

**EFICACIA DE LA PRUEBA DE DNA EN LOS PROCESOS
DE FILIACION**

**LINA GARRIDO OJEDA
LESLIE SALAS POLO**

Director de Ensayos:
FERNANDO PIÑERES

REQUISITO PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO**

Barranquilla, Octubre de 1999

TABLA DE CONTENIDO

	PAG.No.
INTRODUCCION	
1. EFICACIA DE LA PRUEBA DEL DNA EN LOS PROCESOS DE FILIACION.	1
1.1. ESBOZO HISTORICO.	1
1.2. ASPECTOS DETERMINANTES EN LA PRUEBA DE DNA.	3
2. CONNOTACION JURIDICA DE LA PRUEBA DE DNA EN LOS PROCESOS DE FILIACION.	7
ANEXOS	21
CONCLUSION	
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

El tema de la eficacia del DNA como prueba biológica es los procesos de filiación, en el campo jurídico, no se había abordado antes en forma tan específica, como es lo que se pretende llegar a ser; solamente se encontró en un ensayo ya realizado unos apartes que tienen mucha relación, con este estudio y que son de gran importancia, con tal razón se traen a colocación y es el referente a un ensayo en el que se tratan aspectos que vale la pena destacar; tal es la prueba de la paternidad frente a las modificaciones del Art. 92 y efectos en los hijos por nacer, aspectos tales como cambio de derecho a hechos, que abre el campo de las posibilidades científicas, de que se puede demostrar con más veracidad legítima si un hombre es presunto padre o la madre.

Además se plasma la existencia de dos clases de pruebas importantísimas y son las más practicadas en Colombia, tal como es DNA y la Antropo - Heredo - Biológica. El caso en referencia es la del DNA (ácido desoxirribonucleico), su eficacia en los procesos de filiación, problemática que estuvo por mucho tiempo descuidada en la literatura jurídica y médica y las cuales reafirman el derecho a la identidad, que tiene toda persona. ¿Pero que significa esta prueba a la luz de nuestra legislación civil?. Como podemos ver se encuentra mínimamente regulada. Solamente la Ley 75 de 1968 en sus arts. 8 y 7 la tratan en forma generalizada, se puede decir que esta mejor conceptualizada y definida, ya que el legislador revela su importancia, en el campo genético

que el jurídico y afirmamos que es un material genético en las células de un cuerpo, cada célula nucleada tiene 46 cromosomas con excepción de la célula del espermatozoides del hombre y óvulo de la mujer, que contiene solamente 23 cromosomas en el momento de la concepción, hay 46 cromosomas necesarios para crear a una persona, por eso una persona recibe una mitad de su material DNA biológico, ahora bien ¿Si es en la actualidad realmente eficaz esta prueba y si es valorada por los jueces y magistrados y demás representantes de la justicia para dirimir un conflicto de filiación?. Es allí donde queremos profundizar en el ensayo y llegar a una respuesta la cual nos elevara a la posibilidad de determinar que tal investigación resulta positiva y coherente con el sistema de reconocimiento de la igualdad de todos los hijos y su derecho a conocer su origen biológico, además de que se considera el mayor aporte científico del siglo dentro de las nuevas técnicas de la genética, y su valoración en el campo jurídico, otro aspecto en que estas pruebas estén al alcance de cualquier persona y plantear como requisito su realización bajo custodia en cadenas.

Con la posibilidad de investigar la paternidad y la maternidad a través de esta prueba nos proponemos que se constituya un elemento positivo de protección del hijo no solo en el aspecto tendiente a su reconocimiento, sino también en otros casos en los que tal conocimiento de sus orígenes puede ser de vital importancia y con importantes consecuencias de carácter efectivo, familiar, social, psicológico y cultural.

Ahora podemos plantearnos que conocimiento científico tienen las personas, encargadas del aspecto jurídico de esta prueba? Si en la actualidad se esta

informando sobre los conocimientos para abordarlas, para efecto de que sean más eficientes y se le den el valor probatorio que merecen.

De esta manera es posible responder a la búsqueda de un interrogante que se ha llevado por años o que se acaba de producir.

En la declaración universal de los derechos humanos de las generaciones futuras, propuesta por los participantes en la reunión de experto UNESCO - Equipo Costea organizada por el Instituto tricontinental de la democracia parlamentaria y los derechos humanos de la universidad de la laguna (Tenerife - España) el 26 de febrero de 1994, se dispuso para su adopción y puesta en practica para todos los pueblos y todas las naciones, el art. 4 titulado "El derecho a conocer sus orígenes y su identidad" que dice "Las personas pertenecen a las generaciones futuras tienen derecho a conocer sus orígenes, su identidad, y su historia tanto personales como colectiva, conforme a la ley en la medida que sea compatible con el derecho a la intimidad y de recibir la información sobre los diferentes sistemas de valores para permitir la libre formación de sus valores"¹.

Con esto queremos que se asuma la responsabilidad de la paternidad y la maternidad para proteger la institución familiar y asumir los esfuerzos de padres, parientes, abogados y jueces hacia lo que se denomina "El interés del niño y dar cumplimiento al mandato constitucional previsto en el art. 44 "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

¹ Instituto Tricontinental de la democracia parlamentaria y los derechos humanos de la Universidad de la Laguna Tenerife - España, 26 de Febrero de 1994.

1. EFICACIA DE LA PRUEBA DEL DNA EN LOS PROCESOS DE FILIACION

1.1. ESBOZO HISTORICO.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a que se le defina su filiación, este problema se viene dando desde épocas pasadas. En Roma el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque la perpetuación de la prole se procuraba la existencia de seres que rindieren culto a sus antepasados.

