CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente
EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Bogotá, D.C., veintiuno de mayo de dos mil diez
(Discutido y aprobado en sesión de veintiséis de octubre de dos mil nueve)

Ref.: Exp. No. 50001-31-10-002-2002-00495-01

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de junio de 2008, dictada por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario promovido por la Defensoría de Familia del I.C.B.F., en interés del menor Andrés Camilo Mosquera Gómez, frente a Manuel Arnulfo Ladino Romero.

ANTECEDENTES

1. La demandante solicitó declarar que Manuel Arnulfo Ladino Romero es el padre del menor Andrés Camilo Mosquera Gómez. Igualmente, pidió que se comunicara la decisión a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que tomara nota de ella y, además, que se condenara al demandado a pagar una cuota alimentaria de $200.000.00 mensuales.

Como soporte de los pedimentos, afirmó que el menor, nacido el 2 de octubre de 2001, es fruto de las relaciones sexuales que Deyanira Mosquera Gómez sostuvo con Manuel Arnulfo Ladino Romero, persona con quien vivió durante algún tiempo y quien oportunamente

supo del estado de gestación, sin que colaborara con los gastos del parto.

2. El demandado, en su momento, dijo ignorar el embarazo de Deyanira Mosquera Gómez, negó haber convivido con ella, aclaró que usó preservativo en las esporádicas relaciones sexuales que sostuvieron, "*en razón a que él es una persona cuidadosa y responsable de sus actos*" y anotó que tenía un padecimiento que le impedía engendrar.

Además, adujo que sospechaba de la existencia de una relación íntima entre Deyanira Mosquera Gómez y un primo de ésta, "*circunstancia que hizo que… en varias oportunidades diera por terminada la relación amorosa con la demandante*", agregando que aquélla padecía una enfermedad en el útero que surgió, al parecer, porque mantuvo contacto sexual con otras personas.

Por ende, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y alegó la excepción de "*pluralidad de relaciones sexuales*".

3. El *a quo* declaró la paternidad conforme se rogó en la demanda, condenó al demandado a pagar una cuota alimentaria de $350.000,00 mensuales a favor de Andrés Camilo Mosquera Gómez, le privó de la patria potestad y ordenó oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que inscribiera la decisión. El Tribunal, al conocer la apelación formulada por el demandado, confirmó el fallo de primera instancia.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El *ad quem* comenzó por recordar la exigencia prevista en los artículos 1º y 8º de la Ley 721 de 2001, en el sentido de ordenar la práctica de un examen de ADN para esclarecer la paternidad, prueba que, según explicó, debía realizarse por un laboratorio certificado y acreditado.

Precisado lo anterior, recordó que en el proceso se practicó una primera prueba de ADN por el laboratorio Cidgen Ltda. que arrojó un 99.9999808714376% de probabilidades de que el demandado fuera el padre de Andrés Camilo Mosquera Gómez, dictamen que, al ser objetado, se complementó con otros marcadores genéticos, obteniéndose un porcentaje semejante.

Memoró el juzgador de segundo grado que ante la insistencia del demandado, se realizó una segunda prueba de ADN por el Laboratorio de Genética del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que arrojó una probabilidad de paternidad del 99.999%, índice superior al exigido por el artículo 7º de la Ley 721 de 2001.

De otro lado, resaltó la idoneidad científica de los laboratorios escogidos para la realización de esos exámenes, precisó que las objeciones al dictamen inicial se tramitaron debidamente y puso de presente que las experticias practicadas y sus aclaraciones, eran confiables, amén de que se garantizó la cadena de custodia durante la producción de la prueba.

También anotó que el demandado no demostró que tuviera problemas de infertilidad para la época de concepción del menor Andrés Camilo Mosquera Gómez (octubre de 2001), pues el examen de aspermia que allegó con ese propósito y que data de septiembre de 2004, no determina desde cuándo padecía de aspermia. Por el contrario, dijo, el resultado de las pruebas de ADN es irrefutable y demuestra su capacidad para engendrar.

Además, destacó el Tribunal cómo 0Manuel Arnulfo Ladino Romero reconoció en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte, que sostuvo relaciones sexuales con la madre del menor y que se separó de ella cuando supo que estaba en estado

de embarazo, sin contar con que obran en el expediente cartas que dan fe de su relación amorosa.

En cuanto a la coexistencia de relaciones sexuales que el demandado le atribuyó a Deyanira Mosquera Gómez para la época de la concepción, dijo el sentenciador de segundo grado que no estaban demostradas y, en todo caso, estimó que si otro fuera el padre del menor, los exámenes de ADN no hubieran sido tan concluyentes.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El demandado planteó dos cargos contra la sentencia del Tribunal, ambos por la vía indirecta, por la ocurrencia de errores de derecho y de hecho; tales censuras se resolverán conjuntamente, en consideración a la afinidad de materias tratadas.

PRIMER CARGO

El casacionista denuncia la violación de los artículos 6º de la Ley 75 de 1968; 5º, 6º y 60 del Decreto 1260 de 1970; 1º, 5º, 13, 14, 29, 42, 44 y 228 de la Constitución; y 1º de la Ley 45 de 1936, como consecuencia de errores de derecho generados por la trasgresión de los artículos 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 183, 187, 194, 195, 197, 199, 200, 233, 236, 237, 238, 240, 241, 248, 249, 250, 251, 252, 268 y 279 del C. de P. C.; 7º de la Ley 75 de 1968; 10 de la Ley 721 de 2001; y el Decreto 2112 de 2003.

La censura acusa que el Laboratorio Cidgen Ltda., que elaboró una primera prueba de ADN, no estaba certificado, acreditado y habilitado, amén de que tal organismo fue denunciado en un medio de prensa por las irregularidades en la elaboración de ese tipo de exámenes.

En relación con el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, aduce el recurrente que en esa experticia no se consignó si el laboratorio de genética de esa institución estaba certificado y "*habilitado*", a lo cual añade que, en todo caso, sólo en el año 2005 obtuvo acreditación voluntaria para Bogotá y Cundinamarca. Además, agrega que mediante sentencia T-875 de 2007, la Corte Constitucional ordenó a esa entidad que cumpliera con el requisito de la certificación, que hasta ese entonces no había tramitado.

De otro lado, el recurrente censura al Tribunal por afirmar que se garantizó la cadena de custodia, sin que las referidas pruebas mencionen el cumplimiento de protocolos para el manejo de las muestras y las contramuestras. Es más, en el caso de la experticia de Cidgen Ltda., afirma que otro laboratorio privado recogió las trazas contentivas de ADN, sin que se explique cómo llegaron a su destino final. Del mismo modo, critica el hecho de que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no indicara bajo qué condiciones de seguridad se trataron las muestras y cómo se guardaron las contramuestras para comprobaciones eventuales, todo lo cual deja ver que se infringió el parágrafo 3º del artículo 1º de la Ley 721 de 2001.

A renglón seguido, sostiene el censor que los dictámenes en mención no aclaran cuál es la frecuencia poblacional que se utilizó para establecer la probabilidad de paternidad y, en todo caso, no se precisó si fue utilizada la que corresponde a la Orinoquía Colombiana. Tampoco se indicó -prosigue-, si esa frecuencia poblacional corresponde a la época presunta de la concepción, de modo que las conclusiones de esas pruebas están en entredicho, máxime cuando no se acató el debido proceso intrínseco en la realización del dictamen.

