

LAS PRUEBAS EN MATERIA DE FILIACIÓN

LUZ ELENA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ

1. LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

En el lenguaje forense, suele denominarse proceso de filiación únicamente al destinado a la averiguación de la paternidad extramatrimonial. Sin embargo, desde un punto de vista técnico, como procesos de filiación pueden agruparse todos aquellos cuyo objeto sea la determinación de la filiación real, ya porque la acción o pretensión que se ejercite sea de reclamación del estado civil, como en el ejemplo anotado, o porque se plantee una de impugnación. En tal sentido, aún aquellos procesos en los que se busca la fijación de la maternidad real, pueden tenerse como procesos de filiación.

También, entonces, lo serán los procesos en que, por excepción, tratándose del hijo adoptivo, permite la ley a éste, principalmente, indagar por sus verdaderos padres, como lo señala el artículo 99 del decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

1.1. Clases y objeto de los procesos de filiación:

De acuerdo con lo dicho inicialmente, los procesos de filiación son de dos clases: los de reclamación de la filiación, que son de emplazamiento del estado civil de hijo, del cual se carece; y los de impugnación, que son los de desplazamiento de esa calidad, porque la que se ostenta no corresponde a la realidad.

La normatividad colombiana apoya la posibilidad de las impugnaciones en una sola circunstancia: todos los preceptos que sustancialmente estructuran el estado civil de hijo – legítimo, legitimado y extramatrimonial- tienen como hipótesis normativa una presunción, de carácter legal, *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario, justamente la impugnación.

Por esto, la impugnación no está regulada en Colombia, respecto de los hechos que la conformen, con una referencia probatoria científica sino, apenas, circunstancial.

Igualmente contempla el Código Civil la posibilidad de la impugnación de la maternidad. Es el artículo 335 de este estatuto el que define la maternidad, como el hecho de una mujer ser madre, compuesto por dos elementos: el parto, o sea el hecho físico de dar a luz un hijo; y la identidad (del hijo nacido en ese parto).

La maternidad se da por un hecho comprobable por los sentidos, (el parto) mientras que la paternidad no es demostrable en igual forma (la concepción, que implica la participación de un hombre en el acto sexual, es un hecho oculto, no observable). Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia: «el parto significa que la mujer es madre, pero no significa jamás con la misma evidencia quién es el padre. Débese ello a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea, la concepción. Esto implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de tal cohabitación.» Gaceta Judicial, tomo LXXXVII, pag. 84

Y cuando un varón no reconoce voluntariamente al hijo extramatrimonial, puede éste procurar que judicialmente se determine quién es su padre. Esta pretensión tiene positivamente dos raíces, una mediata y otra inmediata. El origen mediato se encuentra en el artículo 406 del Código Civil. Más inmediatamente, la pretensión de que se trata la gobierna el artículo 6 de la ley 75 de 1968, que a la letra dispone:

Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

1. En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.
2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.
4. 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.

Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si se prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo.

5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.
6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

La norma, que relaciona los hechos que funcionan como antecedentes conocidos en la presunción – no se olvide que la presunción es un objeto de la lógica jurídica compuesto por dos extremos, uno conocido y otro ignorado, que es el que se presume -, es taxativa. En otras palabras, fuera de esos hechos, que doctrina y jurisprudencia equivocadamente llaman causas o causales de paternidad, no hay otros posibles para que legalmente se pueda presumir la filiación extramatrimonial.

De allí que deba reconocerse que el artículo 6º, de la Ley 75 de 1968, no consagra la demostración biológica como causal autónoma para declarar la filiación, y que éste es precisamente el artículo que habría que modificar, lo que conllevaría a la eliminación de muchas otras normas ligadas a la mencionada disposición.

Debe ponerse de presente que el pensamiento de la jurisprudencia colombiana acerca del tema ha sido constante. Pero no parece cometerse un error al sostener hoy, tras del pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-04, de enero 22 de 1998, (que convirtió la presunción del artículo 92 del Código Civil, sobre época de la concepción, en presunción legal) que semejante posición, en torno de la naturaleza de los supuestos consagrados por el artículo 6 de la ley 75, ha venido a menos, precisamente porque ha de bastar la prueba biológica, de valor superior a la comprobación de hechos que, en últimas, no pasan de ser meros indicios de una relación carnal entre la madre y el presunto padre, en todo caso equívocos (vgr: en el caso del rapto o la seducción, ¿cómo entender la situación cuando fueron varios los raptos o los seductores?)

Ese punto de vista reiterado de la Corte Suprema de Justicia, aparece en sentencia de mayo 29 de 1990, y en otra de mayo 5 de 1998.

1.2. La averiguación de la verdad real

Podrá recordarse, como un sonido presente o como un eco lejano, un viejo debate, en el ámbito del proceso civil, frente al proceso penal, relativo a la preeminencia de la verdad formal (verdad del proceso) sobre la verdad real (verdad de los hechos).

Cualquiera que fuera el resultado de la polémica, no deja de ser oportuno precisar que a todo proceso le interesa la verdad real. Desde luego la apariencia no ha sido rechazada en derecho (sobre todo en el privado) para producir efectos jurídicos. Mas no es ese un obstáculo significativo para lo que la meta propuesta en la materia de filiación persigue: el triunfo de la realidad, que lo es de la naturaleza, sobre la forma y la suposición tejida por las normas, hoy innecesarias ante el progreso de la ciencia.

Sirven a este aparte las palabras de la sentencia C-109 de 1995, dictada por la Corte Constitucional por demanda planteada contra el inciso final del artículo 3 de la ley 75 de 1968, que en función del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo, consideró que toda persona tiene el de establecer su filiación real. Dijo el fallo:

Todo lo anterior muestra que la filiación legal, como atributo de la personalidad, no puede ser un elemento puramente formal, sino que tiene que tener un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad.

Este es un punto esencial del análisis por cuanto, como se recordará, el problema a ser resuelto en esta sentencia está ligado con la restricción de las causales para que el hijo pueda impugnar una presunción legal de paternidad. Ahora bien, ¿qué sucede entonces cuando una regulación legal - en virtud del juego de ficciones y presunciones- establece una filiación a una persona que no corresponde a la que éste considera que es la real?