Esta concepción religiosa explica el gran desarrollo que tuvo la adopción entre los romanos. Tanto el matrimonio Cum manu como el Sine manu se tuvieron como fuentes de legitimidad. El hijo legitimado se le identificó en derechos y obligaciones con el legítimo; al adoptivo se le colocó en un mismo plano de igualdad frente a los anteriores. El calificativo de natural se le asignó a la prole de la concubina, distinguiéndose del bastardo proveniente del adulterio, prostitución o incesto a quien con cierta repugnancia Justiniano concedió alimentos, los hijos naturales gozaban del derecho de suceder a sus padres en proporción inferior a los legítimos.

La legislación francesa y española conservaron la distinción tradicional entre hijos legítimos e ilegítimos. La concepción del matrimonio es considerada

como elemento distintivo de la filiación legítima; la legitimación es igualmente fuente de legitimidad. A la prole ilegítima se le agrupa en dos categorías: La natural proveniente de personas no casadas, que hubieren podido hacerlo para la época de la concepción y la adúltera e incestuosa.

El derecho español provee una categoría de hijos extramatrimoniales no contempladas en el derecho francés, la de los sacrílegos, nacidos de religiosos ligados por votos pasados.

En el derecho colombiano, Andrés Bello, en su proyecto de Código Civil, siguió de cerca la legislación francesa, la cual con predominio, luego en el Código Civil chileno, sirvió de fuente única del código del estado de Cundinamarca que a la postre vendría a ser el Código de los Estados Unidos de Colombia y luego de la República de Colombia.

Pese a las periódicas reformas que ha venido sufriendo nuestro código civil desde su vigencia mediante la ley 57 de 1887, conserva su carácter de fuente primordial de nuestro derecho privado, ello se manifiesta con respecto a las diversas instituciones del derecho de familia y con especialidad en la filiación.

De acuerdo a nuestra legislación vigente cuyas normas se hallan diseminadas en el Código Civil en las leyes que lo han reformado, adicionado o complementado expedidas con posterioridad a 1887 sobre todo la ley 57 y 153 del mismo año, la 95 de 1890, la 45 de 1936, la 75 de 1968, el Decreto Ley 2820 de 1974, la ley 29 de 1982 y en el Código del menor Decreto 2737

de 1989; en la actualidad se contempla dos clases de hijos: los legítimos, comprende en ellos a los legitimados y los hoy llamados extramatrimoniales.

Paralela a las dos clases de hijos existe en nuestra legislación una tercera clase de hijo: el adoptivo cuyo origen remoto es la ley en inmediato la sentencia del juez; en la actualidad, Código del Menor (Decreto 2737 de 1989, arts. 88 a 128).

No sobra reseñar que nuestra constitución política en el art. 42 reafirma estos principios.

1.2. ASPECTOS DETERMINANTES EN LA PRUEBA DE DNA

Ahora bien, siguiendo con los procesos de filiación, se han considerado concluyentes a partir de 1943 las investigaciones científicas de aquellos hijos que no tienen paternidad definida debido a la cantidad de relaciones extramatrimoniales en las que casi siempre el padre niega su paternidad, por tal razón el legislador ha intervenido para imponer a demandantes y demandados en litigio de paternidad, a soportar la investigación de la sangre, teniendo como apoyo los cuatro grupos sanguíneos (A, AB, B y O); y en los factores M y N, hoy factores RH (positivo o negativo) puede demostrarse que si existe en el niño un grupo o factor específico que no existe en la madre no en su marido; en consecuencia no puede ser a este quien lo engendro.

Si del examen genético resulta "paternidad compatible" y las demás pruebas practicadas en el proceso permiten concluir la existencia de uno de los hechos como:

- a) Relación sexual durante la época de la concepción;*
- b) Que el presunto padre ha tratado al hijo como tal, durante por lo menos 5 años, etc, el juez debe aclarar la paternidad.*

Cuando el examen es insuficiente para determinar la paternidad se complementa con otros dos llamados HLA y D.N.A (A.D.N.).

Después de haber analizado lo referente a la legitimidad y aspectos relacionados con la paternidad; nos preguntamos: ¿Qué es la prueba del D.N.A. (A.D.N.) y que tan eficaz resultaría se aplicación para dirimir un conflicto de filiación?

El ADN (ácido desoxirribonucleico) es el material genético en las células de su cuerpo. Cada célula nucleada tiene 46 cromosomas, con excepción de las células de espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer, que continúan solamente 23 cromosomas. En el momento de la concepción, hay 46 cromosomas necesarios para crear una persona. Por eso una persona recibe la mitad de su material genético de su madre biológica y la otra mitad del padre biológico.

La prueba ADN (DNA) es mucho más que un análisis de sangre; se puede ejecutar con una variedad extensa de muestras incluyendo células de sangre, muestra de tejidos y semen.

Esta prueba es la forma más precisa para determinar la paternidad debido a que el ADN de cada persona es único con excepción de gemelos idénticos, que serían como una impresión dactilar. Si los modelos ADN (DNA) entre el niño y el padre presunto no aparecen en dos o más sondas, entonces el padre presunto es excluido 100%, que significa que él tiene una probabilidad de 0% de paternidad. Si los modelos ADN (DNA) aparecen entre la madre, el niño y el padre presunto con cada sonda, entonces se puede calcular una paternidad del 99.99% o más alta.