Aunado a lo anterior, el recurrente recrimina al Tribunal por no apreciar el perfil genético del demandado que aportó al objetar el primero de los dictámenes presentados. Ese documento, elaborado por el laboratorio de Yunis Turbay y Cía. S. en C., demuestra que no hay coincidencia entre los marcadores genéticos del demandado y los que

se analizaron por los otros laboratorios, mismos que, por ende, resultan imprecisos, antitécnicos, sospechosos y contradictorios, lo que deja ver que los dictámenes en que se apoyó el Tribunal no cumplen con la carga de precisión y claridad que contempla el artículo 241 del C. de P. C.

SEGUNDO CARGO

En el segundo reproche a la sentencia del *ad quem*, se denuncia la violación de los artículos 6º de la Ley 75 de 1968; 5º, 6º y 60 del Decreto 1260 de 1970; 1º, 5º, 13, 14, 29, 42, 44 y 228 de la Constitución; y 3º de la Ley 75 de 1968.

A esa vulneración se llegó -dice el censor- como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, en especial, porque el Tribunal no quiso ver la historia clínica de Deyanira Mosquera Gómez, madre del menor demandante, de la cual se desprende que padece una enfermedad (virus del papiloma humano) que denota la posible existencia de contactos sexuales con otras personas.

Agrega que el demandado usó preservativo cuando sostuvo relaciones íntimas con Deyanira Mosquera Gómez, debido a la infección que ella padecía, amén de que por su formación académica y cultural, no había justificación para que dejara de lado esa práctica.

También asevera que Manuel Arnulfo Ladino Romero se encontraba en imposibilidad de fecundar, tal y como lo demostró con el examen de aspermia que allegó al proceso y que el Tribunal no tuvo en cuenta, con el argumento de que no demostraba que tal afectación existía para el momento de la concepción. A juicio del recurrente, el juzgador de segundo grado cercenó esa prueba, pues el examen no determinó la época de la infertilidad. Igualmente, refiere que la imposibilidad de engendrar es manifiesta, pues en otras uniones que tuvo el demandado no dejó descendencia.

Para cerrar, el casacionista fustiga al Tribunal por haber extraído del interrogatorio de parte del demandado y de las manifestaciones contenidas en la contestación de la demanda, una aceptación de la existencia de relaciones sexuales con la madre del demandante, sin tener en cuenta que siempre afirmó el usó de preservativo, esto es, que se trata de una confesión calificada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Invariablemente, los vínculos que se derivan del linaje o el parentesco son fuente un sinnúmero de relaciones entre los seres humanos, principalmente las afectivas.

Así lo explicó Aristóteles en la Moral para Nicómaco: "*…los padres aman a sus hijos considerándolos como una parte de sí mismos; y los hijos aman a sus padres, estimando que les son deudores de todo lo que son… El amor de los hijos para con sus padres y de los hombres para con los dioses es como el cumplimiento de un deber respecto de un ser superior y benéfico. Los padres y los dioses nos han hecho el mayor de los beneficios, porque son los autores de nuestra existencia; nos crían y después de nuestro nacimiento nos aseguran la educación… Si por otra parte esta afección de los miembros de la familia les procura en general más goces y utilidad que las afecciones extrañas, es porque la vida es más común entre ellos. En la afección fraternal hay todo lo que puede haber en la afección de los camaradas; y además es tanto más viva cuanto más sanos son los corazones y se parecen más en general…*

…La familia es anterior al Estado, y es aún más necesaria que el Estado, porque la procreación es un hecho más común que la asociación entre los animales…" (Moral para Nicómaco, libro octavo, capítulo XII).

Como se observa, ese tipo esencial de relaciones afectivas que se derivan del parentesco y que resultan necesarias e indispensables para la construcción de la sociedad, aparecen vertidas en instituciones como la familia, escenario en el cual se han de forjar en cada ser humano los sentimientos de solidaridad, protección, auxilio y respeto mutuo. Justamente, como expresara John Rawls, una sociedad bien conformada supone varias instituciones básicas, entre ellas la familia; de esa manera, "*el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por instituciones más importantes entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así, la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monogámica, son ejemplos de las instituciones sociales más importantes. Tomadas en conjunto, como un esquema, las instituciones más importantes definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga*"[1].

De hecho, es posible entender que ante la necesidad de proteger la unidad familiar, objeto prioritario de reconocimiento constitucional en cualquiera de sus formas y que representa la célula básica de la sociedad, todo ordenamiento jurídico medianamente evolucionado consagra derechos a favor de aquéllos que provienen de una misma prosapia, derechos algunos de índole extrapatrimonial, como los relativos a la patria potestad, la custodia y el cuidado, y otros de carácter meramente económico, como el de percibir alimentos o heredar.

Es más, sobre la base de esas relaciones de consanguinidad, la sociedad repudia el incesto; asimismo, desde mucho tiempo atrás se

[1] Rawls, John, Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición, 1979, pág. 23.

vienen castigado conductas como la inasistencia alimentaria, o se han concebido circunstancias de agravación en materia penal, se establecieron prohibiciones e inhabilidades en el marco contractual y, asimismo, se previeron dispensas procesales, tales como la relativa al deber de declarar en contra de los familiares, entre muchas otras.

A la larga, algunas de las claves que inciden en el trayecto vital son comprendidas a partir del conocimiento de los orígenes. Así, los pliegues de la personalidad y aún el sustrato de patologías y predisposiciones orgánicas, pueden revelarse tras la identificación de los progenitores.

Todo lo que acaba de decirse, explica porqué el especial afán por esclarecer los lazos que pueden existir entre los sujetos de la especie humana, cuestión que, además, tiene que ver en algunos casos con la continuidad dinástica en el ejercicio del poder -según determinados sistemas políticos-, sin contar con que de esa afinidad ha dependido en algunos casos la transmisión de los saberes que adquieren los seres humanos en sociedad, cuando no la propensión por realizar ciertas tareas o desarrollar algunas artes bajo la consideración de que se trata de cuestiones con arraigo ancestral (guerreros, artesanos, comerciantes). Al fin y al cabo, tanto lo heredado, como lo aprendido son altamente determinantes en la formación del hombre, es decir, que en ese proceso concurren la naturaleza y la cultura.

Sea cual fuere la razón que se invoque, la importancia de buscar el rastro filial ha sido una constante desde los mismos albores de la civilización occidental, e incluso, la literatura ha creado mitos fundacionales basados en las consecuencias de desconocer el parentesco, cual sucede con Edipo, cuya tragedia representa un legado cultural perenne que ilustra la importancia del tema en todos los campos, a lo cual, desde luego, no es ajeno el Derecho: "*¡Ah noble Edipo, a quien le bastó el mismo espacioso puerto para arrojarse como hijo, padre y esposo! ¿Cómo, cómo pudieron los surcos paternos tolerarte en silencio, infortunado, durante tanto tiempo?".*

Ahora bien, la necesidad de investigar la paternidad, ha servido de fuente para reconocer diferentes garantías, algunas elevadas -incluso- a rango constitucional. Así, se ha hecho referencia al derecho a conocer la procedencia, a tener una familia y a formar parte de ella, al estado civil y a gozar de personalidad jurídica, uno de cuyos atributos es el nombre, compuesto, precisamente, por los apellidos de los ascendientes.

