

# Importancia de la prueba de ADN en los procesos de filiación

Rocío Serrano Gómez.

## **IMPORTANCIA DE LA PRUEBA DE ADN EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN**

AUTOR: Rocío Serrano Gómez

DIRECCION: Escuela de Derecho UIS

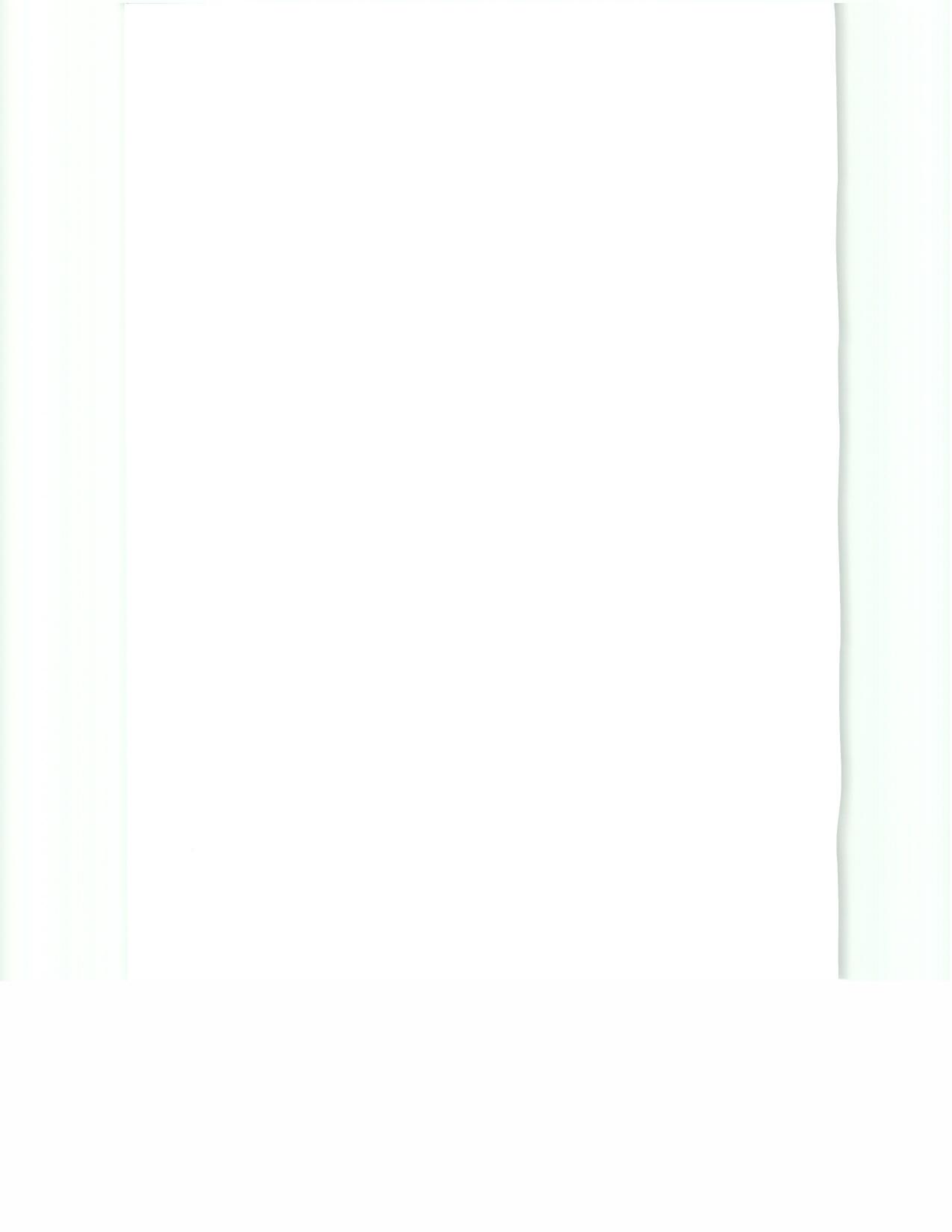
FECHA DE RECEPCIÓN: Marzo 6 de 2006

DESCRIPTORES: Filiación, ADN, legislación, prueba, nulidad

RESUMEN: Este ensayo pretende demostrar la evolución legislativa de la prueba científica comparando la ley 75 de 1968 con la Ley 721 de 2001. El seguimiento a la últimas sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia demuestra que la posición de ambos tribunales no coincide respecto a la confianza en la eficacia probatoria de la prueba de ADN ya que mientras la primera acepta la pertinencia y necesidad de los medios de prueba de la ley 75 de 1968 aún en resultados que marquen 99.99%, la última insiste en el protagonismo de la prueba de ADN, siendo esta obligatoria so pena de nulidad del proceso.

KEY WORDS: relationship, DNA, legislation, test, invalidity, judgement suggestion

ABSTRACT: This paper tries to demonstrate the legislative evolution of the scientific test comparing law 75 of 1968 with Law 721 of 2001. The pursuit to the last sentences of the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice demonstrate that the position of both courts does not agree with respect to the confidence in the probatory effectiveness of the test of DNA since while first still accepts the pertinence and necessity of means of test of law 75 of 1968 in results that mark 99,99%, the last one insists on the protagonism of the test of DNA, being this obligatory one under pain of invalidity of the process.



# Importancia de la prueba de ADN en los procesos de filiación

Rocío Serrano Gómez

## 1. Evolución legislativa de la prueba científica

**L**a tarea legislativa de comprobar la filiación de un sujeto con otro que desconoce el parentesco inició con la ley 45 de 1936, es decir, hace solo 49 años que el derecho colombiano reconoce la necesidad de averiguar esta verdad de la cual dependen tan importantes derechos subjetivos.