El procedimiento para la prueba del ADN se puede ejecutar antes del nacimiento del niño; esto se hace mediante un método llamado Amniocentesis, que se ejecuta generalmente entre las 14 a 24 semanas de embarazo y consiste en introducir una aguja en el abdomen materno para extraer unos 20 milímetros de líquido Amniótico, esto permite analizar diversos parámetros del laboratorio según los elementos que se encuentren presentes en el líquido Amniótico, entre estos la paternidad.

El proceso de la prueba consiste en extraer el ADN (DNA) de unas gotas de sangre, células de mejilla, o células cultivadas. Se utilizan enzimas para cortar la muestra de ADN en fragmentos, que se ponen en una matriz de gelatina. Una corriente eléctrica hará los fragmentos moverse por la gelatina, los fragmentos más pequeños se mueven a una distancia más corta. El ADN separado en fragmentos se transfiere a una membrana de nailon, que se expone a una sonda de ADN marcado, que es un pedazo corto de ADN hecho a medida que reconoce y se une a un segmento exclusivo de ADN de la persona a la cual se está haciendo la prueba.

Esta membrana de nailón se coloca contra la película, que revelará bandas negras donde las sondas se unieron al ADN.

El modelo de bandas es igual a las de la madre y la otra mitad a las del padre. Se repite varias veces este proceso, con cada sonda identificándose una zona diferente del ADN y produce un modelo distinto. Al utilizar varias sondas, se puede alcanzar una eficacia de 99.99% sobre la consanguinidad.

La prueba del ADN (DNA) es de suma importancia ya que por medio de ella sus resultados se pueden beneficiar un sin número de personas entre ellos:

- *Una mujer que busca sostenimiento para su hijo de un hombre que niegue ser padre del niño.*
 - *Un hombre que intenta ganar la custodia sobre el niño.*
 - *Un hombre que quiera confirmar la paternidad de su o sus hijos.*
 - *Un padre o una madre que quiera determinar la paternidad del niño antes del nacimiento.*
 - *Hijos adoptivos que buscan sus familias biológicas.*
 - *Un par de gemelos que buscan determinar si son idénticos o fraternales.*
- Etc.*

2. CONNOTACION JURIDICA DE LA PRUEBA DE DNA EN LOS PROCESOS DE FILIACION

Después de haber detallado minuciosamente todos los aspectos relacionados con la prueba del DNA, nos detenemos a analizar como futuras abogadas que connotaciones jurídicas se han presentado en la actualidad, que falencias y que podemos plantearnos ante esta situación.

La ley 75 de 1968 en los arts. 7 y 8 regula las pruebas biológicas en los procesos de filiación. El art. 8 consagra:

"Los jefes de hospitales, clínicas o casas de salud que tengan a una mujer embarazada y los médicos tratantes, tomarán los informes y practicarán los exámenes necesarios para establecer la fecha probable de iniciación del embarazo, y las características heredo - biológicas de la paciente, a quien indagarán sobre el padre; igualmente ocurrido el alumbramiento anotarán los caracteres de la criatura y la duración de su gestación. Todos estos informes serán suministrados al juez de familia, quien los tendrá en cuenta en el proceso de investigación de la ascendencia a que hubiere lugar"¹.

¹ ORTEGA TORRES, Jorge. "Código Civil". Santa Fe de Bogotá. Temis, 1986. P. 1283.

Tal como queda redactada esta norma ofrece el peligro de quienes toman esos datos en los hospitales sea personal subalterno y muchas veces ignorante, que pueda presentarse a equívocos e inclusive a maniobras fraudulentas.

Nos dice la disposición si ocurrido el nacimiento y cumplido el lleno de los requisitos exigidos, el jefe del hospital debe proceder en lo propicio a remitir al juez de menores (hoy juez de familia) la información pertinente, o si ello solo debe obedecer a una solicitud del juez. Lo más prudente hubiera sido que ante un caso de tal naturaleza se informarse al defensor de familia para que si tal cosa fuese procedente, instaure la acción pertinente ante el juez.

El art. 7 consagra:

'En los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez a solicitud de parte o cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendiente y de tercero, que aparezcan indispensable para reconocer parcialmente las características heredo - biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación Antropo heredo - biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos e intelectuales transmisibles que valorarán según su fundamentación y pertinencia.

'La renuncia de los interesados a la practica de tales exámenes será apreciada por el juez como indicios según las circunstancias" ².

² Ibid, P. 1283

Esta norma consigno la procedencia y utilidad de la prueba pericial para analizar las características heredo - biológicas.

La norma consagra " En todos los juicios de investigación de la paternidad o maternidad" aunque la norma solo se refiere a los juicios (procesos) de investigación de la paternidad o la maternidad por los principios de analogía (Art. 8 de la ley 153 de 1887 y art. 5 del Código de Procedimiento Civil) debe aplicarse norma semejante en el proceso de impugnación de la paternidad o la maternidad legítima, tal como acertadamente se ha venido aplicando por nuestros jueces y registrados a pesar de las dimensiones que ha desencadenado el tema.

Continuando con el análisis y el juez a solicitud de parte o cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, dictará y ordenará y una vez alegado los hechos, la prueba de su realidad, su verdad, la verdad objetiva cuando sea asegurable; puede y debe ser objeto y fin del proceso. Si una parte propone una prueba pericial, biológica en este caso, para demostrar esa verdad debe ser admisible y si las partes no lo propusieron y es el juez quien la decreta y ordena de oficio, debe estimarse procedente y bien decretada y ordenada, en cuanto pueda concluir a la verdad que debe ser en lo posible el fin supremo del proceso; tanto más cuando en él se ventilan cuestiones de interés familiar, social y de estado que trasciende de lo meramente individual, particular o interés privado.

