

*César Augusto Guerrero Díaz\**

# Filiación en Colombia: de la incertidumbre a la ciencia. Una recensión legal y jurisprudencial

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2010

Fecha de aprobación: 18 de octubre de 2010

## RESUMEN

La evolución legislativa y jurisprudencial de la prueba en los procesos de filiación en Colombia, muestra cómo en los últimos tiempos esta ha recibido el apoyo de la genética, ciencia que acaba con la perplejidad que se cernía en otras épocas sobre la averiguación de quiénes son los verdaderos padres de un sujeto. El presente artículo realiza una aproximación analítica sobre el tema.

**Palabras clave:** filiación, prueba científica, índice de paternidad, proceso de familia, estado civil.

## ABSTRACT

The legislative and jurisprudential evolution of evidence in paternity law in Colombia shows that, in recent years, these legal processes has been supported by genetic science which resolves historical confusions in determining a person's true parents. This article approaches the topic from an analytic standpoint.

**Keywords:** Personal scientific testing, paternity index, family procedure, marital status.

Este artículo pretende mostrar tres aspectos de la filiación: el progreso de esta prueba desde los albores del Código Civil hasta nuestros días; que los jueces pueden decidir controversias de familia con apoyo de la pericia científica a pesar de que aquella no alcance el porcentaje ideal de índice de paternidad y en las postrimerías, la falta de explicación acerca de la diferencia legislativa existente entre el índice de paternidad que debe arrojar la prueba de ADN cuando el presunto padre está vivo o cuando ha muerto.

**1.** El Código Civil Colombiano original fue inspirado en el Código de Napoleón, la legislación canónica y el antiguo derecho español; como heredero de esas influencias en nuestro medio, se dividió la progenie en dos clases: hijos

\* Docente universitario, magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, ex magistrado auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

legítimos e ilegítimos, estos últimos a su vez, eran de dañado y punible ayuntamiento (adulterios, sacrílegos e incestuosos, carentes de cualquier derecho), los naturales (ilegítimos reconocidos mediante instrumento público o por acto testamentario) y los simplemente ilegítimos, clasificación contenida en el artículo 318 del Código Civil (derogado por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887).

El Código Civil colombiano de 1873, a diferencia del Código Napoleónico, permitía que los hijos naturales citaran a su padre o madre ante el juez para que bajo *juramento*, declararan sobre la pretendida paternidad; en un primer momento fue ese tipo de prueba el único posible para instar el reconocimiento de la paternidad, investigación que podía solicitar el mismo hijo o cualquiera persona que probara haber contribuido a la crianza de aquel (artículos 319 a 323 del Código Civil, derogados por artículo 65 de la Ley 153 de 1887).

La Ley 153 de 1887 adoptó en parte, el restrictivo sistema francés de prohibir implícitamente la libre investigación de la paternidad, que quedó reducida al acto voluntario de reconocimiento (instrumento público o acto testamentario), pero con los únicos efectos de cuidar personalmente de los hijos llamados por entonces “naturales” y atender los gastos de sostenimiento, incluidos los de la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio (artículos 54 a 59, 61 y 62 de la Ley 153 de 1887).

De otro lado, los denominados hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos estaban al margen de toda protección, salvo la excepción del artículo 66 *ibíd.*, respecto de la obligación de pagar los alimentos.

Aunque no se refiere a la paternidad, debe resaltarse el artículo 7.º de la Ley 95 de 1890, norma que estableció la presunción del reconocimiento por parte de la madre frente a los hijos concebidos por ella en estado de soltería o viudez, aquellos adquirirían el carácter de hijos “naturales” en relación con la progenitora.

Con evidentes limitaciones, la Ley 45 de 1936 autorizó, por primera vez, la investigación y consiguiente declaración judicial de paternidad, que debía dirigirse en contra del presunto padre, como legítimo contradictor, pues la Corte al interpretar el artículo 7.º *ibíd.*, que a su vez remitía a los artículos 403 y 404 del Código Civil, concluyó que “siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad” (Sent. Cas. Civ. de 26 de abril de 1940<sup>1</sup>, reiterada en Sent. Cas. Civ. de 22 de septiembre de 1942<sup>2</sup>), postulados con los cuales se descartó que la acción pudiera intentarse una vez fallecido el presunto padre, pues los herederos representaban al causante solo en asuntos de tipo patrimonial, no así en materia de estado civil, que no es un derecho con contenido crematístico.

<sup>1</sup> *Gaceta judicial*, T. XLIX, p. 258.

<sup>2</sup> *Gaceta judicial*, T. LIV, p. 93.

De esta manera, la acción de paternidad únicamente podía ejercerse frente al padre vivo, restricción que acompañaba con la condición en que se encontraba el hijo frente a la acción de filiación.