Según lo ha establecido la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias <sup>1</sup> del hecho de reconocer el vínculo parental se desprenden no únicamente derechos patrimoniales –como los herenciales-, sino otros inherentes a la personalidad del sujeto. En efecto, se ha dicho que la filiación constituye un atributo de la personalidad jurídica, en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas, es decir, negar el parentesco sin justificación o equivocarse en la sentencia que decreta tal vínculo es, ni más ni menos, impedir la titularidad de derechos fundamentales como el de acudir a la justicia para reclamar los que se desprenden del parentesco, los derechos que se desprenden de la personalidad jurídica y que se reconocen desde la niñez como son el derecho al nombre, y el de tener una familia.

Mirando en el tiempo, la inclusión de la prueba científica en los procesos de filiación es el resultado de largos esfuerzos legislativos por reconocerle a los hijos nacidos fuera de matrimonio sus mas

elementales pretensiones. En efecto, Antes de la Ley 45 de 1936 el hijo natural, es decir, aquel nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados, no tenía ningún derecho para averiguar por su verdadero padre o madre y mucho menos para impugnar el reconocimiento que de él hubiera hecho su ascendiente directo. El avance del legislador del 1936 fue, precisamente, permitirle al hijo impugnar la legitimidad presunta por una única causa: cuando él hubiera nacido después de diez meses del día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. Nada se decía para entonces de medios probatorios para establecer filiación, ni de causales diferentes a la mencionada.

## **2. La ley 75 de 1968: “ley de la paternidad responsable”**

El primer paso para establecer presunción de paternidad en hijos naturales (hoy “extramatrimoniales”) apareció treinta y tres años después, con la Ley 75 de 1968, que en su artículo 4 establece seis eventos de los cuales puede deducirse filiación. Hoy en día estas presunciones meramente legales pueden usarse inclusive bajo la vigencia de la ley 721 de 2001 que estableció la prueba genética con marcadores de ADN, según se dirá más adelante.

