

**LA PRUEBA DE LA PATERNIDAD FRENTE A LA
MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 92 Y EFECTOS EN LOS
HIJOS POR NACER**

**ADELA ORELLANO DE ORTIZ
LEOCADIO FOLGOSO CASTILLO**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA
1998**

INTRODUCCION

El Código Civil Colombiano, en su Art. 92 establece el principio de que el hecho concepción preceda al nacimiento, analizamos dos hechos relevantes :

Primero. Como no se puede probar directamente, la Ley establece un medio indirecto “la presunción partiendo de un hecho o probabilidades”¹.

Segundo. El Art. 92 expresa “no menos de 180 días cabales y no más que 300 contados hacia atrás”².

En cambio, el nacimiento se puede probar por el parto, siendo el hecho “concepción” el punto de partida en la prueba, existencia de las personas, en la compleja red de relaciones interpersonales

¹ REVISTA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Legis. Bogotá N° 315, (Marzo, 1998) Tomo 27. p. 316. 369p.

² Ibid. p. 318

lo que forma el parentesco legal, defecto o hecho de pareja (hombre-mujer).

A pesar de que existen normas en la legislación civil para las uniones extramatrimoniales como Ley 75 de 1968, la Ley 45 de 1936 y la Legislación del Menor los cuales son mecanismos oficiales. El problema de evasión de la responsabilidad en el reconocimiento de la paternidad prolifera cada día más en el caso de Barranquilla, donde en los barrios marginados entre 1995 y 1996 el 75% de los 59 casos atendidos en la Comisaría de Familia eran muchas jóvenes obreras, muchachas del servicio doméstico, empleadas que sostenían relaciones de "Hecho" que vemos que la sola relación sexual era la prueba más relevante para establecer la concepción, o sea la relación tracto sexual con el hecho concepción, dando al traste así como un alto porcentaje de hijos no reconocidos por sus padres.

La connotación jurídica del hecho a probar por presunción legal según la Corte Constitucional, sentencia de 98 que modifica el

Art. 92 del C.C. Se presume de “derecho” que la concepción ha precedido al nacimiento.

La tesis de la Corte Constitucional que el hecho concepción admita prueba en contrario y esté establecido según nuestra hipótesis es que si se verifica que ampliando o extendido el campo probatorio de la concepción, pueda proteger las relaciones sexuales, en uniones, que de hecho o no protegidos jurídicamente libres al concebir hijos de estos padres, nieguen la paternidad, y que este aporte a probar más positivamente o negativamente la concepción y constituya la justicia de los hijos de las madres solteras, obreras en general³.

³ Ibid. p. 324.

CONTENIDO

ANTECEDENTE DEL PRINCIPIO Y FIN DE LA CONCEPCION

Estado actual del problema : Al ocuparse de este asunto, el Consejo de Estado Francés que redactaba el proyecto del que se convertía en el Código Civil de los Franceses y más tarde el Código Napoleón, nombre que hoy conserva, consultó la opinión del célebre médico Fourcroy. Este después de distinguir entre los nacimientos acelerados y los tardíos concluyó que los primeros no podían producirse antes de 182 días siguientes a la concepción, y que los segundos no podían acontecer después de pasados los 286 días de la concepción. Después de la intervención del propio Napoleón, a la sazón de primer cónsul, los términos se fijaron en 180 y 300 días y así quedó consagrada en la presunción de derechos establecida en el Código Civil Francés⁴.

⁴ Ibid. ps. 324-329.

Don Andrés Bello López, al redactar el Código Civil Chileno, estableció idéntica presunción de Derecho en el artículo 76 de ese Estatuto. De allí pasó al Código Civil de Col, artículo 92.