También la Ley 45 de 1936, próxima en su texto, y distante en el tiempo a la Ley 16 dictada en Francia en noviembre de 1912, estableció un régimen según el cual era posible demandar y obtener la declaratoria judicial de paternidad, cuando se presentara alguno de los siguientes eventos:

1.º En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción; 2.º En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción; 3.º Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad; 4.º En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, *relaciones sexuales estables*, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron; 5.º Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo (Ley 45 de 1936).

Todo ello sin establecer un régimen diferente al enunciado de presunciones. Nótese que había un marcado sesgo valorativo frente a la *conducta* de la mujer, pues según el texto subrayado, estaba descartado que ella pudiera demandar al presunto padre con quien hubiera tenido una relación fugaz; exclusión que implícitamente castigaba tanto a la madre como al hijo habido en tales condiciones.

El reconocimiento voluntario, que según la norma consiste en la “*manifestación expresa* y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene” (artículo 2.º), fue reconocido también como fuente del estado civil.

La Ley 75 de 1968 aludió de manera directa a la prueba científica para convertirla en forzosa, con todo y las limitaciones que hasta ese momento se tenían; en efecto, el artículo 7.º disponía que

[...] en todos los juicios de investigación de la paternidad o 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 sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales

transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia [...] (artículo 7.º Ley 75 de 1968).

La consagración de la iniciativa del juez como fundamento de la práctica probatoria, fue el reconocimiento estatal de la importancia que el tema revestía y la anticipación del régimen que luego vendría con el Decreto 1400 de 1970, mediante el cual se otorgó un especial rol al juzgador en la búsqueda de la verdad en las controversias judiciales.

De otro lado, se estableció una mayor amplitud en el suministro de la prueba de los hechos que estructuran las presunciones de paternidad, disposiciones tendentes, en palabras de la Corte, a

proteger los derechos de los hijos naturales (sic), colocándolos en principio en situación más ventajosa que la que les ofrecía la Ley 45 de 1936, sobre todo en lo tocante con la posibilidad de poner en movimiento la jurisdicción para obtener, mediante sentencia, el reconocimiento de su estado civil cuando el padre no quiera hacerlo voluntariamente. (Sent. Cas. Civ. de 2 de noviembre de 1971<sup>3</sup>).

El legislador colombiano, además de instituir a través de la Ley 75 de 1968, la obligación de practicar exámenes científicos en los procesos de investigación de la paternidad, asignó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante Ley 9.ª de 1979, el deber de emitir dictámenes periciales antropoheredobiológicos,<sup>4</sup> cuestión que fue reglamentada por el artículo 36 del Decreto 2388 de 1979 al establecer que

los exámenes antropoheredobiológicos serán practicados por el laboratorio de genética del ICBF a solicitud del juez, en relación con asuntos de su competencia. Estos exámenes se realizarán en forma simultánea, a las personas involucradas en el proceso. Con el fin de preconstituir la prueba el Defensor de Menores podrá también solicitar la práctica de los mismos. El Laboratorio de Genética emitirá los conceptos sobre la materia que le soliciten los funcionarios de la rama jurisdiccional (artículo 36 del Decreto 2388 de 1979).

A medida que se producían los adelantos científicos, la jurisprudencia en la labor de remozamiento del Derecho, se puso a tono con los progresos que apuntaban al descubrimiento del genoma humano y que entre otras cosas, permitían establecer la relación filial entre dos personas. Así, se sostuvo cómo 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

<sup>3</sup> *Gaceta judicial*, T. CXXXIX, p. 198.

<sup>4</sup> *Gaceta judicial*, T. CLXVI, p. 445.

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 lo es en verdad (Sent. Cas. Civ. de 16 de junio de 1981)<sup>5</sup>.

En los últimos años, la averiguación judicial sobre la paternidad ha sido abastecida con los progresos de la ciencia, en especial, la genética, que estudia las relaciones que a nivel de biología molecular, se refleja entre los rasgos genéticos de ascendientes y descendientes, a partir de las huellas que inexorablemente se transmiten de los padres a los hijos.

Las leyes de la genética y el rigor de los procedimientos científicos garantizan que los resultados obtenidos conducen a respuestas con elevado margen de certidumbre sobre la paternidad. La evolución de los métodos científicos ha sido reconocida, no solo por la legislación, sino por la jurisprudencia, que en los últimos años de manera enfática ha procurado la utilización de la prueba de ADN; inclusive, con antelación a la consagración obligatoria de ella por vía legal, como fundamento probatorio inestimable en los procesos de investigación de la paternidad.

En las postrimerías del siglo XX, la jurisprudencia destacó la relevancia de las pruebas científicas y el aporte de ellas al esclarecimiento de la paternidad, en especial, porque

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 que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayano en la seguridad (Sent. Cas. Civ. de 23 de abril de 1998, exp. 5014).