10- Para responder a este interrogante conviene recordar que el artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho a "acceder a la administración de justicia", entendido como la oportunidad que tiene toda persona de recurrir a los órganos jurisdiccionales, mediante acciones previstas en las leyes procesales, a fin de poner en funcionamiento el aparato judicial en el momento de presentarse un conflicto respecto del cual tiene interés legítimo. Por consiguiente, las personas tienen derecho a hacer una reclamación, alegar en su defensa, presentar pruebas pertinentes y, por supuesto, obtener resoluciones judiciales conforme a la Constitución y a la ley.

A partir de todo lo anterior, la Corte concluye que, dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real. Las per-

sonas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero «derecho a reclamar su verdadera filiación», como acertadamente lo denominó, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, si una persona sabe que es hijo extramatrimonial de otra, sería contrario a la Constitución que se le obligara jurídicamente a identificarse como hijo legítimo de un tercero. El interrogante obvio que se plantea es entonces el siguiente: ¿cuáles son esos límites razonables? Negrillas fuera del texto.

Ha de aplaudirse, en particular en los textos resaltados, la doctrina de esta sentencia. En efecto, de ella se deriva que prevalece la realidad sobre la apariencia, tratándose de la filiación. Caen a su paso, como es obvio, todas las limitaciones que el ordenamiento jurídico hubiera trazado para la averiguación de la paternidad o de la maternidad: prescripciones o caducidades, tipos de prueba, etc..

1.3. La necesidad de la intervención del juez

La filiación es asunto delicado. Su definición, subordinada a la naturaleza, debe ser en todo caso vigilada por el juez, como órgano del Estado, en defensa de la sociedad y de la persona. Si no existieran intereses oscuros vinculados a la determinación de la filiación (grupos de delincuentes que a través de falsedades aspiran a obtener beneficios económicos por una supuesta paternidad, por ejemplo) y además hubiese total confianza en los resultados que se desprenden de una prueba de laboratorio, no podría dudarse que la participación del juez, si la hubiera, no sería estrictamente necesaria en tanto su tarea sería de simple confirmación de hechos. No es ese el panorama.

La presencia del juez es imprescindible en asunto tan delicado como el hecho de reconocer y declarar la filiación frente a un sujeto de derecho, de ahí que pudiendo confiarse plenamente en la prueba genética, realizada en laboratorios de reconocido prestigio y seriedad, su resultado se presentaría al señor juez para que se declare o se niegue la paternidad, sin necesidad de abrir un proceso completo con todo lo que ello implica, admisión o rechazo, evacuación de pruebas de toda índole, testimoniales, documentales, etc., que sólo se convierten en meros indicios, a la postre resueltos con la apreciación subjetiva del juez.

1.4. La prueba

1.4.1. Los medios de prueba según la ley 75 de 1968

Antes que nada, cabe puntualizar que en todos los procesos de filiación se admiten los medios de prueba comunes. Según el artículo 175 del Código

de Procedimiento Civil sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Igualmente, podría suceder que se fuera a practicar una prueba no establecida en el estatuto procesal, por lo que sería de aplicación el inciso segundo de la norma citada, conforme al cual «El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio».

Respecto de la prueba técnica, en este caso la genética, no parece posible asimilarla a la que regula el artículo 243 del código procesal, el cual dispone:

Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la policía judicial, al Instituto Geográfico «Agustín Codazzi» y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tengan el carácter de consultoras del gobierno.

Ya en el Código Civil se anticipó la posibilidad de recurrir a la prueba técnica. En efecto, en el supuesto contemplado por el artículo 234, al tratarse de la duda en la paternidad por pasar la mujer (que se divorcia o separa o cuyo matrimonio se anula, a otras nupcias), se regula la solución mencionada, como sigue:

Quando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial, el juez decidirá tomando en consideración las circunstancias y **oyendo además el dictamen de facultativos, si lo creyere conveniente.** Se destaca.

En cuanto a la filiación extramatrimonial, a tenor del artículo 7 de la ley 75 de 1968:

En todos 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 ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antro-po-heredo-biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fi-

siológicos e intelectuales transmisibles que valorará según su fundamentación y pertinencia.

La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias.

PAR. El juez podrá también en todos estos juicios pedir que la respectiva administración o recaudación de hacienda nacional certifique si en la declaración de renta del presunto padre hay constancia de que el hijo o la madre o ambos han figurado como personas a cargo del contribuyente.

Y según el artículo 8 *ibídem*,

Los jefes de hospitales, clínicas o casas de salud que reciban 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 menores (hoy jueces de familia, conforme al artículo 4 del decreto 2272 de 1989), quien los tendrá en cuenta en el proceso de investigación de la ascendencia a que hubiere lugar.

En consecuencia, los medios de prueba que pueden emplearse en estos procesos, de conformidad con estos textos, son :

- Exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre. Estos exámenes pueden practicarse por vía de una inspección judicial personal, o por intermedio de los peritos.
- Peritación antro-po-heredo-biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles.
- Indicio por renuencia a la realización de peritaje.
- Certificación de la DIAN (en lo que pueda esta entidad disponer de información), acerca de si en la declaración de renta del presunto padre hay constancia de que el hijo o la madre o ambos han figurado como personas a su cargo.

- Informes de los jefes de hospitales, clínicas o casas de salud que reciban a una mujer embarazada y los médicos tratantes, sobre la fecha probable de iniciación del embarazo y las características heredo biológicas de la paciente, y de los caracteres de la criatura y la duración de la gestación.

1.4.2. Los avances de la genética

Puede definirse la genética como la ciencia biológica que estudia la herencia y los fenómenos relativos a la variación de las especies. Nació en 1900, cuando varios investigadores de la reproducción de las plantas descubrieron el trabajo del monje austriaco Gregor Mendel, que aunque fue publicado en 1866 había sido ignorado en la práctica. Mendel describió los patrones de la herencia en función de siete pares de rasgos contrastantes que aparecían en sendas variedades diferentes de la planta de guisante; observó que los caracteres se heredaban como unidades separadas y que cada una de ellas lo hacía de forma independiente con respecto a las otras.