Con el paso del tiempo, la ciencia médica ha llegado a una conclusión diferente : La duración del embarazo que culmine en el nacimiento de un ser humano, de una criatura que sobreviva la separación completa de la madre, puede ser inferior a 180 días o superior a 300 días, los casos científicamente comprobados en los cuales la gestación tuvo una duración inferior o superior a la mencionada en la presunción de derecho, llevaron a muchos autores a criticar la citada norma así Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Samarriva Undurraga⁵ escribieron en su "Curso de Derecho Civil".

Los plazos sobre la determinación de la concepción que consagra el artículo 76. La experiencia enseña que hay casos de gestación de más de 300 días y menos de 180 es célebre al respecto lo que sucedió con Richelieu, que nació viable de cinco meses, habiéndose reconocido su legitimidad por el parlamento de París⁶ .

⁵ Ibid. p. 326.

⁶ Ibid. p. 328.

Si analizamos este artículo vemos que puede llevar a cometer muchas injusticias especialmente en materia de ilegitimidad de los 180 días de que habla en artículo 180 Civil Chileno puede llegar a negarlo.

Para el legislador Chileno es una verdad que ninguna gestación puede durar menos de 180 días a pesar de que la ciencia y la práctica digan lo contrario.

El artículo 185 del Código Civil Chileno es también consecuencia del artículo 76 del Código Civil Chileno, de acuerdo a este ninguna gestación puede durar más de 300 días porque sería declarado ilegítimo por la presunción de derecho, lo cual no admitía prueba en contrario.

Sin lugar a dudas el artículo 92 del Código Civil Colombiano de la época del nacimiento, según la regla siguiente : “Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no

menos de 180 días cabales y no más de 300 contados hacia atrás desde la media noche en que se principia el día del nacimiento”⁷ .

Pretende el autor en la presunción de “derecho” que establece el art. 92 del Código Civil sobre la “época” de la concepción, quebranta la Constitución en especial los artículos :

“1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

5°. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

⁷ Ibid. p. 329-331.

13°. Todas las personas nacen libre e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan.”⁸

Como se ha dicho, la inexecutable parcial de la norma contenida en el inciso segundo del Art. 92, se origina en la imposibilidad de desvirtuar la presunción que allí se consagra, por ser presunción de derecho y no simplemente legal.

⁸ CONGRESO DE COLOMBIA . Constitución Nacional. Santafé de Bogotá, 1991. Edit. Temis. 21 Edición. Art. 1°, 5° y 13°.

Presunción que se basa en lo que generalmente acontece en la inmensa mayoría de los casos, o en casi todos: que la concepción precede al nacimiento al menos 180 días y no más de 300. Como presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario, su aplicación permite determinar la filiación en casos como el previsto en el ordinal 4° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968. “Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción”. Si se declara la inexecutable todo el artículo 92, se llegaría al absurdo de que la sola existencia de relaciones sexuales entre la madre y un determinado hombre, en cualquier época, daría lugar a la aplicación de la presunción establecida por la norma transcrita.

También tiene aplicación la presunción en el caso del ordinal 1° del mismo artículo 4° de la Ley 45 de 1936, de conformidad con el cual la paternidad extramatrimonial se presume y hay lugar a

declararla judicialmente “en caso de raptó o violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción”⁹.

La presunción del Art. 92, en síntesis, es la base de diversas normas del Código Civil relacionadas con la familia o con el parentesco. Como presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario, en nada vulnera la Constitución. Es claro que si se abre la posibilidad de desvirtuarla, por medio de las pruebas pertinentes, ella no constituirá en adelante un obstáculo insalvable e injusto para las pretensiones de algunos.

En consecuencia, en la parte resolutoria de esta sentencia, se dirá que todas las normas que se refieran directa o indirectamente a la presunción del Art. 92, deberán interpretarse teniendo en cuenta que esta es simplemente legal y no de derecho, y que, por consiguiente, es admisible la prueba en contrario. Esta es la interpretación que la Corte Constitucional hace de las referidas normas, que tendrá fuerza de cosa juzgada.

⁹ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Derecho de Familia. Ley 45 1936. Art. 4° Ordinal 1°. Editorial Temis.