En la misma época, con anticipación a la Ley 721, la Corte instó a los jueces para que gestionaran la práctica de la prueba de ADN dentro de los procesos de filiación, a propósito se exhortó:

a los juzgadores de instancia para que no desdeñen con anodinos pretextos, la práctica, no solo de los informes técnicos y demás experticias a

---

<sup>5</sup> *Gaceta Judicial*, T. CLXVI, p. 445.

que alude el artículo 7.º de la Ley 75 de 1968, sino, fundamentalmente, de todas aquellas pruebas científicas puestas actualmente a disposición de la justicia que, con estribo en el aludido precepto, puede decretar el juez y cuyo grado de confiabilidad, dependiendo de su naturaleza, ha destacado en reiteradas oportunidades esta Corporación (Sent. Cas. Civ. de 30 de noviembre de 1999, exp. 5337).

Exhortación que se reiteró con abundamiento sobre la importancia de la prueba de ADN y sus márgenes de confiabilidad, lo que permitía utilizar esta para lograr que el avance de la ciencia y el poder contundente de los hechos nuevos, pudieran jalonar el Derecho al punto de vivificarlo, teniendo a la vista estas circunstancias, dijo la Corte:

ha de poner especial cuidado el juez, no solo para lograr la adecuada aplicación de las normas positivas con las que cuenta en la solución de los hechos controvertidos a él deferidos, sino para comprender en esas normas positivas aquellos hechos nuevos o esos aspectos de la ciencia que, ni por asomo, pudo tener en mente el legislador al promulgar la norma [...] El dictamen pericial hoy no solo permite excluir sino incluir con grado cercano a la certeza absoluta, a quien es demandado como padre presunto. De la prueba crítica, en la que el razonamiento legislativo para inferir la paternidad y autorizar a declararla judicialmente recorre varios caminos (el hecho conocido y probado –v. gr. el trato especial entre la pareja–, el hecho inferido –las relaciones sexuales– y el segundo hecho inferido –la paternidad) se pasa hoy, con ayuda de la ciencia, a una prueba de los hechos, científica, cual es la de excluir a alguien como padre o la de incluirlo con grado de certeza prácticamente absoluta, mediante análisis y procedimientos técnicos avalados mundialmente y tomados en el estado presente como ciertos o indubitables. Se pasa hoy casi directamente al fin último de las presunciones legales que contempla la Ley 75 de 1968: declarar la paternidad o desestimarla [...] se impone hoy la declaración de ciencia frente a la reconstrucción histórica, salvo que aquella no sea posible obtener. [...] Es imperioso que los jueces que a su cargo tienen la delicada función de declarar la paternidad o negarla, adviertan y tomen plena conciencia de que más que las meras presunciones de paternidad que la ley recogió como medio facilitador para la demostración de las relaciones sexuales, hoy la ciencia ofrece un camino expedito que salta sobre esas otrora necesarias relaciones sexuales. Ya sin sorpresa se registran en la actualidad procedimientos científicos que, por ejemplo, substituyen la relación sexual y consiguen la fertilización del óvulo femenino, por lo que el juez, atento como debe estar a los cambios de su tiempo, debe darle apenas una discreta importancia a las probanzas indirectas que tienden con la imperfección que les son propias, a demostrar la relación sexual y por este camino la paternidad biológica inferida. En cambio, debe el juez, en la medida en que sea posible obtenerla, aquilatar la prueba científica teniendo presentes, como antes se dijo, la pertinencia, erudición de los peritos, com-

presión del tema, precisión en las respuestas, apoyo científico que utiliza, etc. (Sent. Cas. Civ de 10 de marzo de 2000, exp. 6188).

A partir de allí, se juzgó imprescindible utilizar ese desarrollo científico, de singular importancia en la investigación judicial de la filiación, pues el grado de certeza que aporta la prueba de ADN es realmente sorprendente, tanto, que dio lugar a que la Corte proclamara que se había “llegado, pues, al punto en que el problema no es el de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella, de manera que, en cualquier caso, quienquiera desvirtuar esa alta dosis demostrativa, que lo acredite” (Sent. Cas. Civ. de 15 de noviembre de 2001, exp. 6715).

Posteriormente, la Ley 721 de 24 de diciembre 2001, dispuso la modificación del artículo 7.º de la Ley 75 de 1968, regla que hoy ordena para todos los procesos de investigación de la paternidad o maternidad, “la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%”, mediante “la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza”, indicado por la misma disposición, mientras el desarrollo científico no ofreciera mejores posibilidades, y consagró las normas para practicarla en caso de fallecimiento del padre, madre o hijo, por los mismos medios, pero en este caso con procedimientos que “permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99,99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad”.

