternidad deprecada, por lo cual no podía impugnarse. Y el otro proceso, de 2002, 14 años después, para que se produjera otra sentencia en sentido contrario con base en el mismo hecho.

El nuevo proceso tiene identidad jurídica de partes respecto del primero, pues figuran los mismos demandantes frente al mismo demandado. Asimismo tiene idéntico objeto, pues en ambos se pide **que se declare al demandado padre extramatrimonial de los mellizos Serna Arbeláez**. Y finalmente, en ambos se aduce la misma **causa petendi**, es decir, **que éstos son fruto de las relaciones íntimas de su madre con el demandado**.

Lo expuesto se evidencia con la manifestación que los actores hicieron en su segunda demanda, que la juez de primera instancia ni vio ni por ende apreció en su sentencia, manifestación contenida tanto en el encabezamiento de dicho libelo como en sus numerales 1, 2, 4 y 6, los cuales coinciden plenamente con lo que aseveraron dichos demandantes en el primer litigio por ellos planteado, tal como lo acredita la sentencia del 26 de julio de 1988, la que hace concluir la identidad de partes, objeto y causa entre los dos procesos instaurados contra mi poderdante. Con los hechos 2, 4, 5, 6 y 7 de la solicitud de tutela de los actores, que obra en el expediente, también se admitió lo anterior y el hecho de no haber ejercido la acción de revisión (artículo 18 de la Ley 75/68).

2. La segunda demanda presentada en el año 2002 fue admitida, en ese entonces **se alegó por el demandado la excepción perentoria de cosa juzgada**, por cuanto a ninguna persona se le puede juzgar dos veces por el mismo hecho (artículos 29 de la C.P.; 133-2 y 136 del C.G.P.), ni es factible revivir un proceso legalmente concluido.

Mediante auto del 21 de mayo de 2003 la otrora juez décima de familia declaró probada, con base en el fallo del 26 de julio de 1988, la excepción de cosa juzgada que se propuso como previa y dio por terminado el asunto. Dicho auto no fue constitutivo, pues 13 años antes se había consumado **ipso iure** tal fenómeno.

El juez de tutela (sentencia T-249 de 2018) dispuso que cesaran los efectos del citado auto y se practicara la prueba de ADN establecida en la Ley 721 de 2001, para que continuara el segundo proceso contra el demandado, iniciado en 2002.

A pesar de que con la copia del fallo del 26 de julio de 1988 se probó plenamente la cosa juzgada que el demandado alegó como excepción perentoria, sin razón válida la juez a quo incurrió en grave error al no tenerla en cuenta en su sentencia del 12 de diciembre de 2019, dejando de pronunciarse sobre tan importante medio defensivo sin obedecer los mandatos de los artículos 280 y 281 del C.G.P.; conducta omisiva que la llevó a acceder a lo pedido en la indebida segunda demanda que se presentó con patente violación de los derechos constitucionales fundamentales a la cosa juzgada y al debido proceso (art. 303 del C.G.P., antes 332 del C. de P.C. y 29 de la C.P.), lo cual es indisculpable, pues el artículo 9 del C.C. prescribe que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, norma esta que, al decir de la Corte Constitucional, es fundamento del orden jurídico según sentencias C-544/94 y C-1194/08, que armoniza con los arts. 4 y 6 de la C.P. que imponen el deber a particulares y servidores públicos de acatar la Constitución y las leyes.

3. El H. Corte Suprema de Justicia, en relación con el fenómeno de la cosa juzgada, ha enseñado que **“... no puede provocarse de nuevo la competencia jurisdiccional pretendiendo un nuevo fallo, porque ello equivaldría a prolongar ilimitadamente la subsistencia de la cuestión litigiosa, y a destruir el carácter de certeza que comporta el contenido de las providencias judiciales. Contra esta pretensión, contraria a las reglas que gobiernan la actividad funcional de la jurisdicción, PUEDE Oponerse el medio jurídico de la cosa juzgada para impedir que el nuevo debate prospere o que se dicte una resolución contraria a la anteriormente proferida”**(G.J. LIX, página 593).

4. Sostiene la juez a quo, sin explicar por qué y olvidando su autonomía funcional (art. 228 de la C.P.), que no hay que adicionar nada a lo que expone el juez de tutela sobre la excepción de cosa juzgada, razón por la cual considero forzoso referirme al argumento que éste da en el sentido de que no se estructura la causa petendi y por ende dicha cosa juzgada, por cuanto en el nuevo proceso –afirma – es imperativa la Ley 721 de 2001 que a su juicio supone hechos nuevos o diferentes y una valoración probatoria y procedimental distinta de la que se aplicó en el proceso anterior.