Las causales del artículo 4 de la Ley 75 de 1968 se refieren a situaciones que indican posibles relaciones sexuales para el tiempo en que se presume la concepción según el artículo 92 del código civil: raptó o violación, seducción o promesa de matrimonio, relaciones sexuales de la madre y el presunto padre, y a hechos que indican filiación por circunstancias externas como cartas o escritos que contengan una confesión inequívoca de paternidad o el trato social y personal a la madre durante el embarazo y parto con hechos que demuestren paternidad, así como la posesión notoria del estado civil de hijo.

Al tiempo que establece presunciones la ley 75 de 1968 le dice al señalado como padre qué circunstancias puede excepcionar para desvirtuarlas: que el imputado padre estuvo en absoluta imposibilidad física de tener relaciones con la madre, o que para la misma época la mujer mantuvo relaciones sexuales con otro(s) hombre(s), a menos que, dice la norma, pueda acreditarse que el demandado “prohijó al hijo como suyo”. Es decir, el legislador prefiere mantener la paternidad en aquel hombre que previamente la ha aceptado en pro, pienso yo, del hijo y de la estabilidad familiar.

La ley en comento estableció por primera vez en nuestro sistema la prueba científica para definir filiación materna o paterna. Se trataba de la prueba antropo heredo biológica, que según el artículo 7 de la misma ley (hoy modificado por el artículo 1 de la Ley 721 de 2001), debía practicarse imperativamente, esto es, ordenarse aún de oficio por el juez. El procedimiento



se hacia sobre el hijo, sus ascendientes y terceros, recurriendo a los grupos y factores sanguíneos y los caracteres patológicos, morfológicos e intelectuales transmisibles. El resultado de la misma, servía sobretodo para “descartar” la filiación, mas que para indicarla, debido a que la certeza del resultado no era determinante.

Reconociendo sus falencias, la prueba se presentó por el legislador como una herramienta para el juez quien la solicitaría de oficio o a solicitud de parte, eso si, su práctica –repetimos-, era *obligatoria* aunque podía aplicarse junto con las presunciones que la misma ley estableció, y junto a otras pruebas como la de solicitar al médico que atendió el parto certificación sobre circunstancias que ayudarían a establecer el parentesco. La falta de la prueba dentro de un proceso de filiación constituía una vía de hecho, según lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia T-488/99 que resolvió el abuso de un juez que emitió sentencia desestimatoria de filiación habiendo practicado exclusivamente pruebas documentales y testimoniales, aduciendo inconvenientes de tiempo que impidieron la práctica de la prueba antropo heredobiológica en el ICBF.

### 3. La ley 721 de 2001.

Cuando se terminó de descifrar el mapa genético, en junio de 2000, los gobiernos del mundo comprendieron que se había dado un vuelco a las investigaciones en genes humanos. Por primera vez se vislumbró la posibilidad de descubrir el tratamiento para enfermedades hereditarias u otros flagelos como el cáncer. Al mismo tiempo, se alertó sobre la posibilidad de realizar experimentos de ingeniería genética que atentaran contra la propia humanidad. Dentro de lo positivo, los avances sobre el genoma humano permitirían establecer la responsabilidad penal de los homicidas y el origen familiar de los hijos a quienes sus padres no reconocían voluntariamente como matrimoniales o extramatrimoniales.

Según lo explica Matt Ridley <sup>2</sup> el cuerpo humano contiene aproximadamente cien billones de células, la mayoría de las cuales tiene un pequeñísimo diámetro de una décima de milímetro. Dentro de cada célula hay un corpúsculo negro llamado núcleo y dentro de él se encuentran dos series completas del genoma humano. Una serie del genoma procede de la madre y otra del padre. En principio, cada serie comprende los mismos treinta mil o ochenta mil genes en los mismos veintitrés cromosomas. Los genomas están escritos enteramente con palabras de tres letras utilizando sólo cuatro: A; C; G y T –que significan adenina, citosina, guanina y timina-. En vez de estar escritas en páginas planas, están escritas en largas cadenas de azúcar y fosfato llamadas moléculas de ADN, así, cada cromosoma está constituido por un par de

larguísimas moléculas de ADN. En palabras resumidas: los genes, que se encuentran en los veintitrés cromosomas principales, están hechos –en su mayoría-, de ADN<sup>3</sup>. Lo anterior quiere decir, que la prueba genética que se practica hoy en día es una prueba sobre los genes de los individuos, lo que la hace especialmente propicia para descubrir relaciones de parentesco.