Como se aprecia, de la prohibición ya explícita o tácita de la libre investigación de la paternidad, se desplazó esa necesidad dictada por el cambio social, hasta el punto de hacer al juez el impulsor oficioso de esa indagación, mediante el decreto forzoso y oficioso de prueba técnica.

Recientemente, la Corte expuso los adelantos de la prueba de ADN, a partir de explicar cómo los desarrollos científicos:

permitieron descubrir que en el núcleo de las células del cuerpo humano (que se repite invariablemente por provenir de una célula original formada por el espermatozoide y el óvulo), se hallan moléculas denominadas cromosomas<sup>6</sup> (46 en total, divididos en 22 pares llamados autosomas y 2 unidades sexuales conocidas como gonosomas).

El principal componente de los cromosomas es el ácido desoxirribonucleico (ADN), sustancia que contiene los genes, mismos que transmitidos como son de los padres al hijo, permiten que éste se distinga como individuo único, pues contiene una información exclusiva que permite la producción

<sup>6</sup> Acepción que viene del griego *χρῶμα*, –τος *chroma*, (color) y *σῶμα*, –τος *soma*, (cuerpo o elemento), y que se adoptó porque para poder ser observados en el microscopio, debían ser tinturados con sustancias especiales.

de proteínas y enzimas necesarias para el funcionamiento del organismo. El ADN, entonces, representa una sustancia vital del núcleo celular que es constante e irrepetible, salvedad hecha de los gemelos idénticos, que excepcionalísimamente comparten una misma información genética.

A través de técnicas que en la actualidad son confiables, seguras y rápidas, es posible tomar de casi cualquier tejido humano células nucleadas con un número plural de porciones o fragmentos específicos de ADN, denominados microsatélites o STR (Short Tandem Repeats o repeticiones cortas en tandem), que se hallan en lugares previamente determinados (loci o locus) y a partir de éstos pueden establecerse los marcadores que permiten esclarecer la probabilidad de paternidad.

Para ese efecto, se comparan los marcadores genéticos de la madre, del hijo y del sujeto a quien se atribuye la paternidad. Así, los marcadores del hijo que no se hallen en el ADN materno, tendrán que estar en el ADN paterno, lo cual sirve al propósito de esclarecer si existe un nexo biológico con el candidato a progenitor, tomando en consideración, claro está, la frecuencia con que ese marcador se repite en una población determinada. Hoy por hoy, esos procedimientos arrojan probabilidades tan altas, que permiten tener la paternidad como prácticamente probada (Sent. Cas. Civ. de 28 de mayo de 2010, exp. 2002-00495-01).

**2.** En el contexto de la prueba científica, se ha fundado la Corte en los porcentajes de probabilidad de paternidad que arrojan los análisis genéticos, desde luego sobre la base de que los resultados que muestran estos, se apoyan en el cálculo de probabilidad estadística de que el presunto padre sea realmente el progenitor del demandante y no otro sujeto, que al azar eventualmente se escogiera dentro de una población dada.

Así, son probabilidades de paternidad las que están reflejadas en los exámenes científicos, en la medida en que si estos suman mayor porcentaje restringen en superior medida que la paternidad sea atribuida equivocadamente. Sin embargo, es necesario precisar que a pesar de que el resultado de la prueba no alcance el índice legal de paternidad previsto en la Ley 721 de 2001, tal circunstancia por se no descarta que el dictamen pueda servir para resolver una controversia de filiación, solo que en tales casos, la pericia estará desprovista de la fuerza de convicción que permitiría, en los demás casos, fallar con apoyo ese elemento probatorio; por el contrario, se impondrá en mayor medida, la necesidad de acudir a los demás medios obrantes en el proceso, para erigir un convencimiento adecuado a las circunstancias particulares de cada episodio.

La propia jurisprudencia ha reconocido la potencia persuasiva de los resultados, a pesar de que los resultados no alcancen los porcentajes previstos legalmente.



Así, a propósito de un episodio en que la prueba de ADN arrojó el 99.85% de probabilidad de paternidad, la Corte sostuvo que

la seguridad que le brindó la prueba científica al Tribunal, de por sí contundente dentro del compendio probatorio, sin lugar a dudas comunicó a la apreciación de la prueba testimonial una perspectiva diferente, pues otorgó armonía al elenco probatorio y permitió liar los elementos de convicción que fundaron la decisión adoptada [...] (Sent. Cas. Civ. de 21 de septiembre de 2004, exp. 85230-3189-001-1998-00316-01).

Se ha entendido de otro lado, que

si bien la prueba testimonial, en sí misma considerada y ayuna de cualquiera otra probanza, no es útil para afirmar la existencia de relaciones sexuales... por la época en que tuvo lugar la concepción [...] esas declaraciones, analizadas ahora en conjunto con la referida prueba genética –que es prueba del trato carnal–, adquieren una nueva dimensión que el Juez no puede desconocer (Sent. Cas. Civ. de 18 de diciembre de 2006, exp. 6919).