2. Y ante la pregunta de cómo reconocer a la ascendencia de un determinado individuo, dejando de lado los oráculos y las manifestaciones metafísicas, sistemas jurídicos antiquísimos entendieron que la calidad de hijo era predicable respecto de aquellos que eran concebidos en el **matrimonio**. Así, en el derecho romano se entendió que *ubi nuptiae non sunt, pater est incertus; mater vero semper est certa* (en donde no hay matrimonio legítimo el padre es incierto, pero la madre siempre es cierta). La doctrina, al respecto, explicaba que "*la paternidad es un hecho que no puede probarse. Si el hijo de una mujer casada estuviera obligado a demostrar que su concepción fue obra del marido de su madre, casi nunca lograría hacerlo. La ley viene en su ayuda estableciendo en su favor una presunción legal. Se llama presunción la consecuencia que se deriva de un hecho conocido a otro desconocido: el hecho conocido es el estado de matrimonio en que ha vivido la madre; la paternidad el hecho desconocido. ¿quién es el padre del hijo de aquella?. La ley presume que su marido. Está autorizada para ello, porque normalmente los hijos que nacen durante el matrimonio tienen como padre al marido de la madre. Ésta pudo ser una esposa infiel, pero la ley debe considerar como regla los hechos ordinarios y no los excepcionales*"[2].

[2] Planiol Marcel, Ripert Georges, Derecho Civil, Biblioteca Clásicos del Derecho, Ed. Harla, México, 1997, pág. 206.

3. Posteriormente, se admitió la posibilidad de investigar la paternidad de aquéllos hijos nacidos fuera del matrimonio. En ese escenario, el primer parámetro que se ofreció fue el ***parecido físico***. Así, entre más rasgos corporales comunes se hallaran entre un individuo y sus hijos, era mayor la posibilidad de inferir la paternidad. Incluso se ha tenido noticia de estudios antropomórficos, funcionales, fisiológicos, patológicos y sicológicos, a partir de los cuales se intentaron establecer indicios de la existencia de una relación parental entre diversos individuos.

Sin embargo, era obvio que la experiencia mostrara las flaquezas de esa concepción, amén de las imprecisiones que de ella podrían derivarse. No era, entonces, un método satisfactorio para desvanecer la incertidumbre.

También eran de recibo diversos medios que pudieran generar la convicción del juez, entre ellos, la confesión del padre (expresa, ya sea en el testamento o en otros escritos, o tácita), las afirmaciones de testigos y en algunos casos la simple declaración de la madre, fenómeno que dio origen al adagio *«virgini praegnati creditur»,* mismo que permitía entender que debía creerse a la mujer de buena fama y reputación que manifestara el nombre del varón que la había dejado en embarazo. No obstante, esta última práctica propició múltiples abusos que a la larga generaron desconfianza en su invocación.

Para la investigación de la relación filial, ordenamientos posteriores, como el francés -cuyas instituciones pernearon la legislación colombiana-, se valieron de un sistema de presunciones restringido, en el cual, a partir de algunos comportamientos de aquel a quien se atribuía la paternidad, verificados antes, durante y después de la concepción, se entraba a presumir la condición de ascendiente.

4. Justamente, al explicar la evolución del tema en el derecho patrio, la Corte, en sentencia de 26 de abril de 1940, recordó cómo en el derecho feudal europeo se reconoció *"el principio de la libre*

investigación de la paternidad, como un postulado del derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y a conocer a sus progenitores.

Así lo consagró el derecho francés de la antigua monarquía, pero tal régimen de la libre investigación de la paternidad vino a ser abolido por la Revolución Francesa, en la ley del 12 de Brumario, año II, promulgada por la convención revolucionaria, así procedió a pesar de haber sentado principios rígidos de justicia social e igualdad jurídica y de haber abolido todas las prerrogativas del sistema feudal.

Las razones que asistieron a la convención para proceder con tan severo criterio nos las explican los expositores Planiol y Ripert en su «Traité elementaire de Droit Civil», en esta forma: «En el antiguo derecho, hasta la revolución, la investigación de la paternidad era libre, aunque con fines distintos de los actuales, porque los bastardos carecían de derechos sucesorales: se dirigían al único objeto de obtener alimentos. Sin embargo, las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este genero vinieron a ser, según la expresión de Bigot du Preameneu, el azote de la sociedad. Tronchet refiere que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba en cinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hombre era considerado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: Virgini praegnati creditur».

Expirada en Francia la época revolucionaria, el Código de Napoleón de 1804 consagró el mismo criterio revolucionario, al prohibir en el artículo 340 la libre investigación de la paternidad ilegítima, con la única excepción del caso de rapto. Al decir de los principales redactores de tan famosa obra, el antiguo sistema deshonró la justicia y asoló la sociedad. Tal norma prohibitiva se mantuvo en Francia hasta 1912, en que -atendiéndose a la opinión expresada por tratadistas y tribunales

contra la inflexibilidad de la prohibición- se dicto la Ley 16 de noviembre de 1912, que autoriza la investigación de la paternidad en cinco casos, aunque manteniendo implícitamente la prohibición en principio.

El eminente expositor Luis Josserand explica en su «Cours de Droit Civil Francais» tal evolución de derecho francés en materia de investigación de la paternidad. Dice así: «Nuestro antiguo derecho de la investigación de la paternidad era libre, y aun más cuando no podían aspirar a recoger una herencia puesto que en aquella época no heredaban los bastardos, se utilizó de manera muy frecuente y abusiva. Por eso el derecho intermedio tuvo que reaccionar prohibiendo la investigación de la paternidad natural. El Código Civil siguió al derecho revolucionario en el sentido en que se había orientado… La Jurisprudencia no podía hacer cosa distinta que inclinarse ante la prohibición formulada por razones de orden público… Una campaña de protesta se inicio contra el régimen del Código Civil, que consagraba el derecho del más fuerte, por escritores, dramaturgos, sociólogos y moralistas. Esta campaña tuvo su culminación en 1912, en que vino a autorizarse la investigación de la paternidad natural… Esta ley, con espíritu de moderación de humanidad y de justicia realiza una transacción aceptable entre los intereses antagónicos que se enfrentan en las relaciones extramatrimoniales. El dogma de la irresponsabilidad del padre natural se quebranta, sin que se abra la puerta a los abusos y a las tentativas de chantaje… La ley de 1912 no cambió completamente la situación anterior; no abolió la regla que prohíbe la investigación de la paternidad natural. Se limitó a consagrar importantes derogaciones al principio; pero la base no se cambió, y por consiguiente, la ley de 1912 requiere interpretación restrictiva» (Págs. 679 a 681).

Los cinco casos en que permite la Ley francesa de 1912 la investigación de la paternidad son los siguientes:

"1º En caso de rapto o de violación, cuando la época del rapto o de la violación coincide con el de la concepción;

"2º En caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito, según indica el artículo 1347;

"3º En el caso de que existan cartas u otros escritos privados cualquiera del presunto padre y de los cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad;

"4º En el caso de que el pretenso padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante el periodo legal de la concepción;

"5º En el caso de que el pretenso padre haya provisto o participado, en calidad de padre, al mantenimiento y educación del hijo".

Comentando Planiol y Ripert esta reforma de la nueva redacción del artículo 340 del Código Francés, dicen que «la enumeración legal es limitativa y los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una filiación fuera de los casos previstos».

Calcado nuestro Código Civil en el proyecto primitivo de don Andrés Bello, todo su ordenamiento fue inspirado en el Código de Napoleón, la legislación canónica y el antiguo derecho español. Bajo tales influencias dividió la progenie en dos clases: hijos legítimos e ilegítimos, y dentro de estos los de dañado y punible ayuntamiento, los naturales (ilegítimos reconocidos) y los simplemente ilegítimos. Eran hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, pero reconocidos por sus padres o por uno de ellos, reconocimiento que debía hacerse por instrumento público entre vivos o por acto testamentario (Artículo 318 del C. C. derogado por el artículo 65 de la L. 153 de 1887).