El legislador Colombiano se apresuró a admitir la prueba de marcadores genéticos de ADN como medio de prueba. Fue así como solo un año después de completado el mapa genético se expidió la ley 721 de 2001, dando una confiabilidad absoluta a sus resultados.

En efecto, el sentido de la ley parece ser el de darle a la prueba de ADN el valor de atribuir paternidad por encima de cualquier consideración extra. Si el resultado es de 99.99% se establecerá sin lugar a otras pruebas la filiación, para demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad deberá estarse por debajo del porcentaje indicado en la ley sin que se diga en la norma cuál es ese índice o límite que sirve para descartar la filiación.

Esta posición de confianza absoluta en el porcentaje del 99.99% lo respalda la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad –que como sabemos tiene efectos *erga omnes*-, número C-808 de 2002 al decir:

“Con fundamento en la prueba de ADN la decisión judicial (...) solo tiene dos opciones: (i) si del resultado de la prueba se concluye la paternidad o la maternidad, obviamente el juez deberá declarar probada la existencia de uno de tales vínculos, señalando el padre o la madre verdaderos; (ii) por el contrario, si del resultado de la prueba se determina que el demandado no es el padre o madre, o que el índice de probabilidad de la prueba no arroja el 99.9% de certeza, por fuerza deberá absolverse al demandado.”

La absolución del demandado no puede ser total según mi criterio porque *¿qué sucede si otras pruebas, pedidas y decretadas dentro del proceso, muestran filiación?* En ningún aparte de la ley 721 del 2001 se derogaron expresamente las presunciones del artículo 8 de la ley 75 de 1968 y tampoco se dice que la prueba científica de marcadores genéticos será la “única” usada en litigios de filiación.

Según lo anterior, debe admitirse que en resultados inferiores al 99.99% puede determinarse filiación siempre y cuando otras pruebas lo acrediten. Y según la sentencia referida, el caso de índices del 99.99% o superiores debe declararse la paternidad por la contundencia de la prueba. En este sentido, el resultado científico debe asumirse como indicador de paternidad.<sup>4</sup> Hasta aquí, la jurisprudencia era clara en que los medios de prueba que constituyen



las presunciones de la ley 75 de 1968 eran de recibo para índices inferiores al 99.99% y que omitirlas constituía una vía de hecho inobjetable, pero que eran inaceptables cuando la prueba de ADN concluyera en porcentajes superiores.

Afortunadamente, la posición de la Corte cambió con la sentencia C-476 del 10 de mayo de 2005, que reconoció la conveniencia de admitir testimonios y otras pruebas indirectas junto con la de ADN *así el resultado de la misma fuera del 99.99%*. La demanda respondió a un ataque de institucionalidad que se le hizo al artículo 3 de la Ley 721/01<sup>5</sup> considerándolo exequible por las siguientes razones: La prueba científica no es indiscutible y única prueba de paternidad porque su eficacia es del 99.99% y no del 100% por lo tanto, algo de duda queda que puede ser suplida por las pruebas testimoniales y documentales que complementen este porcentaje de certeza dentro del proceso. La prueba científica no puede quitarle al juez sus funciones ni a los particulares la oportunidad de oponerse a ella, y por lo tanto no es cierto que ante un 99.99% indicativo de paternidad deba la sentencia reconocer el parentesco.