Tal afirmación es errónea por lo siguiente:

a. La mencionada ley se refiere a un elemento probatorio, es decir, a la prueba de ADN, cuyo objeto es que se demuestre, o excluya, en los procesos de filiación, la paternidad que se le endilga al demandado. No es un fundamento fáctico de las pretensiones formuladas.

Tal normativa, como es obvio, a partir de su vigencia sólo es aplicable a los litigios no resueltos o por resolverse por la jurisdicción, que no a aquellos que de manera definitiva fenecieron por la consumación de la cosa juzgada material muchos años antes de que dicha ley ingresara en el mundo jurídico. Debe tenerse en cuenta que la Ley 721 de 2001 fue expedida 13 años después de que la sentencia del 26 de julio de 1988 adquirió fuerza de cosa juzgada material, por lo cual esa normativa resulta inaplicable al caso concreto.

Con la tesis que aplicó la juez **a quo** bastaría que se solicitara en nueva e idéntica demanda la prueba de ADN en todos aquellos casos que se fallaron antes de expedirse la Ley 721 de 2001, para que miles de sentencias perdieran su fuerza de cosa juzgada material, lo cual es inadmisibles. Sería una habilidosa artimaña para burlar la Constitución y el debido proceso.

Lo propio acontece en relación con el artículo 386 del C.G.P. que empezó a regir 24 años después de consolidada la cosa juzgada del fallo del 26 de julio de 1988. La presunción de paternidad en él establecida no puede retrocederse en casi un cuarto de siglo para resolver un asunto definitivamente concluido con esa antelación.

b. Traigo a colación, además, un criterio jurisprudencial irrefutable, consistente en que “Es preciso no confundir la **causa petendi** con los documentos, argumentos o **pruebas** en que se apoya aquélla, porque si no se hace la distinción que acaba de señalarse, todo proceso judicial podría revivirse invocando nuevos argumentos o presentando nuevas pruebas o complementándolas...”.

La H. Corte Suprema de Justicia reiteró en esa providencia que “... la identidad de la causa petendi ha de buscarse principalmente en su raíz, que es el conjunto y el contenido de los hechos propuestos en las demandas como generadores de situaciones jurídicas concretas, cuya protección se solicita al Estado” (G.J. núm. 79, pág. 860).

En conclusión, la Ley 721 de 2001 es una razón legal que no supone hechos nuevos que generen modificación de la **causa petendi** de uno u otro libelo; sólo regula la práctica de la prueba de ADN cuando su aplicación sea pertinente; además, no es aplicable al caso concreto porque el litigio entre demandantes y demandado feneció en julio de 1988, muchos años antes de la expedición de dicha normativa.

5. La juez **a quo** no distinguió entre los litigios por definirse a partir de la vigencia de la Ley 721 de 2001 y los que mucho antes habían adquirido fuerza de cosa juzgada material.

En los primeros, para establecer la paternidad, debe forzosamente ordenarse y practicarse la prueba de ADN con sujeción a lo que ese ordenamiento preceptúa. Pero en los otros casos, como ocurre con el que culminó con el fallo del 26 de julio de 1988, por haber sido resueltos antes de ingresar dicha Ley 721 en el mundo jurídico, es obvio que sólo se les podían aplicar las leyes vigentes al momento de proferirse el respectivo fallo y no así las leyes inexistentes para tal momento, como la 721 de 2001.

6. Erró la juez **a quo**, por una parte, al no tener en cuenta que la cosa juzgada que se probó en el **sub exámine** se acreditó principalmente con la sentencia del 26 de julio de 1988 y con las afirmaciones de los actores en su segunda demanda y en la solicitud de tutela cuya copia obra en el expediente; por otra parte, por circunscribir su actuación y su decisión a la indebida continuación del segundo proceso de juzgamiento que ante ella y por ella se adelantó por el mismo hecho contra el demandado, no obstante el pleno conocimiento que tuvo de la existencia de la cosa juzgada consumada y del contenido de los artículos 4, 6 y 29 de la Constitución. Su propósito fue investigar y juzgar lo investigado y juzgado hacía más de treinta años con inaudito quebranto de la Carta Política. Con su fallo incurrió también en violación, por aplicación indebida, de los artículos 6, numeral 4 de la Ley 75 de 1968, 386 del C.G.P.; 71 y 74 del C. de P.C.; 1, numeral 27 del Dcto 2282 de 1989; y 406 y 422 del Código Civil, por no haberse probado la paternidad; y por falta de aplicación, el artículo 332 del C. de P.C., bajo cuya vigencia operó la cosa juzgada, hoy 303 del C.G.P.