Pero ¿Qué quiso el legislador significar cuando fuere el caso? O sea no se trata de un simple auto discrecional del juez para decretar y ordenar la prueba pericial o abstenerse de hacerlo. Los resultados de la acción impretada o cuando surjan vacilaciones en la valoración del acervo probatorio, sino el juez de oficio deberá tratar de obtener la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, decretando y ordenando la prueba pericial (Art. 179 inciso 1 y 233, inciso 1 del C.P.C.)

La norma autoriza al juez para que decrete los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros que aparezcan indispensable para reconocer pericialmente las características heredo - biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordene la peritación Antropo - Heredo - Biológica; con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, filológicos e intelectuales transmisibles.

Otros aspectos que también conviene analizar es que en el año 1968, el termino Antropo - Heredo - Biológico tenía su máxima aplicación en la prueba Antropo - morfológica o Heredo - Biológica y en el sistema de los grupos sanguíneos, los cuales solo permiten la inclusión de la filiación. Por ello, con la norma se pretendió ante todo, ofrecer su medio de defensa a quienes se sentían injustamente acusado para que solicitaran al juez la practica de exámenes y el reconocimiento pericial de las características Heredo - Biológicas, a fin de descartar la paternidad o la maternidad que es imputada.

En la actualidad el conocimiento de las proteínas serias y la tecnificación de las pruebas del DNA, han permitido un mejor estudio de la filiación ofreciendo mayor verosimilitud en la inclusión o excepción de esta, sin embargo, el termino biológico sigue cobijando las pruebas anteriormente mencionadas.

La conveniencia de todo esto radica en que se le da al juez un medio probatorio de la más grande importancia para guiar acertadamente su juicio y para acatar su procedimiento.

Ahora cuando el juez se encuentra en frente de las pruebas biológicas, antes de apreciarlas y valorarlas irresponsablemente, se habrá documentado y asesorado, aún a través de los peritos que dictaminan o de los técnicos o científicos oficiales que rinden el informe, del valor objetivo de las pruebas.

El juez apreciara el dictamen pericial • el informe oficial de las pruebas biológicas en conjunto con las demás pruebas de acuerdo con las reglas de la sana critica. (art. 187 del C. De P.C)

Es deber de los peritos o de los técnicos o científicos oficiales suministrar un dictamen o un informe científicamente razonado de exclusión o de inclusión de la filiación que el juez valorara según su fundamentación y penitencia (art. 241 del C de P.C. y ley 75 de 1968, art. 7. Inciso 1 parte final)

En función de ese sano criterio de valoración recogerá el juez el resultado de las pruebas biológicas con el alcance que los peritos o los técnicos o

científicos oficiales le hayan dado, máxime si en el dictamen o en el informe justifican suficientemente su valor probatorio cuando se trate de exclusión o inclusión de la filiación. Esta interpretación, científicamente vinculante en estos casos, no pasará desapercibida para el juez o tribunal que deba basar su sentencia en las pruebas biológicas, y más a medida que vaya afianzándose científicamente la actual corriente procesal que ve en el dictamen pericial y en el informe oficial el medio de proporcionar al juzgador conocimientos y máximas de experiencia especializados, que él no dispone normalmente, con lo que el perito como auxiliar del juez a ese efecto o el técnico o científico oficial en cumplimiento de sus funciones, colabora a la función probatoria.

Cuando el resultado de las pruebas biológicas no sea absoluta exclusión de la filiación, su apreciación según las reglas de la sana crítica tendrá en cuenta, en primer lugar, el propio resultado del dictamen o del informe y el valor de la probabilidad de la filiación que exprese, y solo luego, las circunstancias del caso corroboren o contradigan aquel resultado, de cuya valoración conjunta, en lo posible, dependerá la decisión final.

La jurisprudencia y la doctrina han sido unánimes en reiterar que el juez siempre goza de la libertad e iniciativa para fallar. Lo que ocurre es que las fuerzas probatorias del dictamen pericial o del informe oficial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecian por el juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, la fama e ilustración de los peritos o técnicos o científicos oficiales y la ética con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por

las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

Al respecto comenta el doctor Roberto Solorzano Niño que "Los avances de la ciencia siguen brindando al investigador nuevos métodos y técnicas criminalistas, que le permiten mayor certeza en sus conceptos, a la vez que le hacen el trabajo más técnico y agradable. Lo importante ahora es que los señores abogados y magistrados las conozcan plenamente, para que las puedan pedir e interpretar en beneficio siempre de la verdad y la justicia"³.

Otro aspecto que es importante analizar es la:

NEGATIVA A SOMETERSE A LA TOMA DE DATOS O DE LA MUESTRA DE SANGRE.

En virtud de las garantías de raigambre constitucional de la libertad individual, adúcese a favor de esa negativa el derecho de la persona a su integridad física y a su inviolabilidad personal, al derecho sobre su persona y su personalidad y al derecho a su intimidad, con sus varias expresiones y manifestaciones jurídicas. A eso se pueden oponer varias razones:

Ningún derecho es absoluto, toda libertad tiene algún límite, derechos y libertades que terminan en donde empieza los de otros, quienes a su vez tienen derecho a probar el hecho alegado y al descubrimiento de la verdad. Negarse

³ SOLÓRZANO NIÑO, Roberto. Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados. 2da. Edición Bogotá. Gustavo Ibañez. 1993. Pág. 239.

injustificadamente a prestarse a un reconocimiento a una prueba puede constituir un abuso, y ahí termina también el derecho.