Por supuesto que cuando los porcentajes que arroja el dictamen son inferiores a los establecidos por la Ley 721 de 2001 y se atiende a las pruebas adicionales, estas no contribuirán a alcanzar el porcentaje que resta a la prueba, pues tan solo servirán para cimentar la decisión del juzgador, porque siendo categorías diferentes, la una de probabilidad estadística, de origen científico, (prueba de ADN), y la otra, la autonomía en la apreciación de otros medio de prueba, no hay cómo sumarlas matemáticamente, tan solo es posible considerarlas de modo conjunto para construir la convicción unitaria del juez que permitirá resolver acerca de la pretensión, en este caso, de filiación extramatrimonial.

En suma, las pruebas distintas a la genética nunca podrían completar el porcentaje que falta al resultado para llegar al ideal legislativo, sino que se presenta una recíproca inferencia que potencia el valor de convicción que prestan todas las pruebas, porque como ha dicho la Corte, a pesar de que el resultado no sea concluyente sobre la paternidad, tampoco la suprime, pues esta inferencia excluyente solo surgiría de manera inconcusa cuando “la genética dictamina que esa paternidad es imposible por incompatible” (Sent. Cas. Civ. de 31 de enero de 2006, exp. 4022).

Realmente no existe sistema tarifado de prueba, ni siquiera luego de la vigencia de la Ley 721; por el contrario, la Corte ha estimado imperativa la apreciación del dictamen pericial a pesar de que el estudio científico arroje valores levemente inferiores a la pauta prevista por la norma aludida, ya que desestimar tan importante elemento de juicio constituye una conducta contraria

a postulados esenciales del proceso civil, fundamentalmente el del compromiso del juez con el establecimiento y verificación de la verdad sobre

los hechos disputados, a través del cual se realiza el valor de justicia que se asegura por la Constitución; se opone asimismo, al principio del ejercicio responsable de la jurisdicción, así como al de necesidad de la prueba (art. 174 del C. de P. C.), en fuerza del cual el juzgamiento debe consultar y nutrirse de las pruebas aducidas por los litigantes en uso del derecho que les asiste para llevar al juzgador el convencimiento sobre los hechos que fundan el derecho cuyo reconocimiento reclaman por todo medio que resulte idóneo para ese propósito, potestad que se engasta en la garantía fundamental al debido proceso (art. 29 - 4 de la C.P.) y no puede ser catalogada únicamente 'como una carga (onus probandi), sino también, según el caso, como un prototípico y autónomico derecho (derecho a probar), por lo demás fundamental' (Sent. 28 de junio de 2005, exp. 7901), principios y valores que rodarían por tierra si se sentenciara a espaldas del material probativo regularmente acopiado, porque ese ejercicio, al contrario de lo pregonado por los recurrentes, no está refrenado por los destellos legislativos de regresión al derogado sistema de tarifa legal al que le apuestan, sumidos en las palabras del art. 3.º de la Ley 721 de 2001 cuyo sentido fijan atenidos por entero a su tenor, amén de insular, sin enlace ninguno con los restantes elementos normativos del ordenamiento legal que compone, pues no es ese el entendimiento que, dentro de la unidad lógica jurídica que corresponde a ese cuerpo dispositivo, a su espíritu y teleología, cabe asignar al citado precepto (Sent. Cas. Civ. de 5 de julio de 2007, exp. 0061301).

En otro episodio, la Corte ponderó, en sede de instancia, el resultado de la prueba de ADN, pues

cuando la prueba genética no brinda un grado de probabilidad que alcance para satisfacer el volumen de probabilidad que exige la ley, del 99.99%, su importancia no se desvanece, puesto que es posible que ella sirva para articular el contenido de los restantes elementos de juicio que reposan en el expediente, sobre todo cuando el valor probabilístico de las conclusiones del dictamen científico es altamente persuasivo (Sent. Sust. 27 de noviembre de 2008, exp. 0808101).

Debe tenerse en cuenta que la Corte también reconoció suficiente valor demostrativo a este tipo de resultados, a pesar de que los porcentajes apenas se acercaron al ideal legislativo. Así puede verse en sentencias de 15 de noviembre de 2001, exp. 6715 y 5 de julio de 2007, exp. 00613-01, asuntos en los cuales el examen de ADN concluyó probabilidades de paternidad de 99.5% y 99.51%, respectivamente.