Ibid. Ley 68 1975. Art. 7°

Sin lugar a dudas este artículo en determinados casos vulnera la constitución ya que la ciencia médica ha llegado a establecer la posibilidad de nacimientos de seres humanos que son el resultado de gestaciones de duraciones inferiores de 180 días y superiores a 300 días, la presunción de derecho del Art. 92 C.C. tiene finalidad clara : Permitir que se pruebe o se descarte de una persona en especial, como es bien sabido, es parte del estado civil determinó por lo mismo, derechos y obligaciones diversas, que no vienen al caso enumerar.

¿Qué ocurre cuando un ser humano que ha nacido o se ha separado completamente de su madre (Art. 90 C.C.) como resultado de una gestación inferior aplica la presunción a 300, se le aplica la presunción de derecho del Art. 92 C.C.? Sencillamente se le impediría demostrar ante la justicia su condición de hijo de una determinada persona o se permite que se desconozca su condición de hijo legítimo si ha nacido dentro del matrimonio.

El nacimiento y en particular la condición de hijo, es la fuente principal del estado civil. El determina situaciones tales como derecho y obligaciones, como la herencia, los alimentos legales, el ejercicio de tutelas y curadurías, etc. Por eso, a quien en un caso determinado no tiene la posibilidad de probar su condición de hijo de alguna persona en particular, se le vulneran estos derechos fundamentales :

- 1) El que tiene a un estado civil derivado de su condición de hijo de una determinada persona, atributo de la personalidad (Art. 14 y 42 C.N.).
 - 2) El que tiene a demostrar ante la administración de justicia su verdadero estado civil (Art. 228 C.N.).
 - 3) Por lo anterior se quebrante en su perjuicio el principio de igualdad (Art. 13 C.N.). Entonces, la declaratoria de inexecutable de la expresión “de derecho” del Art. 92 C.C. sencillamente traería como consecuencia el permitir la prueba de filiación en los casos excepcionales de nacimientos
-

acaecidos como fruto de gestación de menos de 180 días de duración o de más de 300 días. El cambio de "derecho" a hecho, abre el campo de las posibilidades científicas de que se pueden demostrar con más veracidad legítima de su presunto padre. Existen dos clases de pruebas importantísimas que son las usuales en el I.C.B.F. como son la D.N.A. y la Antropoheredobiológica.

Según la Ley Séptima de 1979 y su decreto reglamentario N° 2388 del mismo año, le compete a este instituto la función de emitir los dictámenes periciales antropoheredobiológicos o de investigación biológica de la paternidad en los procesos de filiación por solicitud de los jueces y defensores de familia de todo el país para garantizar el derecho fundamental que tienen los niños y adolescentes a que se le defina su afiliación.

De acuerdo con las estadística de los años 1994 y 1995, se dirigen al I.C.B.F., aproximadamente 5.000 solicitudes de paternidad al año que corresponden a 15.000 muestras. De estos, el laboratorio de genética del I.C.B.F. ha venido atendiendo

4.500 solicitudes que equivalen a 12.500 muestras, las 2.500 restantes quedan pendientes especialmente, por el incumplimiento de las citas por parte de los usuarios. De pronto por presentación tardía del servicio en el resto del país, debido a la centralización del laboratorio en la capital de la República.

De otra parte, la falta de actualización a nivel científico, de acuerdo con las normas internacionales establecidas en la materia, constituye un factor que impide la prestación del servicio en condiciones de óptima calidad, con el fin de adelantar este proceso de descentralización, la Junta Directiva del I.C.B.F., expidió el Decreto N° 2749 del 15 de Diciembre de 1994, que autoriza a la entidad a delegar la función de emitir estos dictámenes en otros organismos de la administración pública, idóneas y especializadas en la materia, a través de la celebración de contratos interadministrativos, para lo cual se convocaron 21 prestigiosas entidades del Estado para la prestación de presupuestos de pruebas genéticas, lo cual después de haber

conformado un comité de especialistas¹⁰ . Se escogieron seis (6) propuestas de las siguientes entidades públicas, las cuales se dividieron en macro regiones así :