Los primeros marcadores genéticos utilizados fueron los antígenos de los eritrocitos, y en 1921 el científico Ottembert propuso la utilización de los grupos sanguíneos del sistema ABO para el análisis genético de la paternidad. A partir de 1940, Europa y Estados Unidos aceptaron las pruebas con grupos sanguíneos como evidentes de la exclusión de paternidad. Posteriormente fueron incorporados otros marcadores genéticos como proteínas del plasma, enzimas de los eritrocitos y antígenos de los leucocitos humanos, HLA.

Pero sin lugar a dudas lo que revolucionó la ciencia heredobiológica, a partir de 1953, fue el descubrimiento de la estructura molecular del ADN, por Watson y Crick, mediante el cual se ha llegado a la ingeniería genética y al proyecto del genoma humano. El ADN permite identificar a cada individuo a través del análisis de pequeños segmentos de material biológico. Es la huella genética que determina la identidad de la persona.

La prueba ADN es mucho más que un análisis de sangre. Se puede ejecutar con una variedad extensa de muestras, incluyendo células de sangre, muestras de cabello, de piel y de semen. Desde que los tipos de sangre (A, B, AB u O) son más comunes en la población, es más difícil de distinguir entre individuos, sin prueba de ADN. La prueba de ADN es el método más preciso, porque el ADN de cada persona es único, con excepción de gemelos idénticos.

La doctora María Luisa Judith Bravo Aguiar, en su libro "Introducción a la genética forense: de las pruebas de paternidad", concluye:

La nueva tecnología de manipulación del ADN puede dar ya una respuesta a los problemas de paternidad por complejos que sean. Mientras que las pruebas tradicionales de paternidad sólo podían excluir con certeza al varón equivocadamente acusado de paternidad, las pruebas del ADN disponibles hasta el momento con las últimas tecnologías combinadas con los sistemas clásicos permiten determinar científicamente la probabilidad de la paternidad con proximidad a la certeza, lo cual sería un sustento legal más que suficiente para un veredicto de asignación de la paternidad, aún en contra de todas las pruebas testimoniales y documentales.¹

La prueba del ADN, diferente a la antropoheredobiológica o de grupos sanguíneos, cuyo papel era excluir la paternidad, es de señalamiento, que nos arroja unos grados tan altos de probabilidad, que nos conducen a la certeza.

El genetista EMILIO YUNIS TURBAY rindió para la Corte Constitucional un concepto en septiembre 17 de 1997, en el proceso en que se dictó la sentencia que declaró inexecutable el artículo 92 del Código Civil y expresó: "Las pruebas científicas disponibles en el mundo, y en aplicación en Colombia, permiten descartar en un 100% a los falsos acusados de paternidad y establecerla, cualesquiera sean los fundamentos que rodean a la pareja, con una probabilidad de 99.999999..." .

1.4.3. Libertad de los medios probatorios

Como ya se expuso, en todos los procesos de filiación proceden los medios de prueba comunes, señalados en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, que en su parte final expresa "...y **cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.**".

Esto envuelve libertad probatoria, a la que se suma la de la valoración por el juzgador de esos medios de prueba recaudados en el proceso, en acatamiento de la norma del artículo 187 del código de procedimiento civil, que establece que «Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos», por lo que «El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba». Así no sea la prueba pericial, todas son útiles y no están prohibidas y se deben practicar en busca de la verdad real.

¹ Bravo Aguiar, Maria Luisa Judith. Ed. Universidad de Antioquia. Pag. 75

1.4.4. Facultades de los jueces en materia de pruebas

La negativa de una persona, en someterse a la práctica de la prueba científica, aduciendo el derecho a la integridad física, a la inviolabilidad personal, al derecho a su intimidad, no es aceptable, porque esos son argumentos rebatibles. Lo son, desde luego, porque no hay derechos absolutos y, además, prevalece el interés público. Y es que del hecho de que en el proceso se ventile un interés privado, no se sigue ocultar que la relación procesal es de derecho público.

Para rechazar esa postura se puede acudir igualmente a las normas constitucionales: (artículo 5º de la C.N.) que reconoce y ampara a la familia como institución básica de la sociedad, (artículo 44 de la C.N.) que establece el derecho fundamental de los niños a tener su nombre, nacionalidad y tener una familia.

Entonces, dicha negativa injustificada, constituye un abuso y ante este abuso, obviamente termina el derecho. Como no se puede obligar a nadie ni forzarle contra su voluntad, esta actitud entonces, sin razón, constituye un indicio grave en su contra, que genera consecuencias jurídicas y frente a la cual habrá necesariamente que practicar otras pruebas que conduzcan a la verdad.

La calidad de indicio que señala el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, según las circunstancias, corresponde a la negativa injustificada para eludir la verdad, que genera garantía para las partes intervinientes en los procesos de filiación.

Muy útil es precisar:

- Que no toda negativa conduce a la formación del indicio en contra;
- Que por renuencia debe entenderse una negativa reiterada o una injustificada;
- Que es al juez a quien corresponde examinar cada caso, para deducir el indicio;
- Que, por ende, no se trata de una consecuencia jurídica que suceda automática e inmediatamente y que debe aguardarse al examen de otra prueba que haya podido recaudarse en el proceso, como la misma prueba genética.
- Que si bien en la práctica se ha aplicado esta disposición a la negativa frente a la práctica de las modernas pruebas de ADN, no deja de ser prudente considerar que ella no es igual a la antropoheredobiológica para la cual fue prevista.

- Que el indicio únicamente puede predicarse de los sujetos procesales y no de terceros (hermanos del presunto padre, ya fallecido, por ejemplo).

Empero, si la prueba científica es definitiva para el fallo, no se pondrá en tela de juicio su obligatoriedad y todos los otros aspectos jurídicos (negativa, indicios, etc.) dejarán de tener relevancia.