Nuestro Código no quiso adoptar el sistema prohibitivo del francés en lo relativo a la investigación de la paternidad, y, separándose de tales influencias, adoptó el principio contrario de la

libertad de investigación. Al efecto, todo hijo nacido fuera del matrimonio y no reconocido voluntariamente por sus padres, en la forma anterior, podía hacer que su padre o madre lo reconociera, habiéndolo citado ante el Juez para que, bajo juramento, declarara sobre la pretendida paternidad. Tal investigación podía solicitarla el mismo hijo natural personalmente o por intermedio de cualquier persona que probara haber cuidado de su crianza (artículo 319 a 323 del C. C. derogados por artículo 65 de la L. 153 de 1887).

Pero conviene advertir que tanto el reconocimiento voluntario de los padres, como la declaración judicial de paternidad estaban destinados a producir en el sistema de nuestro Código limitados efectos jurídicos, tales como el deber de los padres de cuidar personalmente a sus hijos y atender a los gastos de crianza y educación incluyéndose en esta última la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio (artículo 333 y 334 del C. C. derogado por el artículo 75 de la L. 153 de 1887).

La Ley 153 de 1887 incorporó en nuestra legislación civil modificaciones sustanciales al régimen consagrado en el código en materia de filiación ilegítima. Ante todo, sólo otorgaba la condición y prerrogativas del hijo natural al nacido fuera del matrimonio que no proviniera, a la vez, de dañado ayuntamiento; quedando estos, es decir, los adulterinos e incestuosos, al margen de toda protección de la ley, salvo la excepción del artículo 66 de la Ley 153 de 1887 respecto a los alimentos.

Igualmente adoptó este nuevo estatuto el sistema del Código francés, consagrando que el reconocimiento era un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce; lo que equivale a prohibir implícitamente la investigación de la paternidad en las uniones ilegales. Cuando el reconocimiento proviene de un acto voluntario, debía hacerse por instrumento público o por acto testamentario; debía ser aceptado o repudiado por el hijo; podía ser impugnado por toda persona que probara tener interés actual en ello; y tampoco debía

producir otros efectos que los de cuidar responsablemente a los hijos naturales y atender a los gastos de su crianza y alimentación, incluidos los de la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio (artículo 54 a 59, 61 y 62 de L. 153 de 1887).

Una sola excepción vino a consagrarse dentro de este nuevo régimen prohibitivo de la investigación de la paternidad, en el artículo 7º de la Ley 95 de 1890, al sentar la presunción de reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, los que en consecuencia tendrían el carácter de naturales con relación a su madre.

Este régimen restrictivo de la investigación perduró hasta que vino a ser modificado por el actual estatuto, consagrado en la Ley 45 de 1936, que autoriza la investigación de la paternidad en determinados casos, taxativamente señalados en el artículo 4º de esta ley.

En virtud de la Ley 45 se abolieron las distinciones existentes entre hijos de dañado ayuntamiento, naturales o simplemente ilegítimos, considerándose genéricamente como naturales los habidos fuera del matrimonio, cuando hayan sido reconocidos o declarados tales con arreglo a las normas de la misma ley.

Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los ya transcritos de la ley francesa de 1912, y por eso no es necesario reproducirlos. De tal analogía se desprende que los comentarios que hacen los expositores franceses Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, al rededor de los fundamentos de esas causales de investigación, tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano…".

5. Los casos antes referidos, consagrados en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, representaban un ***sistema de presunciones de paternidad*** derivadas del rapto, la violación y la seducción mediante

hechos dolosos, el abuso de autoridad o la promesa de matrimonio, y la existencia de relaciones sexuales, todo para la época de la concepción. Además, la confesión inequívoca del padre recogida en escrito, el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y el parto, así como la posesión notoria del estado civil, una vez acreditadas, eran suficientes para que el juez declarara la paternidad.

Claro, esas presunciones, con cierto sabor a tarifa legal, se justificaban en la medida en que eran el medio más idóneo para deducir la filiación, en tanto que no había otro modo más cierto y confiable de establecer el linaje. Entonces, con fundamento en esas causales se permitía la investigación del origen personal y, al hallarse probada una cualquiera de las hipótesis legales antes enunciadas, se daba por sentada la relación filial, con las consecuencias patrimoniales y extramatrimoniales que ello aparejaba.

El progreso, pues, se vio en el abandono de aspectos metafísicos y subjetivos -como las similitudes físicas, funcionales o psicológicas-, que de suyo podían resultar equívocos, para hacer depender la declaración de paternidad de hechos probados que, conforme a la experiencia, eran indicadores de una posible fecundación.

Como dijo la Corte, "*la filiación, es decir, el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o su madre, tiene su fuente en la maternidad y la paternidad, consistiendo la primera en el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, y la segunda, en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. De ahí que como lo tiene dicho la Corte, la filiación «encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal» (sentencia de 28 de marzo de 1984, CLXXVI, 119).*

Contrario a como ocurre con la maternidad, cuya prueba la constituye el parto, que es un hecho apreciable y tangible, la

paternidad es de difícil demostración. Por esto, el legislador, tratándose de la paternidad legítima, la presume por el hecho del matrimonio, en tanto que la paternidad extramatrimonial, en caso de ser necesario establecerla y declararla judicialmente, la infiere de ciertos comportamientos que con fundamento en reglas de la experiencia recogió legalmente como muestras inequívocas de filiación paterna, razón por la cual los hechos que constituyen las presunciones de paternidad propenden siempre porque la verdad biológica coincida con la realidad jurídica, en consideración a que al fin de cuentas se trata de vincular a una persona, con los efectos que declaración semejante comporta, «con su origen sanguíneo y su incontrastable derecho a conocer a sus progenitores» (sentencia de 23 de abril de 1993, CCXXII-452, y de 22 de noviembre de 2002).

De ahí que el derecho a investigar la paternidad, de acuerdo con lo previsto en la ley 75 de 1968, artículo 6º, modificatorio del artículo 4º de la ley 45 de 1936, en principio tiene asidero en la comprobación de las presunciones sustanciales contenidas en la citada norma, las cuales, como lo dice la Corte, fueron recogidas «consultando la realidad ordinaria de las relaciones humanas y de la ciencia, justificadas desde luego por la dificultad de una prueba directa acerca de la existencia de las relaciones que son el origen de la vida de un hijo, vale decir, las sexuales, generalmente por el secreto en que ellas se desenvuelven» (sentencia de 12 de agosto de 1997, CCXLIX-333)…" (Sent. Cas. Civ. de 21 de septiembre de 2004, Exp. No. 3030).

6. Con posterioridad, los avances científicos permitieron excluir la paternidad a través de la ***prueba antropoheredobiológica***, misma que se valía de una comparación de los diferentes tipos de sangre y que permitía encontrar o descartar afinidades a partir de antígenos[3] que permanecen inalterables en la vida de los seres humanos y que, además, se transmiten a las generaciones posteriores.

[3] Sustancia que, introducida en un organismo animal, da lugar a reacciones de defensa, tales como la formación de anticuerpos.

Sin embargo, lo único que esta prueba permitía establecer con toda certeza, era cuándo un individuo no era progenitor de otro (exclusión). Los resultados positivos, apenas si reflejaban una probabilidad relativa, que variaba dependiendo de la cantidad de personas que pudieran tener el mismo tipo de sangre del posible padre.