Universidad de Cartagena para la macro región de la Costa Atlántica, Universidad Industrial de Santander para la macro región de Oriente, Universidad de Antioquia la macro región Andina Pacífica, Universidad del Cauca para la macro región Sur Occidente, Hospital Universitario del Vallo macro región Centro Sur, Universidad Pedagógica Nacional para la macro región Centro Oriente, pendiente por suscribir contrato con la Universidad Tecnológica de Pereira para cubrir las regiones del Eje Cafetero, como también la Universidad Nacional e Instituto de Medicina Legal y con esto ampliar Centro Oriente por ser la que recibe mayor número de solicitudes.

¹⁰ Ibid. Ley Séptima de 1979 y su Decreto Reglamentario 2388 del I.C.B.F.

En menos de un siglo las pruebas de paternidad han cambiado desde la evolución de fechas de gestación o rasgos físicos y antropométricos muy subjetivos y de escasa confiabilidad, hasta la realización de sofisticadas pruebas genéticas en el DNA o “FINGERPRINT”, lo cual permite diferencial con alta precisión entre los dos seres humanos y asignar la probabilidad de paternidad o índice de paternidad de una familia determinada¹¹

¹¹ Ibid. Código Civil Colombiano Santafé de Bogotá. Editorial Temis. Santafé de Bogotá.
I.C.B.D. Carta de Derecho de Familia N° 36 Enero/98. ps. 54-56. 64p.

CONCLUSION

El permitir las prueba de la filiación en los casos excepcionales de nacimientos acaecidos como fruto de gestaciones de menos de 180 días de duración o de más e 300 días, existen métodos científicos en Colombia que permiten probar casi con el 100% de posibilidades de acierto, la filiación.

Existe otra forma de plantear la inclusión de la paternidad como es la de hacerlo con cifras poblacionales, señalando la probabilidad de encontrar una persona idéntica para los marcadores genéticos estudiados siempre con relación al contenido étnico de la población.

Para la ciencia y en particular para la genética molecular, tanto la negación como la afirmación de la paternidad son inobjtables en el momento actual, lo que hace innecesario apelar a las nociones de tiempo en que pudo ocurrir la concepción.

La duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de la filiación. La filiación fuera de las demás pruebas aceptadas por la Ley Civil, se demuestra ahora principalmente, por la inexequibilidad de la expresión “de derecho”, del Art. 92 del Código Civil, sencillamente permitir la prueba de la filiación en los casos excepcionales de nacimientos acaecidos como fruto de gestaciones menos de 180 días de duración o de más de 300 días. A la altura de estos tiempos, existen en Colombia, métodos científicos que permiten proba, casi con el 100% de posibilidades de acierto, la filiación. Así lo afirma el eminente genetista Doctor Emilio Yunis Turbay, en concepto de septiembre 17 de 1997.

BIBLIOGRAFIA

Revista Jurisprudencia y Doctrina Legis Bogotá. Marzo 1998.
Tomo XXVII N°315. ps. 324, 325, 326, 327, 328, 329. Total
páginas : 369.

Congreso de Colombia. Constitución Nacional. 1991. Santafé de
Bogotá. Art. 1°, 5° y 13°.

Congreso de la República. Santafé de Bogotá. Ley 45 1936. Art.
4° Ordinal 1°.

Congreso de la República. Santafé de Bogotá Ley 68 1975.
Art. 7°

Congreso de la República . Santafé de Bogotá Ley Séptima de
1979 y su Decreto Reglamentario 2388 del I.C.BF.

Congreso de Colombia. Código Civil Colombiano Art. 92.
Editorial Temis.

I.C.B.F. Carta de Derecho de Familia. N° 36 Enero/98. ps. 54,
55, 56. Total páginas : 64.