Al contrario, una vez despachada la prueba el demandado puede discutir la idoneidad científica de quienes la practicaron, incluyendo a los laboratorios, o recusando a los peritos cuando no se declararon impedidos, o debatiendo la prueba en eventos donde la seguridad del resultado puede variar como es el caso de tomas genéticas a cadáveres exhumados, en fin, permitiéndole al demandado pedir aclaración y si es del caso tachar la prueba por error grave.

Vale resaltar que aparte de este cuestionamiento a la efectividad del 99.99% la Corte insistió también en que los medios probatorios de la Ley 75 de 1968 eran aceptables aún en estos niveles de probabilidad. Esta última posición de la Corte es más acertada porque permite cuestionar la efectividad del resultado y porque rescata la libre valoración de la prueba que estaba, según mi criterio, sacrificada ante una mala interpretación de la Ley 721 del 2001.

#### **4. La práctica de la prueba y los derechos fundamentales del demandado**

La doctrina ha criticado la redacción de la Ley 721/01 en el sentido de que parece redactada por personas que no son abogados ya que se desconocieron realidades constitucionales como que nadie puede ser obligado a practicarse una prueba porque el cuerpo es inviolable y el sujeto es titular de un derecho exclusivo sobre su humanidad; por otro lado, la notificación del auto admisorio de la demanda a la cual se refiere el artículo 8 de la tan citada ley, no es otro que la prevención de que la reincidencia a la práctica de la prueba se apreciaría como un indicio en contra y no que se asuma automáticamente la paternidad.

Así las cosas, el único medio de conducción posible del demandado a la toma de la prueba es el del numeral 3 del artículo 225 del CPC, esto es la del testigo que desatiende la orden del juez, pero en ningún caso el arresto, la captura ni la comparecencia forzada propia del derecho penal. A lo sumo, por la no comparecencia, el juez podrá imponer multa hasta de diez salarios mínimos legales vigentes, que es lo autorizado en estos casos de desobediencia a las ordenes judiciales.<sup>6</sup>

Esta posición es ciertamente respetuosa de los derechos del presunto padre, sin embargo, la no comparecencia de los presuntos padres es casi un fenómeno cultural. Así lo reseñó el periódico El Tiempo<sup>7</sup> al decir que solo el 62% de los hombres citados en el país asisten a la práctica de la prueba genética. Esta circunstancia hacen que el juez acuda, por mandato de la misma ley 721 a las pruebas secundarias mencionadas en la Ley 76 de 1968, comprobando una vez más que las presunciones que ella contempla no fueron derogadas por la prueba científica, pero despachando justicia sin la certeza de al prueba genética.

Para aclarar esta situación, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de junio de 2005, estableció algo novedoso, y es que hay nulidad en el proceso cuando el juez actúa negligentemente por violación al numeral 6 del artículo 140 del C.P.C. Aparte de lo anterior conmina al juez a que asuma su papel de director del proceso y como tal no se conforme con acudir de inmediato al indicio de establecer parentesco por la renuencia del encartado sino que procure, por todos los medios posibles, que la prueba se practique, inclusive acudiendo a medidas tan extremas como el arresto de la persona renuente, la inspección judicial sobre la persona del demandado, sobre el domicilio o lugar de trabajo para obtener objetos o material humano como saliva o cabellos para recaudar el material genético. Estas diligencias, concluye la Corte, deben realizarse bajo el respeto a la dignidad del sujeto y en el marco del estado social de derecho y como manifestación del supremo deber de colaborar con la justicia que tenemos todos los ciudadanos. Ni siquiera objeciones de conciencia como las que pueden surgir de reservas religiosas, intelectuales o políticas pueden servir de rodela para excusar el cumplimiento de este deber<sup>8</sup>. Lo anterior reforzado además por la consideración de que el derecho de los niños es prevalente frente a los de los demás.