La continuación del segundo proceso que se adelantó es indebida y nula. En efecto, por una parte, con ella se adelantó un segundo juzgamiento contra el demandado por el mismo hecho, y por otra parte, porque aquélla se llevó a cabo después de la declaración de la terminación del proceso mediante auto del 21 de mayo de 2003, con lo cual se infringieron tanto la Constitución como los artículos 133-2 y 136 del C.G.P.

La H. Corte Constitucional en sentencia **C-415 de 2012** afirma que “El conjunto de los actos de los órganos constituidos – Congreso, Ejecutivo y **Jueces** – se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez.... Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4”.

Y siendo indebida la continuación del proceso mencionado surge como consecuencia jurídica inevitable la nulidad de pleno derecho de todas las probanzas obtenidas en éste, como lo estatuye el último inciso del artículo 29 de la Constitución, y los artículos 14 y 164 del C.G.P., argumento que se refuerza con el fallo **C-491 de 1995** de la H. Corte Constitucional, que permite invocar, además de las causales legales de nulidad previstas en la ley de procedimiento civil de manera taxativa y específica, la consagrada en el artículo 29 de la Constitución, según la cual “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Por consiguiente, las constancias de inasistencia a la práctica de la prueba de ADN (folios 194 y 270 a 272 del 4 de diciembre de 2018 y 2 de octubre de 2019) y las citaciones del laboratorio de genética (folios 177 y 239) con las que pretende darle fundamento a su fallo de primera instancia la juez a quo, carecen de todo valor indiciario y de significación probatoria por haberse obtenido con violación del debido proceso y por ende ser pruebas nulas de pleno derecho (artículo 29 de la C.P. y 14, 164 y 240 a 242 del C.G.P.)

Las declaraciones rendidas en la audiencia del 28 de noviembre pasado adolecen del mismo vicio de nulidad de pleno derecho.

No sobra anotar que la condición de discapacidad de uno de los actores, si bien es lamentable, no puede servir de pretexto para desconocer la Constitución y la ley, ni para revivir un proceso de vieja data concluido, ni, en fin, para adelantar un segundo juzgamiento por el mismo hecho.

El demandado no asistió a la práctica de la prueba de ADN, tal como lo sostuvo ante la juez **a quo**, por cuanto a partir de la continuación del nuevo proceso que se adelantó en su contra de manera patente se transgredió tanto la ley como la Constitución (artículo 29), al quebrantar el derecho constitucional al debido proceso y ala cosa juzgada material, derechos fundamentales según nuestra Constitución Política. El demandado, pues, no estaba obligado a cumplir las citaciones que se le hicieron para tal efecto con base en la insistencia temeraria de la parte actora.

La jurisprudencia de la H. Corte Suprema ha sido explícita en su fallo de 28 de junio de 2005 sobre la realización de la prueba de ADN y sobre las consecuencias de no presentarse una de las partes para su práctica. Advierte que las medidas que se adopten con tal propósito deben llevarse a cabo “... **preservando siempre la garantía constitucional a un debido proceso y el derecho de defensa**”, lo que en el caso **sub lite** no se cumplió por la juez a quo, quien infringió el derecho fundamental constitucional consistente en que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho.

Las normas constitucionales y legales no cohonestan que se adelante un segundo juzgamiento a quien fue absuelto 30 años antes y se sometió a todas las pruebas solicitadas por los demandantes, inclusive a la de sangre que regía en ese entonces.

7. Las decisiones jurisprudenciales que menciona la juez de primera instancia en su fallo no desvirtúan el fenómeno de la cosa juzgada consolidada antes de regir la Ley 721 de 2001, razón por la cual carecen de transcendencia para el caso **sub lite**.