1.5. El concepto de la jurisprudencia acerca de la prueba en procesos de filiación

La jurisprudencia colombiana ha avanzado muy lentamente en este tema, tanto en lo que concierne a los hechos objeto de la prueba como en lo que atañe a los medios de prueba.

Frente a destrucción de la presunción de la paternidad legítima, sólo en 1970 vino a interpretar la Corte Suprema que procedía cuando se demostrara la imposibilidad de engendrar: hasta entonces, los términos de la impugnación únicamente eran los que provenían de imposibilidad **física** absoluta. Dijo en el año referido la Corporación:

Cabe anotar que, doctrinariamente, la hipótesis de la absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, como medio de impugnar la presunción de paternidad según los artículos 214 del Código Civil y 4º inciso final de la Ley 45 de 1936, comprendía no solamente los casos en que realmente el varón estaba imposibilitado para realizar el acto sexual como el de la ausencia durante la época en que se presume la concepción o el de la impotencia coeundi, sino también el de la impotencia generandi, pues el acceso carnal a que se refiere la ley no es el de una relación sexual cualquiera, sino el que por su naturaleza es idóneo para producir la concepción. Y ello tiene que ser así, pues la presunción de paternidad encuentra su razón de ser en la relación de causalidad existente entre el acto sexual idóneo para procrear y la concepción. Resultaría absurdo, por contrariar la naturaleza misma de las cosas que por el solo hecho de hallarse el varón capacitado para realizar el acto sexual, se le tuviera como padre del hijo concebido por su mujer o su concubina, si por otra parte, es evidente que carece de aptitud para engendrar.

El establecimiento de ese hecho, el de la impotencia generandi, requiere, desde luego, conocimientos científicos o especializados, y de ahí que los doctrinantes enseñen que la prueba de la esterilidad debe ser de carácter científico y ha de emanar de médicos expertos. (Sentencia de febrero 24 de 1970).



Se muestra en el fallo un primer paso importante hacia el abandono de la exégesis en la interpretación. Las palabras de la ley no pueden ser el límite natural de lo que ella disponga, porque su aplicación ciega en casi todos los casos arroja resultados contrarios a los fines del derecho.

La sentencia puede tenerse como un primer antecedente hacia la propuesta que en el presente trabajo se consigna. Pues, ¿de qué modo podría probarse que un varón no tiene la aptitud de engendrar, sino por una vía científica? ¿Y, en estas circunstancias, no deben desaparecer las presunciones?

Posteriormente, la Corte Suprema, en sentencia de abril 28 de 1998, apuntó que los avances científicos permiten determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud tal que raya con la seguridad. Señaló además que los jueces comprometen su responsabilidad cuando no decretan la prueba científica, ya sea porque fue solicitada por la parte o en caso negativo, de oficio. Y también se ocupó de la responsabilidad de los entes encargados de practicar la prueba, cuando no la realizan o la realizan deficientemente.

Esta última doctrina de la Corte se condensa en las providencias que a continuación se transcriben parcialmente, que reflejan aspectos particulares que deben ser considerados por su importancia:

1.5.1. El valor de la prueba para el juez

Sin embargo de lo expuesto, conviene hacer una aclaración en torno a la insólita afirmación que el tribunal plasmó al decir, tras no encontrar probado el trato sexual investigado, que “la peritación de los forenses nada refuerza ni mucho menos concluye en el evento de marras”. Porque al descuido pudiera involucrarse allí la idea errónea de que la prueba en cuestión, en cuanto se afirme que “nada refuerza”, es un elemento a desdeñar a la hora de indagar asuntos relativos a la procreación humana, concepto que luciría tan equivocado como espacioso. Tal modo de ver las cosas conllevaría ante todo a desoír el aprecio que en el punto ha mostrado la ley por la ciencia, una de cuyas manifestaciones más reveladoras la constituyen las voces del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, conforme a las cuales, es indispensable que en todos los procesos de filiación extramatrimonial los jueces acudan al aporte científico del caso, independientemente de los resultados que el mismo pueda arrojar en orden a comprobar la paternidad que se discute, al estatuir dicho precepto que en eventos semejantes decretarán “los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros”

a objeto de “reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre”, así como también “ordenará” una pericia que analice los factores y grupos sanguíneos y las características patológicas, morfológicas, fisiológicas e intelectuales transmisibles. Y es tal el imperio de la ley, que bien puede asegurarse que el funcionario judicial que sea omisivo sobre el particular, bien porque, siendo posible, deja de decretarlas, ora porque no controla que su práctica se realice con la idoneidad y cautela bastantes a garantizar el valor científico que de ellas se espera, compromete su responsabilidad; como también la comprometen en su caso los entes estatales encargados de su práctica cuando no la realizan, o la realizan deficientemente.

Aporte que tanto más es forzoso en la actualidad, cuando el avance de la ciencia en materia de genética es sencillamente sorprendente, contándose ahora con herramientas que a juicio de doctos contienen un indiscutible rigor científico, al extremo de que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayando en la seguridad.

No está bien, entonces, mostrar tanto desprecio por tales pruebas, como lo hizo el tribunal en el fallo que se estudia, desconociendo el considerable valor demostrativo que en un momento dado puedan llevar a la convicción del juzgador en materia tan compleja como es la de desentrañar el misterio de la fecundación... (Sentencia de abril 23 de 1998) Negrillas fuera de texto.

Nótese cómo ha ido evolucionando el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la prueba genética; una mayor amplitud y creencia en la certeza de dicha prueba, dándole un indiscutible valor científico a nivel universal, que no puede desconocerse y que frente a los nuevos logros de la ciencia, el derecho colombiano no puede quedar rezagado.