Por otra parte, ¿hay atentado a la integridad física con la toma de datos o con la extracción de unas gotas de sangre?, ¿puede alegarse seriamente ese motivo, como atentado a la persona cuando hoy son compulsivos ciertos reconocimientos médicos y vacunaciones sin mediar acción judicial como son las efectuadas en el servicio militar obligatorio y la vacunación obligatoria de los niños para ser admitidos en escuelas o colegios?. Podría decirse, y se ha dicho, que en este caso hay una disposición legal y un interés público que los hace obligatorios, y en el proceso de filiación hay intereses privados. Pero puede replicarse también que en los procesos de filiación no entran en juego solo intereses privados, de ahí la necesaria participación del Ministerio Público, y que la relación procesal es un derecho público, con obligaciones y cargas independientes del derecho discutido: quien participa en el proceso asume unas obligaciones y le es exigible cierto comportamiento, o deberá soportar las consecuencias pertinentes en otro proceso. Cuando hay colisión de intereses, además, hay que ponderarlos justamente, debiendo triunfar el que parezca superior, más valioso; y en este caso no parece que pueda haber duda alguna.

Hay unanimidad, desde luego, en afirmar que si una persona a quien debe tomarse datos o una muestra de sangre para las pruebas biológicas se niega obstinadamente a ello, no se la puede forzar ni tomarle datos o extraerle sangre contra su voluntad. Esta actitud, si no hay razón de peso que la

justifique, debe tener alguna motivación y no dejará de tener consecuencias jurídicas.

En el caso que la negativa provenga de una parte procesal, la Ley 75 de 1968, art. 7 inciso 2, consagra: "la renuencia de los interesados a la practica de tales exámenes será apreciada por el juez como indicio según las circunstancias" ⁴.

La calidad de indicio, en contra de la parte que se niega injustificadamente, se debe a que el motivo suele eludir la verdad.

Es una protección a la parte inocente porque cuando se dispone de un medio probatorio que dé esa garantía es lógico que quien se crea con derecho no eluda la prueba, y también es lógico que habiéndose eludido se saquen de ello las consecuencias lógicas.

Con ello se establece una garantía más para las partes intervinientes en los procesos de filiación.

Es de esperar que cuando exista un real interés por la verdad, más que por eludir dolosamente las responsabilidades naturales, la investigación biológica de la filiación será una comprobación rutinaria.

En el caso que la negativa, a prestarse a la toma de datos o a la muestra de sangre, provenga de persona ajena a las partes interesadas en el proceso, la

⁴ Opcit. Pag 92.

situación es diferente: no esta obligada a las consecuencias del proceso, luego, no cabrá indicio. Sin embargo, hablar de inviolabilidad del cuerpo, alegar el derecho a la libertad e integridad personal parece demasiado altisonante para cosa tan pequeña como la toma de datos o de unas gotas de sangre, cuando de su actitud dependen derechos y situaciones tan importantes; esa negativa podría constituir también un abuso de derecho y una falta de colaboración a la administración de justicia.

¿Pero que importancia tienen estas pruebas en un proceso de investigación e impugnación?

En los procesos de investigación de la filiación extramatrimonial juegan un importante papel las pruebas biológicas, ya en sentido excluyente. Ya en sentido incluyente. Lo primero, si dichas pruebas acreditan que el demandado no ha podido ser el padre o la madre; lo segundo, si a la posibilidad de que el demandada sea el padre o la madre como resultado de las referidas pruebas se llega a la hipótesis bastante probable de que el demandado es el padre o la madre.

En los procesos de impugnación de la legitimidad, de una parte, según nuestro código civil el marido puede impugnar la paternidad legítima:

a) "Si prueba que durante todo el tiempo en que según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer" (art. 214. Inciso 2 del C.C.).

b) probando el adulterio de la mujer y acreditando "La prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre" (art. 215 del C.C.). en esos hechos deben mencionarse hoy día las pruebas biológicas.

Se pregunta ¿Podrá el marido, aunque no pueda probar la absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer o el adulterio de la mujer, impugnar la paternidad únicamente con base en las pruebas biológicas expuestas?

Debe tenerse en cuenta que el Código Civil no conoció las pruebas biológicas, y que el art. 6 de la Ley 75 de 1968, no consagró la demostración biológica de la filiación como causal autónoma para declararla, pero al consagrar el art. 7 de la misma Ley que el Juez, a petición de parte o de oficio decretará y ordenará las mencionadas pruebas y que las valorará según su fundamentación y pertinencia, da a entender que ellas pueden servir para destruir la presunción de legitimidad cuando del resultado de las referidas pruebas se llegue a la convicción de que el marido no ha podido ser el padre del hijo dado a luz por su mujer.

De otra parte, según la Ley 75 de 1968 art. 3 inciso 5 "El hijo puede reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal..."

Se pregunta ¿Podrá el hijo reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad, aunque no pueda probar que su nacimiento se haya verificado despues del decimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal, únicamente con base en las pruebas biológicas expuestas?

Si bien de hecho de la disposición es que el nacimiento se haya verificado despues del decimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal, nada obsta para que el hijo, con base en las pruebas mencionadas, pueda destruir la presunción de su legitimidad sin tener en cuenta si nació antes o despues del decimo mes y mucho menos si hubo abandono definitivo del hogar conyugal o no; ya que la finalidad de la filiación es saber quienes verdaderamente son el padre y la madre del hijo.