El legislador colombiano, no siendo ajeno a esos adelantos científicos, a través de la Ley 75 de 1968 estableció la obligación de practicar ese tipo de exámenes en los procesos de investigación de la paternidad, y mediante Ley 9ª de 1979 le asignó al I.C.B.F. el deber de emitir dictámenes periciales antropoheredobiológicos, 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".*

Como explicara la Corte acerca de esta prueba, *"es indiscutible que tal pericia… no constituye por sí misma prueba plena de la paternidad investigada, por cuanto ella arroja solamente el resultado de compatibilidad. Por el contrario, en el evento de que el resultado sea la incompatibilidad, esa prueba se transformaría en plena y excluiría, de manera terminante, la paternidad debatida"* (Sent. Cas. Civ. de 17 de julio de 2001).

Más tarde, la Corte anotó que *"…el mérito persuasivo de esa especie de exámenes es bien endeble, pues como lo anota C. SIMONIN ("Medicina Legal Judicial", editorial Jims, Barcelona), «Un examen somático sistemático permite descubrir en el padre y en el niño rasgos comunes, detalles morfológicos superponibles. De hecho, el método no proporciona más que elementos de probabilidad… Del examen*

antropomórfico no se puede deducir una fórmula genotípica utilizable para las investigaciones de paternidad, siendo la mayoría de los individuos, por cada uno de sus caracteres, heterozigotes complejos» (Pág. 487).

Y respecto del análisis de grupos sanguíneos señala que: «La investigación y confrontación de los fenotipos, y si es posible de los genotipos sanguíneos de un niño y de los padres permiten, pues, excluir cierto número de filiaciones. Por el contrario, con este método no se puede afirmar una filiación determinada, puesto que se trata de una herencia de grupo; se declara solamente que es posible…» (Se subraya); desde luego que el grado de probabilidad dependerá de la frecuencia de los grupos sanguíneos en la población, de manera que... por ejemplo, las probabilidades de excluir la no paternidad a partir de los grupos ABO MN, es, para el grupo A, tipo MN solamente, del 5.1.%, lo que apareja concluir que el 94.9% de hombres podrían ser los padres de una persona. En general, dice el comentado expositor... «un individuo tomado al azar tiene, como máximo, el 33% de probabilidades de probar su no paternidad utilizando los grupos ABO MN…» (pág. 504), es decir, que el 67% de personas arrojaría, conforme a ese examen, resultado de paternidad compatible con el demandante. Utilizando otros factores, como el RH, el máximo de exclusión, que se podría alcanzar sería el 84%.

Así las cosas, no puede ser muy vigorosa la convicción que de esa especie de exámenes puede desprenderse…" (Sent. Cas. Civ. de 13 de diciembre de 2002, Exp. No. 6426).

7. Pero la ciencia no se quedaría ahí. A ese respecto, debe memorarse cómo desde mediados del siglo XIX, el monje agustino Gregor Johann Mendel, luego de diversos estudios de Botánica, adelantados en particular con semillas de guisantes, dio a conocer los principios de uniformidad, segregación y combinación independiente, todos los cuales permitían concluir que los genes eran independientes entre sí, que no se mezclaban y que tampoco desaparecían generación

tras generación, lo cual hacía posible detectar las características dominantes y recesivas que se heredaban tras diversos cruces entre especies puras y especies posteriores. En fin, los estudios del referido científico establecieron que la herencia era en alta medida pronosticable.

Otros estudios 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[4] (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 contienen una información exclusiva que permite la producción 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 tándem*), que se hallan en lugares previamente determinados (*loci* o *locus*) y a partir de éstos pueden establecerse los marcadores cuya comparación hace posible calcular científicamente la probabilidad de paternidad.

---

[4] Acepción que viene del griego χρώμα, -τος *chroma*, (color) y σώμα, -τος *soma*, (cuerpo o elemento), y que se adoptó porque para poder ser observados en el microscopio, debían ser tinturados con sustancias especiales.

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 provenir necesariamente del 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 índices de paternidad (IP) tan altos que, de acuerdo con los Predicados Verbales de Hummel, permiten tener la paternidad como prácticamente probada (si IP es > ó = a 99.73%), extremadamente probable (si IP es > ó = a 99% y < a 99.73%), muy probable (si IP es > ó = a 95% y < a 99%) y más probable que no probable (si IP es > ó = a 50% y < a 95%).

La jurisprudencia de la Corte estuvo a la vanguardia a la hora de reconocer el valor persuasivo de ese tipo de pruebas, pues anticipándose a los designios de la Ley 721 de 2001, instó a los jueces a valerse de los análisis de los marcadores de ADN en los juicios de paternidad.

Así, por ejemplo, se admitió que el trato personal y social de la pareja podía darse por establecido a partir de los resultados de una prueba de ADN. Entonces, dijo la Corte que "*… puesta la ley en medio de averiguación tan delicada como es la que entraña el misterio de la fecundación, estimó razonable inferir la paternidad del hombre que por la época de la concepción entró en contacto sexual con la madre de la criatura, tal como desde la ley 45 de 1936 se consagró. Y admitido que ese de la cópula es un hecho cuya prueba no es fácil, vino después a indicar que bien podía colegirse del signo revelador hallado en el trato social y personal de la pareja (ley 75 de 1968). Pero tal devenir legislativo no puede ser interpretado con el criterio restrictivo que propone el recurrente, en el sentido de que la relación sexual se comprueba únicamente a través del susodicho trato, lo cual, como salta a la vista, se opondría al espíritu de la norma y al sentido de la lógica. Lo uno, por cuanto la previsión legal, consciente de la complejidad*

demostrativa sobre el particular, antes que limitar, sin duda alguna vino en pos de la pesquisa paterna y recordó al punto la posibilidad de las deducciones; es lo que se desprende incluso de la misma redacción normativa, al emplear la expresión 'podrá'. Y después, porque es ilógico pensar que de aquella manera clausure la ley todo otro sendero apto a la consecución de la verdad, de modo de señalarse que de cara a pruebas que en un momento dado son tanto o más contundentes, verbigracia la confesión misma de las relaciones o incluso el supuesto exótico de un registro fílmico, aún así cupiera reclamar a ultranza la prueba del trato social y personal habido entre los amantes; profanaríase la sapiencia legislativa con la imputación de semejante desprecio probatorio, puntualmente traducido en que cuando la ley acude a la inferencia, malquiere todo lo demás, incluso las pruebas directas; en una palabra, que por encima de todo, se encuentra la mera probabilidad que anuncia una presunción. Bien es verdad que los antecedentes de las supradichas leyes dan cuenta de un legislador cauto en punto de pruebas, pero, eso sí, siempre dentro de una línea racional.

Así que no es cierto lo de la prueba única o tarifada de las relaciones sexuales; por ende, lo del trato social y personal de la pareja es apenas un camino para llegar a ella. Ahora, en ese orden de ideas, otra conclusión se impone, y es la de que consecuentemente cabe admitir que no habría base jurídica para descartar la prueba genética con ese fin, pues si, como lo ha expresado la Corte, su poder persuasivo «es sencillamente sorprendente (...), al extremo que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayano en la seguridad» (Cas. Civ. 23 de abril de 1998), no está fuera de propósito admitir que como mínimo contiene tan buena señal como la que emite el mismo trato personal o social de los amantes. Tema este respecto del cual conviene todavía memorar que la prueba científica de que se trata «le presta tal apoyo a su veredicto (del juez), que se constituye en pilar de su sentencia», y que, en fin, «la paternidad biológica, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno

de determinado hombre (...) es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta (...)». (Cas. Civ. 10 de marzo de 2000, exp. 6188). Se ha 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. No. 6715).