1.5.2. Alcance de la omisión de la oportunidad para practicar esta prueba.

Cuando el artículo 7º de la Ley 75 de 1968 dispone que en los procesos de investigación de paternidad o maternidad, “el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará” los exámenes y remisión de los resultados de la llamada prueba antropoheredobiológica, no sólo se establece para el juez el deber de decretarla, aun de oficio, por el interés público que representa la necesidad de establecer y garantizar el derecho de

toda persona a saber quién es su padre o madre, sino que también se le otorga la atribución de que su decisión se cumpla con la mayor celeridad en pro de la verificación de “los hechos alegados por las partes” pero eso sí evitando las “nulidades” (CPC, art. 37, num. 1º y 4º). Luego, el hecho de que esta prueba sea decretada de oficio, como todas aquellas que tienen este carácter, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su práctica, es decir, hacerla o no, sino que, por el contrario, **habiéndose sido estimada como necesaria**, le incumbe un mayor deber en su ejecución, tanto más cuanto ello contribuye a la satisfacción del interés sustancial que encierra la pretensión de investigación de paternidad. De allí que corresponda al juez que decreta esta prueba, y con mayor razón a quien por encontrarla necesaria la dispone de oficio, adoptar las medidas procesales que estime indispensable, para que, de un lado, todos los intervinientes puedan conocer de su existencia y tener la oportunidad para su práctica, y, para que, del otro, exista oportunidad y modo de cumplimiento acelerado de ella. Por tal razón, se hace imperativo que en el decreto de la mencionada prueba, sea como informe o dictamen pericial, se indique al Instituto de Bienestar Familiar, entidad o personas que han de practicarla, que no solamente tienen el deber de determinar el día, la hora, el lugar y las demás circunstancias que estimen necesarias para la práctica de la prueba, sino que también se hace indispensable que esta actuación preparatoria, sea dada a conocer a las partes y a los interesados por conducto del juez competente, mediante la comunicación o notificación del caso. Pues con ella, el juez, por lo general, asegura anticipadamente, en primer lugar, el otorgamiento de la oportunidad para la práctica de los exámenes correspondientes; en segundo término, la posibilidad de establecimiento del cumplimiento o no del deber de colaboración que le asiste a las partes y a terceros en esta prueba; y, en tercer y último término, también le facilita al juez la verificación para los efectos legales de la comisión o incurrancia o no de la renuencia que con relación a ella pueda presentarse (CPC, arts. 243 y 242 y 7º; L. 75/68). De allí que, si aun con las previsiones mencionadas, se omite el período necesario para la práctica de esa prueba decretada de oficio, como acontece en aquel evento en que no puede cumplirse su realización, porque nunca se fijó fecha, hora, lugar y demás circunstancias para su práctica, o porque, habiéndolo hecho el juez o el encargado de practicarla, tampoco se la dio a conocer a las partes e intervinientes en ella; se incurre entonces en el vicio de nulidad del proceso contemplado

en el numeral 6º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que puede alegarse inmediatamente después de ocurrida en la actuación siguiente (CPC, art. 143, inc. 5º); pero en el evento en que tampoco haya existido esta oportunidad, por haberse proferido ya sentencia de segunda instancia dicha irregularidad puede alegarse en casación. (negrillas fuera de texto).

2. Aplicadas las nociones anteriores al caso sub lite, encuentra la Corte que el cargo que aquí se analiza está llamado a tener éxito, porque si bien la peritación antropoheredobiológica decretada de oficio por el juzgador de segundo grado (fl. 18, c. 2), por su propia índole no cercenó el derecho de ninguna de las partes para pedir dicha prueba, no es menos cierto que sí vulneró la oportunidad para su práctica que le era obligatoria.

2.1. En efecto, mediante auto del 15 de diciembre de 1993 el Tribunal, al decretar de oficio la prueba antropoheredobiológica, también dispuso oficiar “al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que se sirva señalar la fecha en la cual los interesados deben comparecer para la práctica de los exámenes correspondientes. Fijados el día y la hora, comuníquesele por secretaría esa determinación a las partes intervinientes por el medio más expedito” (fl. 18, c. 2). Esta providencia, a pesar de haber sido comunicada el 17 de enero de 1994 (fl. 20, c. 2), no aparece prueba de haber sido cumplida por el instituto destinatario, pues, después de una orden de requerimiento judicial del 8 de marzo de 1994 (fl. 21), el mismo día el 8 de marzo de 1994, certificó que no asistió a la práctica de la prueba de 9 a 10 a.m. (fl. 22), sin que aparezca haberse dado cumplimiento a aquel proveído.

2.2. Siendo así las cosas, es claro para la Corte que no habiéndose fijado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la fecha, la hora, el lugar y demás circunstancias para facilitar la práctica de la prueba, ni habiéndose comunicado ello a las partes e interesados por conducto del Tribunal, mal puede haberse dado la oportunidad necesaria para que legal y fácticamente pudiera procederse a su práctica; y como quiera que el proferimiento inmediato de la sentencia de segunda instancia impidió su alegación en esta instancia, se abre paso entonces su prosperidad en casación.

2.3. En consecuencia, el cargo prospera y debe accederse a la nulidad deprecada para que sea renovada, previa complementación de la actuación correspondiente a la práctica de la prueba de oficio decretada, tal como quedó expuesto en los puntos precedentes. (Sentencia de mayo 22 de 1998).

La jurisprudencia ha ido variando su manera de pensar, y aceptando no de una forma contundente, sino más bien tibiamente los avances científicos. Y, claro, lentamente, si se tiene en cuenta que la primera oportunidad en que hubo un real pronunciamiento en la materia fue la sentencia de junio 16 de 1981, en que dijo:

Es bien sabido que en la actualidad se cuenta con descubrimientos que, con un grado de probabilidad tan alto que se acerca a la certeza, permiten llegar a hacer el señalamiento de la persona del padre investigado. Ya no es, como en el pasado, cuando el adelanto inicial de la ciencia sólo permitía, con base en el estudio de los grupos sanguíneos del progenitor y del presunto hijo, excluir la paternidad, mas no señalarla. En el pasado, de los estudios sanguíneos sólo podía llegarse a la conclusión de que una determinada persona no podía ser, no era el padre, por existir incompatibilidad entre su grupo sanguíneo y el del hijo que reclamaba la paternidad. En la actualidad, por el contrario, los modernos sistemas permiten no solamente la exclusión mencionada, sino que mediante ellos se ha tornado posible llegar a la afirmación de si la persona señalada como padre presunto lo es en verdad.