##### **5. El valor económico de la prueba**

Otro reto debe asumir la justicia para el éxito de la prueba es el hecho de que actualmente solo tres laboratorios, aparte de Medicina legal, están avalados para efectuar pruebas de paternidad o maternidad por ADN. Estas son: el laboratorio de la Universidad Tecnológica de Pereira, el de la Universidad de Antioquia y el de los Médicos Yunis Turbay, en Bogotá. Esta es la razón por la



cual existan, a agosto de 2004 veintidós mil exámenes pendientes de practicar, estando a la espera de que la convocatoria que abrió en ese mismo mes el ICBF se llene con los laboratorios que ofrezcan las garantías señaladas en la ley 721. Para la realización de las mismas, informan los medios <sup>9</sup>, el Estado invertirá 4.034 millones de pesos, desembolso que es absolutamente necesario por la gratuidad de la prueba en la primera oportunidad existan o no recursos por parte de la parte interesada, gratuidad que se extiende inclusive en la segunda toma si es que es pedida bajo el amparo de pobreza. El juez, en este último caso la decretará para superar cualquier duda que haya ocasionado la primera con cargo al solicitante que no hizo uso del amparo de pobreza, y para cobrarla posteriormente dentro de las costas del proceso, lo anterior quiere decir que el experticio será a cargo del tesoro nacional en la gran mayoría de los casos <sup>10</sup>.

## CONCLUSIONES

La prueba de marcadores genéticos de ADN no ha desplazado las presunciones de la ley 75 de 1968, a las que debe recurrir el litigante para evitar que el porcentaje inferior al 99.99% y una interpretación exégeta de la norma determine la filiación en situaciones que pueden llegar a ser injustas.

La prueba científica de marcadores genéticos de ADN debe usarse para indicar filiación si supera el 99.99% y aún en ese caso admite que los litigantes la tachen por error grave a la vez que le impone el deber al juez de practicar otras pruebas solicitadas por las partes. Con más veras, la prueba de ADN con porcentajes inferiores al 99% no es apta para descartar paternidades automáticamente si el índice es inferior al mencionado y si se ha probado filiación por otros medios legales.

Mientras la Corte Constitucional ha variado su posición al punto de conceder falibilidad a la prueba de ADN la Corte Suprema de Justicia parece confiar absolutamente en ella cuando obliga al juez a practicarla haciendo uso de métodos que algunos califican de inconstitucionales, como es la toma de muestras con arresto del demandado o la intromisión en el domicilio o el lugar de trabajo para obtener material genético.

La falta de recursos económicos del país hace que indirectamente se violen los derechos fundamentales que confiere la filiación, los mismos que pretendió proteger la prueba científica. En otras palabras, la contundencia de la realidad social derrota las buenas intenciones legislativas y las hace inoperantes.

## BIBLIOGRAFÍA

[www.externado.edu.co/derechoyvida/](http://www.externado.edu.co/derechoyvida/)

[www.mail-archive.com](http://www.mail-archive.com)

Sentencia T-004/98

Sentencia T-488/99

Sentencia C-109/95

Sentencia C-808/02

Sentencia del 28 de junio de 2005, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

RIDLEY, Matt. Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos. Taurus, Madrid, 2000.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Sentencias T-488/99, T-004/98, C-109/95
- 2 Ridley, Matt. Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos. Taurus, Madrid, 2000. Pág. 18 y 19.
- 3 En su mayoría, porque algunos virus utilizan ARN una sustancia ligeramente distinta al ADN.
- 4 Sentencia C-808 de 2002.
- 5 Art. 3.- Solo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.
- 6 Alarcón, Fernando. ([www.uexternado.edu.co/derechoyvida/](http://www.uexternado.edu.co/derechoyvida/))
- 7 El Tiempo, agosto 11 de 2004 ([www.mail-archive.com](http://www.mail-archive.com))
- 8 Sentencia del 28 de junio de 2005, Corte Suprema de Justicia.
- 9 El Tiempo, agosto 11 de 2004. ([www.mail-archive.com](http://www.mail-archive.com)).
- 10 Al respecto vease Sentencia C-808 de 2002.