La Corte también abrió paso a la posibilidad de deducir las relaciones sexuales con base en los exámenes de ADN, como cuando anotó que *"…si lo que se persigue es [que] la verdad biológica coincida con la realidad jurídica, pues al fin de cuentas se trata es de vincular a una persona, con los efectos que declaración semejante comporta, «con su origen sanguíneo y su incontrastable derecho a conocer a sus progenitores»*[5]*, resulta importante contar con las pruebas que el avance de la ciencia brinda, concretamente en el campo de la genética. Desde luego que si practicados los exámenes, científicamente se determina, con un índice de probabilidad de la paternidad superior al 99.99%, esto sería suficiente, sin lugar a evacuar otras pruebas, para tener por establecidos los hechos de la presunción"* (Sent. Cas. Civ. de 22 de noviembre de 2002, Exp. No. 6322). En ese mismo sentido, explicó que *"en virtud de los adelantos de la ciencia se le da hoy un cariz de firmeza más consistente a los exámenes de genética que se practican con el fin de determinar el grado de probabilidad de paternidad; en ese sentido, con apoyo en el principio de la libre apreciación de la prueba, esta Corte ha admitido, con sustento en dicha prueba, la demostración de la filiación de paternidad que viene respaldada en las relaciones sexuales de la pareja procreadora… cuando esta Corporación con referencia a la causal de paternidad consagrada en el artículo 6, numeral 4 de la ley 75 de 1968, ha señalado la posibilidad de deducir las relaciones sexuales de los padres a partir de la prueba científica adecuada, no ha sido ajena a considerar que la pareja correspondiente, de acuerdo con diversas circunstancias*

[5] Sentencia de Casación Civil de 23 de abril de 1993 (CCXXII, 452).

probadas en el proceso, ha tenido ocasión de sostener ese trato íntimo[6]*"* (Sent. Cas. Civ. de 3 de junio de 2004, Exp. No. 97-0360).

Igualmente, expresó que *"la prueba de ADN, en cuanto haya sido recaudada con observancia de las exigencias de orden científico y técnico que le son propias y con sujeción a las formalidades previstas en la ley para el momento de su realización, sí constituye elemento de juicio para afirmar la existencia de relaciones sexuales entre la madre de quien investiga su paternidad y el demandado que soporta la pretensión, pues tal medio probatorio, en últimas, permite conocer -en gran medida- el perfil genético de una persona y, a partir de él, establecer, en términos de probabilidad estadística, si el presunto padre pudo ser el aportante de dicho material que, junto con el de la progenitora, dio lugar a la concepción del demandante. En ese sentido, con apoyo en el principio de la libre apreciación probatoria, esta Sala ha admitido, con sustento en dicha prueba, la demostración de la filiación de paternidad que viene respaldada en la del trato sexual de la pareja procreadora"* (Sent. Cas. Civ. de 1º de noviembre de 2006, Exp. No. 11001-31-10-019-2002-01309-01).

Asimismo, se destacó su valía en asuntos en los cuales se alegaba la posesión notoria del estado civil, pues según señaló, "*la prueba de marcadores genéticos, que no es ni por semejas la misma practicada en el otro pleito en 1981, no era medio de prueba que pudiera desechar en esos términos, pues que siendo hoy ésta un instrumento científico de incalculable valor en la investigación de la filiación, al punto que ha dado en decirse que como «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 rayano en la seguridad» (cas. civ. sent. de 23 de abril de 1998, exp. 5014), nada justifica que el juzgador, menospreciándola desde un comienzo, no hubiere analizado su*

[6] Sentencia de Casación Civil de 20 de abril de 2001, Exp. 6190.

trascendencia en la prueba de la posesión notoria…" (Sent. Cas. Civ. de 22 de septiembre de 2005, Exp. No. 2000-00430-01).

La Corte, pues, estableció el criterio fundacional para reconocer el alto valor persuasivo de las pruebas de ADN. A ese respecto, debe memorarse también que "*…antes de la vigencia de la ley 721 de 2001, ley que impone como obligatoria la práctica de las pruebas científicas en los procesos de investigación de la paternidad o maternidad, se había dicho que esas pruebas también eran, en caso de ser trascendentes, de «obligatoria práctica, según las voces del artículo 7º de la ley 75 de 1968», porque «la paternidad biológica… es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta, mediante procedimientos que el medio científico colombiano ofrece». Por esto, la Corte instó a los jueces a que en tales procesos «se busque la utilización de los más recientes sistemas que estén en aplicación… y de los que pueda predicarse su accesibilidad» (sentencia de 10 de marzo de 2000)..." (sentencia de 12 de agosto de 1997, CCXLIX-333)…*" (Sent. Cas. Civ. de 21 de septiembre de 2004, Exp. No. 3030).

La Ley 721 de 2001, a tono con la jurisprudencia de la Corte, contempló la obligación de practicar ese tipo de exámenes en los procesos de filiación. Al efecto, estableció que en su artículo 1º, que modificó el artículo 7o. de la Ley 75 de 1968, 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%.*** *PARÁGRAFO 1o. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos experticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales. PARÁGRAFO 2o. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo"*. Y el artículo 2º reza: "*en los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, 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".*

En torno a dicho desarrollo legal, la jurisprudencia tiene anotado, entre otras cosas, que "*durante el trámite para la aprobación y expedición de ese estatuto, en las exposiciones de motivos y debates correspondientes, los legisladores pusieron particular énfasis en la necesidad de resguardo del derecho a la filiación de los menores, dada su calidad como sujetos de especial protección, criterio plasmado, por demás, en el artículo 12 de la ley citada, donde quedó dispuesto que «El Gobierno Nacional a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, adelantará una campaña educativa nacional para crear conciencia pública sobre la importancia y los efectos de la paternidad o maternidad, como un mecanismo que contribuya a afianzar el derecho que tiene el niño o niña de tener una filiación»…"* (Sent. Cas. Civ. de 16 de junio de 2006, Exp. No. 230013110003-2002-00091-01).

A lo cual añadió recientemente que "*…la práctica de exámenes de A.D.N. ofrece resultados tan determinantes que se acercan al grado de certeza, lo que a no dudar, facilita -entre muchas otras cosas- el esclarecimiento de hechos relacionados con la investigación de la paternidad, en tanto que la comparación de marcadores genéticos permite definir, bajo procedimientos científicamente aceptados y con altísimas probabilidades de acierto, si una persona es en verdad descendiente de otra.*

En el pasado, la jurisprudencia destacó el altísimo valor demostrativo de las pruebas científicas dentro de los procesos tendientes a esclarecer la filiación de las personas, tanto, que emplazó a los juzgadores a decretarlos de manera oficiosa en todos los procesos de esa naturaleza, pues, dijo la Corte, «el desarrollo y sofisticación de

éstas aporta relevantes elementos de juicio que llegan a aproximarse considerable y fielmente al grado de la certeza» [7].