Es que aún si la prueba genética mostrara los porcentajes previstos en la Ley 721, ello no reprime al juzgador para emprender el análisis conjunto de las pruebas, como lo ha reconocido también la doctrina constitucional, que al determinar la conformidad de tal normatividad con la Constitución, advirtió que del texto de los artículos 1.º y 2.º se deduce que

la Ley 721 de 2001 no da por establecido que existan ya exámenes antropoheredobiológicos que determinen científicamente y de manera indiscutible la paternidad o la maternidad en relación con una persona en particular”, y admite, además “que las técnicas de investigación en la biología molecular pueden ser susceptibles de perfeccionamiento”, premisas a partir de las cuales la Corte Constitucional concluyó que si “conforme al propio texto de la ley, el Estado reconoce que la ‘información de la prueba de ADN’ no es completa, absoluta, con ella no se alcanza a plenitud la certeza, sino tan solo un ‘porcentaje’ de ella. Y, entonces, si ello es así, el texto del artículo 3.º de la Ley 721 de 2001 *no impide que en el estado actual de la ciencia, además de las pruebas científicas sobre el ADN pueda recurrirse tanto a las pruebas testimoniales, como a las documentales y a otros medios de prueba*, pues la ‘información de la prueba de ADN’ no arroja certeza absoluta sino tan solo una altísima probabilidad de paternidad o maternidad. Ello significa, entonces, que mientras la situación no varíe hasta el punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador, interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones”, determinando, en síntesis, que “no puede afirmarse válidamente que el legislador optó por un regreso a la tarifa legal de pruebas para imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial, como tampoco resulta de recibo concluir que se le impide al juzgador apreciar la prueba científica que se ha aludido con exclusión de las demás, pues, al contrario, si esa prueba avanzada y de alto valor científico llega a establecer tan solo un alto ‘porcentaje de certeza’ que constituye ‘índice de probabilidad’ que incluso podría ser muy cercano al ciento por ciento, la práctica y la valoración de otros medios permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial (Sent. C-476 de 10 de mayo de 2005).

Las anteriores aproximaciones jurisprudenciales al tema se ven fortalecidas por la literatura pertinente, pues los postulados científicos tienen por *prácticamente probada* la paternidad de un sujeto en relación con otro, a partir de índices inferiores a los previstos legalmente, con lo cual se advierte que la Ley 721 fue a dar más allá de las exigencias de la propia genética, exceso que también autorizaría a los juzgadores a tomar en cuenta esos dictámenes que están en límites imperceptiblemente menores al porcentaje requerido por la ley citada.

Así, nótese que las pruebas genéticas aluden siempre a los llamados “predicados verbales de Hummel”, que establecen unas categorías de lectura del resultado dentro de un rango que va del 0 (no es padre) y el 1 (es el padre), aproximación en porcentaje que solo señala una tendencia estadística, pues el 100% no es una meta posible por ahora. Esa alusión en la mayor parte de los países europeos se adjunta a los estudios genéticos para ayudar a los abogados a interpretar los resultados. Según esas pautas, se da por probada la paternidad

a partir de *valores superiores al 99,73%*; los rangos porcentuales y sus entendimientos, pueden resumirse así:

$W \geq 99,73\%$	paternidad 'prácticamente probada'.
$W \geq 99 < 99,73\%$	paternidad 'extremadamente probada'.
$W \geq 95 < 99\%$	paternidad 'muy probable'
$W \geq 90 < 95\%$	paternidad 'probable'
$W \geq 50 < 90\%$	paternidad más probable que no paternidad <sup>7</sup> .

Donde W es la probabilidad acumulada de paternidad.

Como se ve, ese sistema de interpretación de la prueba de ADN estima que está *prácticamente probada* la paternidad cuando el resultado arroja el 99,73% o más, cifra inferior a aquellas previstas en la Ley 721 de 2001, que establece un porcentaje de 99,9% para cuando la demanda se dirige contra el presunto padre vivo y 99,99% si este ha fallecido, de donde emerge que la propia ciencia atribuye una lectura disímil y resulta menos exigente que la Ley 721 de 2001, en punto del porcentaje de referencia para tener por probada la filiación.

También se resalta que a partir del 99%, el resultado acerca de la paternidad, sigue siendo *extremadamente probada*, luego desde la perspectiva científica también está autorizado el juzgador para tomar en cuenta el examen en esas condiciones, pues los elementos genéticos empleados permiten atribuir la paternidad con un alto grado de probabilidad estadística, inclusive si se descartan otras pruebas de apoyo.

En conclusión, el juzgador que decide la filiación puede apreciar los resultados de la prueba genética que aporta un porcentaje de paternidad levemente inferior al contemplado por la Ley 721 de 2001, al cual junta otros elementos probatorios de diversa índole, que contribuyen cada uno en su medida, a formar la convicción sobre la pretensión de paternidad.