Pero después de haber analizado en conjunto las pruebas biológicas específicamente la del DNA y su eficacia en los procesos de filiación nos preguntamos: ¿En la actualidad los jueces si están dando el valor probatorio que estas merecen o necesitan de otros aspectos, para dirimir un conflicto de filiación?

Como lo expresa López del Carril: por una parte, el vinculo biológico rebasa al jurídico en todos los aspectos de la creación; sin embargo; el vinculo jurídico lo califica. Por otra parte, el vinculo biológico no basta s por si mismo para hacer nacer el vinculo jurídico⁵.

⁵ LOPEZ DEL CARRIL, "Manual de familia". Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, P. 417.

La investigación de la filiación es tal vez el aspecto de la conducta humana y sus interacciones en donde con más frecuencia la realidad supera a la ficción.

Los esfuerzos de los padres, parientes, abogados, peritos (ahora médicos genetistas) y jueces deben estar encaminados a lo que se denomina "El mejor interés del niño". Bajo ninguna circunstancia debe olvidarse este principio, pues el mismo protege al niño y por consiguiente al núcleo social que es la familia. El art. 44 de la Constitución Política dispone que: " Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Llegados aquí es necesario destacar algunas inquietudes que preocupan inmediatamente al juez. Tales son:

Nuestro código civil en el art. 92 consagra que: "Se presume de derecho que la concepción ha precedido el nacimiento no menos que 180 días cabales y no mas que 300 contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

Debe contemplarse con singular interés el gran campo de aplicación de la ciencia y la tecnología actuales pues resultaría factible que su casi infalibilidad resquebraje el imperativo art. 66 del Código Civil que niega demostración en contrario a las presunciones de derecho como la mencionada del Art. 92.

La calidad de hijo legítimo o de hijo extramatrimonial depende fundamentalmente del estado civil de los padres.

Actualmente la violencia política ha contribuido con la necesidad imperiosa de determinar vínculos familiares entre niños adoptados irregularmente y sus abuelos reclamantes frente a la desaparición forzada de los padres. Sin olvidar la adopción y nacionalización de niños en países desarrollados.

La presunción "de derecho" contenida en el inciso segundo del art. 92 del Código Civil, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, erigiéndose, en consecuencia, la presunción establecida en esta norma "simplemente legal", que admite prueba en contrario. (Sentencia C-04 de 1998, expediente D-1722. Magistrado ponente: doctor JORGE ARANGO MEJIA)

Se sustenta la inexecutable "en que el nacimiento y en particular la condición de hijo, es la fuente principal del estado civil. El determina la situación de una persona en la familia y en la sociedad, y trae consigo una serie de derechos 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.

A manera de anexos presentamos unas sentencias para vislumbrar mejor la problemática de los procesos de filiación.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 27 de Noviembre de 1987.

Magistrado ponente: Dr. EDUARDO GARCIA SARMIENTO.

Se trataba de determinar si el señor J.B.H. era o no el padre del demandante J.M., en el proceso de filiación natural.

La Corte hace las siguientes consideraciones:

"14. Como claramente se deduce de la sentencia del Tribunal que se dejó reseñada, para acceder a la pretensión de filiación deprecada, encontró el juzgador acreditada la casual prevista en el numeral 4 del art. 6 de la Ley 75 de 1968, es decir, la ocurrencia de relaciones sexuales entre el pretense padre y la madre "en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción".

"17. Como el Tribunal, además de la prueba pericial, fundamentalmente se apoyó en la prueba testimonial para resolver favorablemente la petición de filiación natural, a fin de ver si el sentenciador incurrió en los errores de hecho que se le atribuyen, procede la Corte a examinar las declaraciones de..."

"18. El resumen que en lo esencial se ha hecho de las anteriores declaraciones de inmediato pone de presente que ni uno solo de los deponentes dio noticia de la existencia de relaciones sexuales entre la madre del demandante y la persona a quien se le atribuye la paternidad, por lo menos, en la época en que según la ley se presume la paternidad...

"Lo relatado por los deponentes sobre otros aspectos que los llevaron a manifestar que el demandante es hijo del causante, como se verá posteriormente, no indican, en consecuencia, ni por asomo, la existencia del trato sexual alguno entre el de cuius y R.M."

"19. Las anteriores consideraciones demuestran el evidente error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación objetiva de la prueba testimonial.

"En torno a la peritación antropo - heredo - biológica, no ha previsto la ley, hasta ahora, que constituya motivo autónomo o causal independiente que de lugar a presumir la paternidad natural y, por ende, a declarar judicialmente con apoyo en este único medio de prueba.

"Luego, como este dictamen, por sí solo, esto es, sin ningún otro respaldo probatorio que apunte a señalar, aun por vía de inferencia, el lapso durante el cual acontecieron las relaciones sexuales para así poder deducir la época en que debió producirse la concepción, no es suficiente para acreditar esta precisa causal, desde luego que, repítese, la peritación, per se, desprovista de cualquier otro elemento de convicción no tiene la virtualidad de ubicar en el

tiempo el trato sexual, debe seguirse que con respecto a su estimación igualmente incurrió el sentenciador en ostensible error de facto".

"20. ...Por lo tanto, se impone casar la sentencia atacada para proferir en instancia la que debe reemplazarla.