Sin duda fue el progreso científico en materia genética el que contribuyó a que el legislador elevara a forzosa la práctica de la prueba científica de A.D.N., disposición recogida en el artículo 1º de la Ley 721 de 2001, porque como aparece en la exposición de motivos de la aludida norma, se hacía indispensable «adecuar la legislación a la Constitución Política que actualmente nos rige y cambiar la normatividad positiva para poder con ello brindar a la administración de Justicia, mecanismos expeditos para establecer con eficacia y rapidez la paternidad. Con el avance científico y tecnológico de que hoy gozamos, es hora de eliminar el complejo y obsoleto sistema de presunciones para determinar la paternidad. En reciente fallo, la honorable Corte Suprema de Justicia, ha dicho '...Si bien los jueces deben valerse de la ley y de las herramientas jurídicas que tienen a su alcance para determinar la paternidad de un niño, deben confiar por encima de ellas en las pruebas del ADN, que si han sido practicadas correctamente permiten establecer casi con certeza absoluta si un hombre es o no el padre de un niño...'. Es incuestionable que las normas jurídicas escritas pueden quedar día a día cortas frente al avance de la ciencia a la que el juez puede y debe remitirse para proferir sus fallos» [8]" (Sent. Cas. Civ. de 11 de noviembre de 2008, Exp. No. 11001-3110011-2002-00461-01).

Viene de lo dicho que en la actualidad los exámenes de ADN, elaborados conforme a los mandatos legales, son elementos necesarios -y las más de las veces suficientes- para emitir una decisión en los juicios de filiación, pues dan luces sobre el nexo biológico y obligado

---

[7] Aplicación de esta doctrina puede verse en las sentencias de 23 de abril de 1998, Exp. No. 5014; 10 de marzo de 2000, Exp. No. 6188; 22 de octubre de 2002, Exp. No. 6322; 14 de julio de 2003, Exp. No. 6894; 14 de agosto de 2003, Exp. No. 7891; 5 de noviembre de 2003, Exp. No. 7182; 9 de noviembre de 2004, Exp. No. 6943; 23 de noviembre de 2005, Exp. No. 102601 y 10 de octubre de 2006, Exp. No. 43201.

[8] Gaceta 495 de 2000, ponencia para segundo debate al proyecto de ley 038 de 2000, Cámara.

que existe entre ascendiente y descendiente, con un altísimo grado de probabilidad que, *per se*, es capaz de llevar al convencimiento que se requiere para fallar.

8. Ahora bien, de cara a las acusaciones formuladas por el recurrente, la Corte encuentra oportuno destacar cómo el Tribunal partió del supuesto de que los laboratorios que practicaron la prueba de ADN debían estar acreditados y certificados, aspectos que a la postre dio por establecidos. También tuvo en cuenta que era necesario tomar las seguridades propias de la cadena de custodia. En ese sentido, el recurrente expresa en el cargo que *"el fallo del ad quem señaló y transcribió los requisitos legales imperativos que deben cumplir los experticios (sic) de genética, pero lo sorprendente es que mencionando los requisitos de certificación, acreditación y habilitación que la normatividad exige no los haya constatado en las pericias que toma como prueba…",* y luego agrega: *"la consideración del Tribunal es que las dichas pericias cumplieron la cadena de custodia"*.

Y sobre ese reproche, hay que decir que el recurrente, en sede de instancia, no alegó la carencia de certificación y acreditación del laboratorio de genética del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. De hecho, la experticia que practicó ese laboratorio no fue objetada por ese preciso aspecto, ni de ello hay noticia en el memorial contentivo de la apelación contra el fallo del *a quo*. Se trata, pues, de un argumento inédito que apenas se propone en el estrado de la Corte, esto es, que constituye un típico medio nuevo frente al cual no podría haber ningún pronunciamiento, porque como ha dicho la jurisprudencia, "*admitir en el recurso extraordinario de que aquí se trata, la introducción de puntos novedosos conduce a la violación del derecho de defensa, llamado a impedir que una parte sorprenda a la otra con argumentos fácticos que no fueron ventilados en el trámite del asunto y, por ende, que ésta no tuvo la oportunidad de controvertir; igualmente, implicaría no solo enjuiciar la sentencia con sustento en situaciones que nunca fueron sometidas a consideración del juzgador, sino avalar la alteración de la causa petendi y el incumplimiento del*

deber de lealtad procesal que le asiste a los litigantes en contienda" (Sent. Cas. Civ., sentencia de 15 de agosto de 2008, Exp. No. 2001-3103-003-2003-00067-01).

No obstante lo anterior, en torno a las acusaciones del censor en torno a la sedicente existencia de un error de derecho, la Corte debe hacer las siguientes precisiones:

a) Es lo cierto que en el expediente no obra constancia de que el Laboratorio Cidgen, que practicó en primera instancia la prueba de ADN (fl. 88 cd. 1), hubiera estado certificado y acreditado para la época en que presentó los resultados que arrojó el análisis de las muestras tomadas al menor Andrés Camilo Mosquera Gómez, a Deyanira Mosquera Gómez y a Manuel Arnulfo Ladino Romero (28 de mayo de 2004). Por ende, podría admitirse que esa prueba no debía ser analizada, pues no satisfacía las exigencias del parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 721 de 2001.

b) Sin embargo, hay que anotar que tal yerro -de existir- carecería por completo de trascendencia, pues al ser objetada esa probanza, el *a quo* ordenó un nuevo examen de ADN, esta vez por conducto del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, prueba que satisface a cabalidad las exigencias de la normatividad en cuestión, como pasa a verse:

En efecto, para cuando se practicó la prueba (fl. 214 cd. 1), o sea, para el 17 de enero de 2006, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se encontraba acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 11021 de 12 de mayo de 2005, tal y como informó tal entidad en la comunicación de 12 de julio de 2006 (fls. 241 y 242 cd. 1).

Ello viene a indicar que para tal fecha, el laboratorio del Grupo de Genética Forense Regional Bogotá, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, había superado el procedimiento que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de

las atribuciones del numeral 16 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, en armonía con el artículo 3º del Decreto 2112 de 2003 y la Circular Única de 6 de agosto de 2001[9].

A través de ese trámite, se reconoció a tal laboratorio competencia técnica, gestión de calidad, organización adecuada e idoneidad para elaborar este tipo de pruebas, conforme a los estándares de la norma ISO-IEC-17025-2001, regla técnica de la Organización Internacional de Normalización (*International Organization for Standardization*) que exige la implementación de métodos y protocolos reconocidos científicamente, entre otras cosas para: a) el ensayo y la calibración de los sistemas utilizados; b) la nomenclatura estándar de los marcadores obtenidos; c) la recolección de muestras; d) el estudio de las frecuencias poblacionales; e) la selección de los equipos; f) el análisis y la validación de resultados; g) la exclusión de la paternidad; h) la interpretación probabilística; i) la cadena de custodia, entre otras cosas. De ello, además, da cuenta la respuesta del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses obrante a folio 242 del cuaderno No. 1.

c) Ahora bien, acerca de la **certificación** del laboratorio de genética del Instituto Nacional de Medicina Legal, la Corte Constitucional, en sentencia T-875 de 23 de octubre de 2007, recordó cómo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca había precisado en sentencia de 6 de febrero de 2007 que de acuerdo con el numeral 8º del artículo 36 de la Ley 938 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 2163 de 1993 y 2112 de 2003, esa entidad es un organismo certificador y acreditador en sí mismo, por lo que no le era aplicable el artículo 10 de la Ley 721 de 2001, esto es, que no era procedente exigirle la certificación allí prevista. Justamente, el Tribunal

[9] El numeral 1.1. del Capítulo Primero de esa normatividad, dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, enseña que *"Las entidades que soliciten la acreditación, deberán cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto 2269 de 1993, los señalados en este título y aquellos previstos en los siguientes referentes normativos, en relación con los cuales deberán tenerse en cuenta las demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan: … e) Laboratorios de ensayo/pruebas y calibración: NTC ISO/IEC 17025 (ISO/IEC 17025)"*.