Y respecto de la sentencia T-352 de 2012 y concretamente el asunto distinguido con la radicación T-2864427, cabe decir que difiere totalmente del sub lite; en aquél, con antelación, en 1973, el Juzgado Cuarto Civil de Menores de Medellín profirió un fallo de filiación que denegó las súplicas impetradas; posteriormente ante el juez 11 de familia de la misma localidad se inició un segundo proceso de filiación contra el mismo demandado, en el que se declaró probada la excepción de cosa juzgada, decisión que confirmó la Sala Cuarta de Familia del Tribunal Superior de dicha ciudad. Sin embargo, como en el curso del nuevo proceso se había aportado la prueba de ADN que arrojó como resultado la paternidad del allí demandado respecto del demandante, la cual no se tuvo en cuenta por los jueces de instancia no obstante que obraba en el expediente, el juez de tutela en ese asunto accedió al amparo solicitado.

Lo anterior se traduce en que en el citado caso la prueba genética se practicó con el acuerdo del demandado, con lo cual se modificó el efecto de la cosa juzgada, pues de lo contrario ello habría sido imposible en vista de que la sentencia de 1973 adquirió ejecutoria antes de la expedición de la Ley 721 de 2001. Fue esto, por tanto, lo que exclusivamente condujo en ese caso, como se dijo, al éxito de la acción de tutela, pues ninguna persona puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho (artículo 29 de la C.P.), pero, como enseña Eduardo J. Couture, citado por Murcia Ballén ((Recurso de Revisión Civil, Editorial Foro de la Justicia, 1981, págs. 63 y 65, “Una de las tantas paradojas de la cosa juzgada consiste en que siendo más vigorosa que cualquier norma de orden jurídico ... puede modificarla un simple acuerdo de los particulares en cuanto los derechos y obligaciones de ella atribuidos”; **acuerdo o consentimiento que en el caso sub exámine no se dio. Por consiguiente el fallo del 26 de julio de 1988 sigue incólume.**

Así las cosas, como lo explica Murcia Ballén, “... La cosa juzgada es el mismo derecho sustancial que existía antes del proceso transformado con la sentencia en **cierto, indiscutible y ejecutable...**” (ob. cit.),.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado en varias jurisprudencias que el artículo que consagra la cosa juzgada (332 del C. de P.C., hoy 303 del C.G.P.) su violación, de vieja data, es endilgable bien por vía directa o indirecta como una transgresión a un precepto de derecho sustancial (Sentencia 075 del 7 de junio de 1994; 228 del 24 de junio de 1992; Casación 1º de junio de 1936; Gaceta 43, págs.. 711, 712, entre otras). Amén de lo anterior, dado que la Constitución le brinda especial protección a la cosa juzgada en el capítulo de los Derechos Fundamentales, se infiere que ésta no es un mero asunto de derecho procedimental sino sustantivo.

El fallo apelado, así las cosas, carece de fundamentos probatorios y jurídicos. Los demandantes no pueden evadir los efectos de la cosa juzgada material de la sentencia del 26 de julio de 1988, ya que ellos debidamente representados adelantaron y actuaron por medio de abogado en el proceso en que ésta se profirió

Me parece oportuno citar lo expuesto por el magistrado Carlos Bernal Pulido de la Sala Octava de Revisión de Tutelas, quien en su salvamento de voto a la sentencia T-249 del 3 de julio de 2018, relativa al asunto sub exámine, luego de resaltar que la tutela incoada no cumplió con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad – lo que aparece de bulto- agregó que tampoco se acreditó “en modo alguno la configuración de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la tutela aún de manera transitoria...”.Y, además, el criterio de la magistrada y ex presidenta de la H. Corte Constitucional, dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, quien al referirse al fallo de tutela T-249 de 2018, manifestó que esta decisión “... desconoció que el asunto que se ventilaba ya había sido conocido y decidido por la jurisdicción ordinaria con carácter definitivo” y añadió que la tutela era improcedente y socavó “... los principios de igualdad, cosa juzgada y seguridad jurídica” (aclaración voto incidente nulidad sentencia T-249 del 3 de julio de 2018).

Finalmente debo señalar que el juez ordinario al continuar el proceso de filiación no puede dejar de lado su autonomía funcional, pues la jerarquía de la rama es meramente organizacional (artículo 228 de la Constitución), tal como lo enseña el fallo C-543 de 1992 de la H. Corte Constitucional, que es cosa juzgada constitucional a la luz del artículo 243 de la Constitución Política.

Con base en lo anterior, solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se declare probada la excepción perentoria de cosa juzgada material alegada por el demandado y se denieguen las súplicas de la demanda.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rafael Eugenio Quintero Milanés', written over a horizontal line.

RAFAEL EUGENIO QUINTERO MILANES
T.P. No 8.706 del CSJ.-