Luego, la Corte reiteró su posición en sentencia de 18 de diciembre de 1982, aunque en esta ocasión se produjo un salvamento de voto del magistrado Humberto Murcia Ballén, que señaló:

Por cuanto no comparto las resoluciones tomadas por la mayoría de la Sala en el fallo que antecede, ni menos la motivación cardinal en que ellas se fundan, con el respeto que debo al criterio de mis compañeros procedo a exponer las razones de mi disentimiento.

V. Relativamente al dictamen del experto doctor Emilio Yunis, que también toma la sentencia en apoyo de lo resuelto en ella, estimo que por ser concepto de perito único no procede ameritarlo como tal.

Para que la prueba pericial cumpla la función civil que le es propia, tiene que incorporarse al proceso con observancia de ciertas formalidades que son a la vez garantía para las partes y seguridad para el Juez. Dentro de estas se encuentra la atinente a la pluralidad de los peritos, salvo que las partes de consuno resuelvan que sólo intervenga uno o que la ley así lo determine para casos especiales (artículos 234, 237 - 2 y 5 de C.P.C.).

En verdad que el legislador colombiano ha estructurado el régimen de la prueba pericial en materia civil sobre la base de la plu-

ralidad de peritos, dos o tres, según el caso, pues ha estimado que el sistema de mayores garantías de acierto, desde luego que la observación conjunta de los expertos es una garantía de la exactitud de su juicio en torno de los hechos materiales que se han examinado para deducirlo.

Esta regla general de la pluralidad de los peritos, que sólo se excepciona por la ley o por el querer concorde de los litigantes, tiene que acatarse también en el caso de la peritación antropoheredo-biológica autorizada por el artículo 7 de la ley 75 de 1968, pues en verdad que ni esta norma en particular, ni ninguna otra en general, consagran a manera de salvedad el peritaje en estos asuntos por un solo experto. A mi entender, y en ello discrepo del criterio de la Sala, la peritación decretada tenía que llevarse a cabo con la intervención de dos expertos, pues se trata de un negocio de mayor cuantía (artículo 234 citado).

Analizadas todas las sentencias de la Corte, se reconoce que últimamente se ha dado mayor importancia al dictamen pericial de las pruebas biológicas, que está reconociendo la certeza y objetividad que resulta de las mismas y que está abierta a los descubrimientos que van a dar mayor fe y creencia en la aplicación de la justicia.

1.6. La prueba científica como prueba única

Para apoyar esta tesis, resulta importante hacer un pequeño recorrido por las legislaciones extranjeras, a efectos de comparar los avances de otros países en esta materia.

1.6.1. Código de Familia de Bolivia

Contenido en el decreto ley 10426, de 23 de agosto de 1972, dispone en el artículo 207:

La paternidad puede declararse con el auxilio de todos los medios de prueba que sean idóneos para establecerla con certeza.

En el caso de la prueba testifical serán necesarios cuatro testigos, libres de tacha y excepción y que sean uniformes, contestes y concluyentes en personas, hechos tiempos y lugares. Las declaraciones se recibirán en la forma prevista por el artículo 392 (Cgo. de Pdto. Civil), bajo responsabilidad del Juez y del Fiscal.

El autor José Decker Morales expresa:

El Dr. Hugo Tapia Frontanilla, ex Presidente de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, en un brillante estudio afirma

lo siguiente; "Los médicos legistas Luis Verruno y Emilio J. C. Hass sostienen que una simple extracción de sangre equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio bioquímico, inocuo, indolora, no invasora y traumática, es el único material biológico necesario para llegar a un diagnóstico, de asignación de filiación con una certeza de aproximadamente 100%. Este procedimiento - continua el Dr. Tapia Frontanilla - termina con las tribulaciones, angustias, inseguridades y deterioro anémico que significa a veces años de recolección de pruebas, testimonio, fotografías, comprobaciones sociales etc."

Según el Dr. Hugo Tapia Frontanilla, para investigar la paternidad, existen varios sistemas, por supuesto que esos sistemas, son científicos y son "Sistema Sanguíneo". ABA, Sistema MAS, sistema CAL; El Caed el Duffi, y el sistema WLA. Todos ellos, con sus características científicas propias.

"El rotativo "Los Tiempos" de 1º de septiembre de 1996, publica en una interesante noticia con referencia a una "causa iniciada por Marha Sussan Holgado, pretendida hija del tres veces Presidente Argentino Juan Domingo Perón, afirmando que el nombrado es su padre. En esta causa, los expertos afirman que para obtener las pruebas genéticas son suficientes extraerle no menos de quince cabellos, mediante bisturí y probar científicamente si Perón es o no el padre de la nombrada demandante. **Esto demuestra que en la legislación extranjera existen ya leyes de tipo científico para la investigación de paternidad.**

Para finalizar el comentario del artículo 207 decimos que la verificación como la prueba de crear la convicción del Juez, no se conseguirá con una prueba simple como la declaración de cuatro testigos, sino que aquella debe ser compuesta, es decir el resultado de la valoración conjunta que haga el Juez para formar su convencimiento, sólo así se puede admitir o rechazar la pretensión del demandante que investiga la paternidad en un debido proceso y ante juez competente, sumándose a esto la prueba científica a la que se ha hecho referencia. ²

2 DECKER Morales, José. Código de Familia. Cochabamba. Pag. 200

1.6.2. Legislación peruana

En esta, informa el Dr. Manuel Miranda Canales en su obra «Derecho de Familia y Derecho Genético»:

Prueba de la sangre para declaración de no paternidad o no maternidad: Art. 413 del C.C.

En nuestro Código Civil vigente, se estipula la admisibilidad de la prueba de la sangre, en el Art. 413, que en su primera parte dice: “En los juicios sobre declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica”.