**3.** Todo ello sin contar con que ninguna explicación legislativa existe para que haya mayor exigencia de probabilidad de paternidad cuando el padre está muerto (99,99%), que cuando vive (99,9%), pues vista la exposición de motivos de la Ley 721, lo único que se destaca es que el legislador pretendió con la reforma de la Ley 75 de 1968, "adecuar la legislación a la Constitución Política que actualmente nos rige y cambiar la normatividad positiva para poder con *ello*

<sup>7</sup> Primarosa Chieri y Zannoni, Eduardo, *Prueba del ADN*, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada y ampliada, 1.<sup>a</sup> reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p. 72.

brindar a la *administración de justicia*, mecanismos expeditos para establecer con eficacia y rapidez la paternidad”<sup>8,9</sup>.

Pero de cara al punto de la diferencia de porcentajes, se aprecia que el texto propuesto para primer debate en Cámara (proyecto 038 de 2000), concibió el parágrafo 3.º del artículo primero, que establecía:

La exclusión será con más de dos incompatibilidades o discrepancias entre el genotipo haploide (condición con que se designa la mitad del número total de cromosomas de una especie o dotación genética sencilla de uno solo de los cromosomas de un individuo) o perfil sencillo de marcadores genéticos, que el hijo recibió de su padre y el genotipo diploide (composición genética de un individuo o dotación genética del par de cromosomas del individuo) o dotación doble de marcadores genéticos del presunto padre o madre. A su vez, la inclusión será con una probabilidad mínima de la paternidad, maternidad o parentesco de 0,9999 o del 99,99%, la que se basará en la perfecta concordancia entre el genotipo del presunto padre o madre y el genotipo haploide de origen paterno o materno del hijo<sup>10</sup>.

En este momento del trámite en el congreso, el proyecto de norma carecía de la distinción que finalmente contempló y simplemente utilizaba el porcentaje de 99,99%, de manera general, sin que en el resto de la propuesta asomara otro porcentaje de la misma naturaleza.

Ese texto analizado por la Cámara cambió radicalmente, como aparece publicado en la Gaceta de esa Corporación, pues la dicha redacción carece de alusiones a porcentajes específicos de de probabilidad de paternidad y solo habla genéricamente de que el “resultado positivo del examen del ADN, constituirá plena prueba y única prueba válida”<sup>11</sup>, sin establecer un sentido a la expresión “resultado positivo”.

Sin embargo, luego de las consabidas discusiones, el texto definitivo del proyecto en Cámara, nuevamente incluyó el mismo texto de parágrafo 3.º que se transcribió anteriormente, sin distinciones sobre el porcentaje de probabilidad de paternidad entre el presunto padre fallecido y el sobreviviente<sup>12</sup>.

Dicho proyecto fue modificado por aquel que fue aprobado en segundo debate en plenaria de la Cámara del 12 de diciembre de 2000, publicado en la *Gaceta del Congreso*, el artículo 7.º contiene que

<sup>8</sup> *Gaceta del Congreso* 423, miércoles 18 de octubre de 2000, p. 7.

<sup>9</sup> Resaltado fuera del texto

<sup>10</sup> *Gaceta del Congreso* 423, miércoles 18 de octubre de 2000, p. 11.

<sup>11</sup> *Gaceta del Congreso* 495, jueves 7 de diciembre de 2000, pp. 9-10.

<sup>12</sup> *Gaceta del Congreso* 495, jueves 7 de diciembre de 2000, pp. 15-16.

el examen científico de ADN se hará en cantidad y calidad de marcadores genéricos suficientes para asegurar una *exclusión* anticipada superior al noventa y nueve punto noventa y nueve por ciento (99,99%) de un falso acusado y una *inclusión* de la paternidad o maternidad, superior al noventa y nueve punto nueve por ciento (99,9%), después de realizada las pruebas”<sup>13, 14</sup>.

Se nota aquí que el criterio diferenciador de los porcentajes aplica tanto a la exclusión como a la inclusión; en relación con la primera, se adoptó el 99,99%, a pesar de que exclusión puede lograrse hoy con total certidumbre<sup>15</sup>; mientras que para la inclusión de paternidad se dejó como suficiente el 99,9%.

Posteriormente, el proyecto aprobado en segundo debate de plenaria y publicado el 21 de marzo de 2001<sup>16</sup>, incluyó tanto el párrafo 3.º del artículo 2.º, como el artículo 7.º ya transcritos, con lo cual se fusionaron las dos propuestas anteriores, pero surgió la incoherencia de que en la primera norma se dijo que

la *inclusión* será con una probabilidad mínima de la paternidad, maternidad o parentesco o de 0,9999 o del 99,99%, la que se basará en la perfecta concordancia entre el genotipo del presunto padre o madre y el genotipo haploide de origen paterno o materno del hijo”, mientras en la segunda de ellas, el artículo 7.º estableció que “el examen científico de ADN se hará en cantidad y calidad de marcadores genéticos suficientes para asegurar una *exclusión* anticipada superior al noventa y nueve punto noventa y nueve por ciento (99,99%) de un falso acusado y una *inclusión* de la paternidad o maternidad, superior al noventa y nueve punto nueve por ciento (99,9%), después de realizada las pruebas.