Sin embargo, la Corte estima necesario decretar prueba de oficio antes de proveer en grado de instancia y al efecto decretará las necesarias"

En resumen, la Corte en la apreciación del acervo probatorio encontró que los testimonios no indican, ni por asomo, la existencia del trato sexual alguno entre J.B.H. y R.M.; y que la peritación antropo - heredo - biológica, no ha previsto a la ley hasta ahora, que constituya motivo autónomo o causal independiente que de lugar a presumir la paternidad extramatrimonial y, por ende, a declararla judicialmente con apoyo en este único medio de prueba. Por lo tanto, la Corte estima necesario decretar pruebas de oficio antes de proveer en grado de instancia y al efecto decreta las necesarias.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 4 de diciembre de 1990.

Magistrado ponente: Dr. ALBERTO OSPINA BOTERO.

En el proceso ordinario de investigación de la filiación, se trataba de determinar si el señor J.H.P. era no el padre de L.M. y M.R.

La Corte hizo las siguientes consideraciones:

- 1. "La demanda se encamina a que se declare que J.H.P. es el padre extramatrimonial de L.M. y R.M., con base en que el demandado tuvo*

relaciones sexuales extramatrimoniales con la madre de estas, G.E.P.N., durante el lapso en que de derecho se presume la concepción; más precisamente el 14 de diciembre de 1980.

2. *"De conformidad con el artículo 6 de la ley 75 de 1968, primer inciso de su numeral cuarto, se presume a paternidad extramatrimonial y hay lugar a declararla judicialmente "En el caso de que entre el presunto padre y madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción".*
3. *"Hállase acreditado en el proceso que las menores referidas nacieron el día 8 de Septiembre de 1.981; por lo que, a la luz del citado artículo 92 del Código Civil, tuvo que acaecer en el periodo comprendido entre el 8 de Noviembre de 1.980 y el 8 de Marzo de 1.991, ya que la concepción debió proceder al nacimiento "no menos de Ciento Ochenta días cabales, y no mas de Trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento".*
4. *"Así las cosas, era menester que dentro de la actuación procesal la parte accionante demostrará, que la concepción se produjo en el espacio de tiempo señalado, en virtud de las relaciones sexuales ocurridas entre el presunto padre y la madre de las menores.*
5. *"El ad quem se apoya, fundamentalmente, para declarar que L.M y MR son hijas de J.H.P., en las declaraciones de N.O.G. y G.U.G.; también, en*

los exámenes de genética y peritación antropoheredobiológica, y en la grabación que el demandado allegó al expediente".

6. *"Despréndese de lo señalado en los dos números que anteceden, que las declarantes de refieren a una cita que pudo tener le demandado con la demandante el 14 de Diciembre de 1.980, con base a la información que ésta les suministró. No narran nada que haga inferir un hecho fundamental en el caso sub lite, como es que G.E.P. hubiera tenido relaciones con J.H.P. durante el lapso que se presume de derecho que se produjo la concepción de las menores L.M. y M.R.; concretamente el día que se aludió con anterioridad; por lo que, de no poderse llegar a tal inferencia indispensable para hacer el pronunciamiento deprecado en el libelo incoativo del proceso, resulta patente el yerro fáctico enrostrado por el casacionista, pues, objetivamente, de los medios probativos a que se acaba de aludir, no surge la demostración del supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por la parte demandante, ya que los testigos, si bien es cierto que se refieren a una cita que G.E.P. pudo tener con J.H.P., tales versiones, como se dijo antes, se apoyan en lo que se repite simplemente lo que les dijo la demandante al respecto de los hechos fundamentales de la contienda.*

7. *"Pero, por si lo anterior fuese poco, no puede desconocerse que el juez a quo rechazó el incidente de autenticidad propuesto por la parte demandada respecto de la grabación que ésta allegó al expediente y cuyo contenido aparece reproducido a folios 143 a 162 del C. I, por una parte; por la otra, que en la audiencia pública que se realizó el 25 de Febrero*

de 1985, la accionante negó que en el documento respectivo apareciese reproducida su voz, aspectos que no vio el ad quem cuando consideró como un indicio la referida grabación; lo que constituye ostensible error fáctico, pues de tal elemento no puede desprenderse la demostración de los hechos que se adujeron como razón fáctica de lo que se pretende.

8. *"La Corte ha enseñado, teniendo en cuenta en sentido del actual derecho positivo, que la peritación antropoheredobiológica, no constituye motivo del cual, por sí sólo, pueda inferirse necesariamente la paternidad extramatrimonial, sino que requiere de otros elementos persuasivos que conduzcan a establecer cuándo se produjo el trato carnal entre hombre y mujer; a fin de que quede establecido, en un caso como el sub lite si este tuvo lugar en el lapso que el artículo 92 del Código Civil presume de derecho que debió producirse la concepción. (Cas. Noviembre 27 de 1987), ya que, sin embargo de los avances científicos en el campo de la genética, lo que se desprende de un examen o grupo de exámenes como aquel de cuya apreciación se duele el censor, es una mera probabilidad, sobre todo si, como ya se dijo la grabación aportada por el demandado, las declaraciones de G.U.G. y N.O.G. no conducen a ninguna conclusión, ni siquiera sobre la cita que se dice tuvieron el demandado y G.E.P. el 14 de diciembre de 1980.*

9. *"Las anteriores consideraciones suficientes para que se quiebre el pronunciamiento del Tribunal, ya que ellas conciernen a los fundamentos probatorios cardinales de la sentencia recurrida, respecto de las cuales se aprecian los errores fácticos endilgados por el casacionista..."*

En resumen, la Corte, en sus consideraciones, ratifica los fundamentos de derecho expuestos a su sentencia del 27 de noviembre de 1987. (Anteriormente expuesta).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, septiembre 1 de 1994.

Magistrado Ponente: Dr. PEDRO LAFONT PLANETTA.