El progreso de la ciencia permite obtener de la prueba de la sangre, una conclusión tan inequívoca, como puede ser la de cualquier otra pericia, en el sentido de determinar la no paternidad y la no maternidad; esto sería suficiente para desestimar una demanda de investigación de la paternidad extramatrimonial, si el pretendido hijo estuviera en el grupo de “Hijos Imposibles”, atendiendo a los grupos sanguíneos a que pertenecen sus pretendidos padres. Adicionalmente, no se trata de una prueba especialmente compleja, cuya realización exija conocimientos científicos o técnicas muy calificadas y la lectura de cuyas conclusiones no pueda ser hecha por cualquier juez, aparte de la facilidad de su reproducción fotográfica o por otro medio de apreciación visual.³

La legislación peruana original, en el campo de la filiación extramatrimonial, se regía por el artículo 402 del Código Civil, que establecía:

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.

³ MIRANDA Canales, Manuel. Derecho de Familia Ed. Jurídicas. Pág. 97

4. En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

Ese artículo fue modificado mediante ley No. 27048, del 6 de enero de 1999, siendo su texto actual:

«Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
6. **Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado**

declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con ingual o mayor grado de certeza.»

Artículo 413.- En los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica.

También es admisible la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402, inciso 4, cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a la prueba.

Este artículo fue así mismo modificado por la ley No. 27048, quedando vigente el siguiente texto:

«Artículo 413.- En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402, inciso 4, cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás.

La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se niegue a someterse a alguna de las pruebas.»



1.6.3. Legislación argentina

En cuanto se refiere al ordenamiento jurídico argentino, según comenta Hernán Gómez Piedrahíta,

La jurisprudencia argentina ha establecido que “el método de tipificación ‘antígeno-anticuerpo’, en tejidos, es idóneo para determinar con alto grado de probabilidad la paternidad de quien es demandado como presunto progenitor”. En algunos fallos se ha concluido que la paternidad ha quedado prácticamente demostrada cuando el índice de probabilidades era, de acuerdo con el estudio, del 99,8%, si se tiene en cuenta que tal estudio complementado con los marcadores electroforéticos, daba un índice de probabilidad del 100%.⁴

Por otro lado, los principios de la ciencia jurídica argentina, señala Julio López del Carril, autor argentino, admiten la prueba hematológica a sólo dos fines: a) como un indicio y b) como una presunción contra quien se niega a someterse a la misma.⁵

En la actualidad existe un proyecto de ley, ad portas de ser sancionado, que señala que la renuencia a someterse a la prueba científica, dejará de considerarse un indicio para convertirse en una presunción.

1.6.4. Legislación en Estados Unidos

Margareth A. Jacobs, Redactora de *The Wall Street Journal*, en un escrito para el periódico “*El Tiempo*” de Colombia, en junio 3 de 1999, manifiesta que en la actualidad los tribunales de apelaciones en muchos estados de Estados Unidos admiten la evidencia genética sólo cuando dicha prueba no destruya o vulnere la integridad y vida privada de una familia constituida como tal. “Los intereses de la familia” son tan importantes para el norteamericano que para evitar el rompimiento del vínculo entre padre e hijo, admiten la presunción de paternidad y no practican las pruebas sanguíneas que puedan demostrar la real paternidad. Los hombres frente a esta manera de actuar de los tribunales se han levantado a protestar, argumentando que en la era de la fertilización in vitro, la presunción de paternidad es una norma anticuada, además que no es admisible que se usen los resultados de las pruebas del ADN para establecer la paternidad de un hombre no casado, para efectos de cubrir

⁴ GÓMEZ Piedrahíta, Hernán. Op. cit., página...

⁵ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *La filiación*. Cooperadora de derecho y ciencias sociales. Bs. As., 1976. Página 187.

la cuota alimentaria y que no se permita su uso cuando el hombre quiera impugnar la paternidad.

Se conformó hace poco un panel de jueces, académicos y abogados reunidos por la "Comisión Nacional para Uniformar las Leyes Estatales" con el propósito de revisar la ley modelo acerca de la paternidad, a la luz de los avances tecnológicos de las pruebas del ADN, partiendo de las probabilidades de acierto de la prueba de un 99.99%, siempre y cuando se solicite dicha evidencia genética, antes de que el niño cumpla dos años de edad.

1.6.5. Legislación en Puerto Rico y España

La abogada Edna Santiago Pérez, expresa:

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reconocido que cuando se juzga la paternidad a base de los medios de prueba convencionales y/o tradicionales, esto es con evidencia testifical, documental y demostrativa, incluyendo parecido físico, la probabilidad de error será siempre mayor que cuando la adjudicación de no paternidad descansa en prueba científica. De cara a un nuevo milenio vemos como el régimen de filiación que tenía fundamentalmente como base un sinnúmero de presunciones legales pasa ahora a sostenerse en la verdad biológica.⁶

Señala la doctora Edna Santiago que tomado del periódico El Mundo de España, de julio 16 de 1998, en el país vasco, ya se utiliza el ADN para identificar a todos los recién nacidos. Eventualmente los estados tomarán la identificación genética de las personas desde que nacen e incluso quizás antes de nacer lo cual facilitará la determinación de la filiación aún más.

1.6.6. Legislación colombiana

Ya ha sido analizada la legislación colombiana en materia de filiación que se somete exclusivamente a la Ley 75 de 1968, y que consagra una serie de presunciones que conducen al juez a un fallo subjetivo, dependiendo de la calidad de la prueba aportada.

El ordenamiento nacional está basado exclusivamente en el sistema de presunciones. Pero éste debe desaparecer. Como expresa Gómez Piedrahíta:

Ante las nuevas técnicas de la genética que permite identificar a los padres de una persona con absoluta certeza, entran en decadencia y desuso absoluto los sistemas que establecen las presunciones como medio de prueba.