Como puede deducirse con facilidad, se utilizaron dos números diferentes, sin que aparezca entre tales guarismos hasta ahora, el criterio científico relativo a que la exigencia estadística modifique las cosas cuando el presunto padre haya muerto, si es que se acude a su material genético.

El texto para el segundo debate en la plenaria del Senado (proyecto 154) contempla un párrafo 2.º del artículo 1.º, cuyo tenor es el siguiente, “la cantidad de marcadores genéticos de ADN para la realización de la prueba de paternidad o maternidad garantizará la exclusión de todos los falsos demandados y la inclusión con una probabilidad superior al 99,99%”, propuesta legislativa que ya reconoce la exclusión del 100% y sube la precisión en cuanto a la inclusión hasta exigir la centésima. Pero muy significativo resulta el artículo 2.º del mismo proyecto, pues allí se establece que

<sup>13</sup> *Gaceta del Congreso* 06, viernes 26 de enero de 2001, p. 3.

<sup>14</sup> Resaltado por la Sala.

<sup>15</sup> Yunis T., Emilio José y Yunis L., Juan José, *El ADN en la identificación humana*, Edit. Temis, Bogotá, 2002, p. 156.

<sup>16</sup> *Gaceta del Congreso* 82, p. 7.

en los casos de presunto padre o presunta madre *fallecidos* la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99,99%, o demostrar la *exclusión* de paternidad o maternidad<sup>17</sup>.

En esta oportunidad hay coincidencia entre los porcentajes, con la aparición del criterio de padres vivos o muertos, pero sin variación en cuanto a las exigencias de porcentaje de probabilidad para cada uno de ellos, con la aclaración de que los casos de exclusión la prueba no arroja porcentajes sino la totalidad.

Finalmente, en el texto aprobado en plenaria de Senado del 20 de noviembre de 2001, se modificó el artículo 7.º de la Ley 75 de 1968, para prever que “en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99,9%”, más adelante se alude nuevamente al porcentaje en los siguientes términos

Artículo 2.º: en los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecido, ausentes o desaparecidos, la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99,99%, o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad<sup>18</sup>.

Nótese cómo aparece la diferencia entre el ideal legal que debe alcanzar el dictamen cuando el presunto padre está vivo o ha muerto, sin que la evolución de los proyectos de norma muestre de dónde surgió el criterio para hacer tal distinción, pues durante los debates solo hubo polémica acerca del porcentaje del estándar internacional, sin aludir intencionalmente a esa disparidad; tampoco se expresaron criterios científicos que explicaran ese tratamiento diferencial entre un examen post mórtem y el que se hace en vida del presunto padre si el material celular no cambia con la muerte.

**4.** Como corolario de lo anterior se infiere que la prueba en los procesos de filiación ha recibido el impacto favorable de la ciencia, la legislación y la jurisprudencia, todas ellas comprometidas en diferentes dimensiones en una de las problemáticas acerca de las cuales más ha cavilado el ser humano: su progeneritura.

<sup>17</sup> *Gaceta del Congreso* 420, viernes 24 de agosto de 2001, pp. 9-10.

<sup>18</sup> *Gaceta del Congreso* 610, jueves 29 de noviembre de 2001, pp. 9-10

## BIBLIOGRAFÍA

### Documentos Oficiales

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, tomo 423, 18 de octubre de 2000, pp. 7 y 11.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, tomo 495, 7 de diciembre de 2000, pp. 9-10.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, tomo 495, 7 de diciembre de 2000, pp. 15-16.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, tomo 06, 26 de enero de 2001, p. 3.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, tomo 82, s.f., p. 7.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, tomo 420, 24 de agosto de 2001, pp. 9-10.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, tomo 610, 29 de noviembre de 2001, pp. 9-10.

Rama Judicial, República de Colombia, *Gaceta Judicial*, Tomo XLIX, p. 258.

Rama Judicial, República de Colombia, *Gaceta Judicial*, Tomo LIV, p. 93.

Rama Judicial, República de Colombia, *Gaceta Judicial*, Tomo CXXXIX, p. 198.

Rama Judicial, República de Colombia, *Gaceta Judicial*, Tomo CLXVI, p. 445.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, *Sentencias posteriores a 1995*. Disponibles en: [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co). (21.02.2011).

### Libros

Primarosa, Chieri y Zannoni, Eduardo, *Prueba del ADN*, 2.<sup>a</sup> ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.

Yunis T., Emilio José y Yunis L., Juan José, *El ADN en la identificación humana*, Ed. Temis, Bogotá, 2002.