Prueba antropoheredobiológica

Observa la Corte que por mandato del legislador (Ley 75 de 1968, art. 7º), en los procesos de investigación de la paternidad o la maternidad, el Juez, de oficio o a petición de parte, puede, cuando lo considere útil decretar la practica de exámenes personales del hijo y sus ascendiente, y aún de terceros, para determinar las características antropoheredobiológicas comunes, función esta que si bien el art. 21, numeral 15, de la Ley 7ª; de 1979, asignó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por razones de interés público y social, también lo que es que no excluyó la posibilidad de que dicha prueba pudiera ser practicada por personas o entidades que, con similar o mejores condiciones de idoneidad, pudieran hacerla de conformidad con las reglas de la ciencia y la tecnología y con sujeción a la Ley.

Pues bien: al contrario de lo que afirma el recurrente en casación (fl. 81, cdno. Corte), la prueba antropoheredobiologica en este proceso, si fue decretada, como aparece claro de la sola lectura del auto proferido el 29 de agosto de 1991 (fl. 47, C - 1), en el aparte correspondiente a las pruebas decretadas a petición de la parte actora.

Tal prueba, conforme a lo prescrito por la Ley, ordinariamente se practica por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que, como antes se dijo, tiene la competencia e idoneidad para tales pruebas. Ello significa, entonces, que no puede aseverarse que se incluyó en yerro de derecho por no haber escogido al perito de la "lista oficial", como lo afirma en cuestión se practicó "a espaldas" del demandado, como quiera que la prueba en cuestión solo fue decretada por el despacho sino que también tuvo la oportunidad de ser controvertida. Observa la Sala, además, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Laboratorio de Genética -, en día. Fecha y hora para realizar tales exámenes al demandado, a menor P.A.H., y a la madre de éste, exámenes a los que concurrieron los tres según aparece en el documento denominado "Resultados de Exámenes de Genética", que obra a folio 77 del cuaderno uno. Luego, todo lo anterior excluye por entero la presunta violación del derecho de defensa en la realización de esta prueba.

Finalmente y en torno a los resultados de los exámenes antropoheredobiológicos a que se refiere el recurrente en casación (fls. 78 a 81, C -1), ha de observarse que las opiniones respecto de su valor de convicción, no constituyen en manera alguna demostración de que en su valoración se hubiere producido error de derecho, como quiera que esa prueba indiciaria, la confía la Ley a la inferencia del juzgador, acto este que escapa al control jurisdiccional por error de ese linaje ya que, como se tiene dicho por la jurisprudencia de esta Corporación, en la prueba indiciaria "la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no aprobados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen

exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no es de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexos de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por Ley a formar si íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconocer el cumplimiento de elementales Leyes de la naturaleza" (G.J., Tomo LXXXVIII, No. 2198, págs. 176 y 177)

Por último encuentra esta Corporación que el sentenciador, lejos de analizar aisladamente los medios de prueba, los valoró en su conjunto, como aparece expresamente a folio 22 y 23 del fallo impugnado, lo que, por lo demás, excluye el error de derecho en la apreciación probatoria.

CONCLUSION

De acuerdo al estado actual de la ciencia y la técnica medica podemos afirmar que biológicamente la filiación es perfectamente demostrable.

Ante las nuevas técnicas de la genética que permiten identificar a los padres de una persona con absoluta certeza, entran en decadencia y desuso los sistemas jurídicos que establecen las presunciones como medio de prueba, tal como ocurre con el imperativo artículo 66 del Código Civil que niega la demostración en contrario a las presunciones de derecho con la de la concepción consagrada en el artículo 92 del mismo código.

Igualmente, queda como concepto retrógrado la defensa del presunto padre basada en la denominada "Exceptio plurium concubentium".

El art. 7 de la Ley de 1968 al consagrar la procedencia y utilidad de la peritación de las pruebas biológicas sólo se refiere a los procesos de investigación de la paternidad o maternidad omitiendo los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad.

En los procesos de filiación la peritación de las pruebas biológicas ha alcanzado tal seguridad en sus resultados que, según la apreciación o valoración del acervo probatorio por parte del juez, no sólo puede asignarse el mérito de prueba complementario sino de plena prueba.

Es alentador saber que en sentencias recientes de la Corte Suprema de Justicia en algunas circunstancias ha dado mayor importancia al dictamen pericial de las pruebas biológicas: "Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjetables y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de este tipo de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquella".

Por tal motivo creemos que una de las soluciones a este problema es que se legisle acerca del tema; pero tomando la prueba de ADN como prueba reina dentro de los procesos de filiación ya que la consideramos de suma importancia en el manejo de estos procesos.

Otra aspecto que queremos mencionar es la falta de idoneidad de los administradores de justicia para analizar estas pruebas, ya que estos están sujetos a los resultados que de las pruebas den los laboratorios encargados para ello.

BIBLIOGRAFIA

BUENO RINCON, Fabio Enrique. La investigación de la filiación y las pruebas biológicas. 2ed. Santa Fe de Bogotá. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez. 1996. 204P. ISBN: 958-933-06-0.

GARCIA FONTALVO, Abelardo José. De la prueba en general y especial en el derecho de familia. Doctrina y jurisprudencia. 2ed. Santa Fe de Bogotá. Juridica Radar, 1998. 320P. ISBN 958-9424-13-9.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. 18ed. Santa Fe de Bogotá. Temis. 1986. 92P. ISBN 958-604-184-0.

[http:// w.w.w.paternidad.com](http://w.w.w.paternidad.com)