⁶ SANTIAGO Pérez Edna. Las pruebas genéticas y la determinación de la filiación. Conferencia para Foro en Medellín, Colombia (1999)

Es evidente, como lo dice SIMONIN que el principio se aplicará así: *pater is est quem sanguis demonstrant* (Se es padre cuando la sangre lo demuestra). Y autores tan destacados como BOSSERT y ZANNONI, han expresado: “Frente a la certeza que brindan las modernas pruebas biológicas para la determinación positiva de la filiación, es obvio que han de replantearse los criterios tradicionales que inferían el nexo biológico a través de presunciones (como las que creaban las relaciones sexuales de los presuntos padres en el período legal de la concepción del hijo). Y a su vez, ha de perder relevancia la *exceptio plurium concubentium*, pues si la prueba biológica tiene valor positivo, sus conclusiones han de primar sobre un hecho impeditivo también afirmado a partir de una situación objetiva de incertidumbre.”⁷

1.7. Conclusiones

El Derecho y en especial el de Familia, no puede ignorar los adelantos científicos, ni desconocer que la tecnología avanza, que se debe actuar de manera interdisciplinaria y evolucionar con base en la certeza de las pruebas genéticas. Descorriendo esos umbrales y aceptando los descubrimientos reconocidos a nivel mundial, se hace más ágil y eficaz la comprobación de los derechos y de las obligaciones de los sujetos, es decir la aplicación del derecho en el momento indicado.

La importancia de la prueba científica única para determinar la filiación, sin tener que acudir a otro tipo de pruebas (testimoniales, documentales, etc.) que entorpecen y dejan dudas frente a la decisión judicial final, es un paso que se debe dar ya, para que se pueda caminar de manera absoluta y segura en los comienzos del nuevo siglo.

Los aportes científicos y técnicos le dan a la investigación judicial mayor confianza que la que se deduce de las presunciones, en las que se apoya el juez para emitir su fallo, el cual estará sujeto siempre a su experiencia, conocimiento y manera particular de apreciar las pruebas aportadas, con una óptica muy propia y diferente a la de otro juez, a quien hubiese podido corresponder el asunto. De esta manera se eliminan los errores judiciales en el aspecto probatorio y la arbitrariedad y subjetividad del juez en el momento de fallar, con unas pruebas acomodadas y ajustadas a la mayor o menor habilidad del abogado apoderado de las partes.

Las presunciones, que hasta ahora han sido útiles al proceso, deben ceder ante la evidencia científica, pero como el juez no puede salirse de la normatividad existente, tiene que darse un cambio de mentalidad y hay que

⁷ GÓMEZ Piedrahita, Hernán. Derecho de Familia. Ed. Temis. Pág. 286

atreverse a reformar la ley, para lo cual ya se realizó un foro en la Universidad, que produjo una propuesta de reforma, que adelante se enunciará.

Si la prueba científica es definitiva para el fallo, no se pondrá en tela de juicio su obligatoriedad y todos los otros aspectos jurídicos (negativa, indicios, etc.) dejarán de tener relevancia.

De la reforma a la Ley 75 de 1968, surgirán una cantidad de vacíos y dudas en normas correlacionadas con la filiación y otras relativas a impugnación, etc., que producirían reformas a la legislación familiar, que están haciendo falta. Es que se debe repetir que no se puede concebir un sistema de investigación judicial sin la utilización de los conocimientos renovados de la ciencia y la técnica.

De otro lado, las normas legales que señalan los términos para impugnar, que dan lugar a prescripción, caducidad, etc., ¿no se podrían obviar ante la prueba única genética?

La *exceptio plurium concubentium* propuesta por el presunto padre, no tendría vigencia, ante la evidencia de la prueba científica.

La “verdad biológica” debe prevalecer sobre la “verdad formal o registral”.

Adicionalmente, la queja constante de los juzgados es la carga de trabajo que no permite cumplir con los términos establecidos por la ley para dictar sentencias oportunas y últimamente se ventila la idea de hacer pagar al Estado los perjuicios que causan las demoras en los fallos. Si en los procesos ordinarios para los asuntos de filiación y de impugnación se pide al juez que declare con base en la prueba científica, no habrá allí una cantera inagotable para la descongestión que se requiere?

La falta del conocimiento científico, tanto del juzgador como del abogado, no impide la valoración real del dictamen, el cual puede ser complementado, aclarado o rechazado e inclusive, repetido ante el mismo laboratorio o en otro. De todos modos, ante la inminencia de esta prueba como única en los procesos de filiación e impugnación, se hace necesario un amplio conocimiento científico, que se puede lograr a través de las universidades y escuelas jurídicas estatales. Adicionalmente se debe exigir a los laboratorios que practiquen con seriedad este tipo de pruebas, que su dictamen sea bien fundamentado, claro, preciso y seguro, para lograr la contundencia y certeza.

Con base en todas estas inquietudes planteadas, se está trabajando en un proyecto de ley que modifique el sistema legal colombiano, basado en presunciones para convertirlo en un régimen confiable que no dependa de deci-

siones subjetivas del juez, sino de pruebas científicas con niveles de certeza tan altos que no permiten discusión. La propuesta comprenderá modificaciones al Código de Procedimiento Civil para el manejo de la prueba científica como verdadera pericia y las consecuencias procesales de no practicarla, así como las que se sigan de rehusarse los interesados a someterse a la misma, en forma que se elimine el precepto actual que regula la cuestión como un mero indicio.

BIBLIOGRAFIA

- BRAVO Aguiar, María Luisa Judith, Introducción a la genética forense: de las pruebas de paternidad. Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. 1999.
- DECKER Morales, José. Código de Familia. Editorial Imprenta Offset Cueto. Cochabamba, Bolivia. 1998
- GÓMEZ Piedrahíta, Hernán. Manual de Derecho Civil. Santafé de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1997.
- JACOBS, Margaret A. Cuando de paternidad se trata, el ADN no basta en EE.UU. En: El Tiempo, Santafé de Bogotá, 3 de junio de 1999.
- LÓPEZ del Carril, Julio J. La Filiación. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1976.
- MIRANDA Canales, Manuel. Derecho de Familia y Derecho Genético. Ed. Jurídicas. Lima. 1997.
- PARRA Benítez, Jorge. Manual de Derecho Civil. Santafé de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1997.