Administrativo de Cundinamarca dijo al respecto que *"…la Ley 721 del 2001 estableció la obligación a que hace relación el parágrafo primero del artículo primero de la citada ley, conforme a la cual los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de los experticios, deberán estar certificados por autoridad competente, de conformidad con los estándares internacionales y además facultó al ejecutivo para reglamentar lo relacionado con la mencionada certificación…. la Ley 938 de 2004, que es orgánica y especifica para la Fiscalía General de la Nación y el Instituto de Medicina Legal, señala de manera clara y precisa la naturaleza jurídica del mismo… señalándole expresamente sus competencias y funciones dentro de las cuales se encuentran: servir de organismo de verificación y control de las pruebas periciales y exámenes forenses practicados por los cuerpos de policía judicial del Estado y otros organismos a solicitud de autoridad competente.. y por último ser organismo de acreditación y certificación de laboratorios, pruebas periciales y peritos en medicina legal y ciencias forenses… aplicando una interpretación sistemática y lógica, encuentra la Sala que la Ley 938 de 2004, complementa lo establecido en el Decreto 2269 de 1993, al otorgarle directamente la facultad certificadora al Instituto de Medicina Legal"*.

La Corte Constitucional encontró que ese planteamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no constituía una vulneración al debido proceso; por el contrario, afirmó que *"la interpretación que el Tribunal hace de las normas es pertinente toda vez que después de un análisis de las disposiciones aplicables es plausible entender que la Ley 938 de 2002, que regula el funcionamiento del Instituto de Medicina Legal, le confiere la potestad certificadora y el Decreto 2269 de 1993 no contiene un mandato específico que exija la certificación de este tipo de entidades. A su vez, la Sala encuentra que la decisión se encuentra fundamentada y no es arbitraria".*

Y aunque es lo cierto que en esa misma providencia la Corte Constitucional terminó por ordenar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que creara una comisión para certificarse a sí

mismo, tal mandato, en todo caso, es posterior a la emisión del dictamen aquí practicado, de manera que en nada se pudo afectar la eficacia de la mencionada experticia con ocasión de una exigencia que surgió de manera sobreviniente.

d) De otro lado, téngase en cuenta que aunque en gracia de discusión se diera por cierto que la acreditación que se otorgó al laboratorio del Grupo de Genética Forense Regional Bogotá, sólo lo autorizaba para realizar dictámenes en Bogotá y Cundinamarca -como afirma el recurrente-, ha de observarse que la prueba finalmente se evacuó en esta ciudad, y si bien las muestras se tomaron en la Dirección Regional de Oriente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ello no merma el grado de convicción que se deriva de sus resultados.

e) Asimismo, ha de observarse que la Ley 721 de 2001 exige solamente el cumplimiento de la acreditación y -con la salvedad puesta de presente- la certificación, de modo que la *"habilitación"* a que se refiere el accionante, no un requisito que resultara necesario en este asunto.

f) En relación con la cadena de custodia, debe recordarse que el mencionado laboratorio se sometió para su acreditación a las exigencias de la norma ISO-IEC-17025 de 2001, de donde se sigue que para el cumplimiento de sus funciones demostró ante la Superintendencia de Industria y Comercio la implementación de procedimientos idóneos que permiten asegurar la preservación de las características originales de las muestras, tanto en su recolección, como en el embalaje, la rotulación de los registros de traspaso y la entrega de las mismas. Es más, en el propio dictamen se anota que *"las muestras analizadas estuvieron bajo permanente custodia por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses desde su recepción"*, circunstancia que en manera alguna aparece desvirtuada en el expediente.

Por ende, salvo que se demuestre lo contrario, la acreditación permite suponer que el laboratorio acató los parámetros que garantizan la cadena de custodia, sin que fuere menester, como indica el recurrente, que el Tribunal hiciera un análisis expreso sobre cada uno de los pasos que se siguieron en ese itinerario de la prueba.

g) En cuanto concierne a la acusación que se hace al Tribunal por tener en cuenta la prueba de ADN a pesar de que en ella no hay claridad sobre las frecuencias poblacionales a partir de las cuales se hizo el cálculo de probabilidad de paternidad y guardar silencio sobre si se utilizaron las que son propias de la Orinoquía Colombiana, hay que precisar que el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses es claro en señalar que *"utilizando métodos Bayesianos clásicos, se calculó el valor (w) que indica la probabilidad que tiene Manuel Arnulfo Ladino Romero de ser el padre biológico del menor Andrés Camilo Mosquera Gómez… comparados con otro individuo tomado al azar en la población de referencia usada para el caso… Se alcanzó una probabilidad de paternidad de 99.999% considerando el valor de creencia a priori de la paternidad de 0.5, lo que significa que antes de realizada la prueba, Manuel Adolfo Ladino Romero tenía la misma probabilidad de ser el padre como de no serlo. Se tomaron como referencia la Región Orinoquía Colombiana, cuyas frecuencias génicas han sido previamente estudiadas en el laboratorio de ADN del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Forensic Sci. Int. 137 (2003) 67-73)"* (subraya la Sala).

Como puede observarse, el reclamo del casacionista se estructuró sin tener en cuenta que el laboratorio que practicó la referida prueba, según informó expresamente (fl. 214 anv.), se valió de frecuencias poblacionales de la Orinoquía Colombiana, previamente publicadas en el artículo *"Análisis del los STR autosómicos del CODIS en las cuatro principales regiones colombianas"* (Revista Forensic Science International, Volumen 137, Número 1, Año 2003, Páginas 67-73).

Justamente, en dicho artículo se hace un seguimiento de los marcadores o STR que utiliza el sistema internacional CODIS y se indica en qué porcentaje dichos marcadores se repiten en esa zona del país. Sobre este aspecto, es de resaltar que el CODIS (*Combined DNA Index System*), fue implementado por el FBI (*Federal Bureau of Investigation*) desde 1997 y contiene una serie de parámetros aceptados internacionalmente para el manejo de las pruebas de ADN, lo cual deja ver la idoneidad del examen que realizó el laboratorio de genética del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

h) Por lo demás, el recurrente tampoco demuestra que los índices poblacionales utilizados por el Laboratorio de Genética del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses eran diferentes para la época de la concepción, ni deja ver cómo el cambio de los mismos habría afectado de manera relevante el resultado de la experticia.

i) En el primer cargo, también aduce el recurrente que hubo error porque no se tuvo en cuenta el perfil genético que por iniciativa del demandante elaboró el Laboratorio de Yunis Turbay y Cía. S. en C.; en criterio del censor, allí se demuestra que los marcadores genéticos de Manuel Arnulfo Ladino Romero no son los que informó el laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Sin embargo, a ese respecto debe decirse que el documento referido por el recurrente (fl. 72 cd. 1) apenas sí hace alusión a los marcadores de ADN del demandado, esto es, no trae una comparación con los marcadores del menor Andrés Camilo Mosquera Gómez y su madre, de modo que por sí sólo no serviría para descartar la paternidad. Es más, no hay evidencia de que el Laboratorio de Yunis Turbay y Cía. S. en C. utilizara una metodología, un sistema o unos estándares similares a los que fueron desarrollados por los demás laboratorios que aquí intervinieron, de modo que no podrían tomarse los resultados parciales de un dictamen, para enfrentarlos a las conclusiones de otra experticia y así desestimar las inferencias del

laboratorio, porque ello iría en contra de la integridad de cada una de esas pruebas, privilegiando un análisis parcial sobre la totalidad.

Por ende, las contradicciones que plantea el casacionista en relación con el perfil genético que en cada laboratorio se describió como del demandado, no pueden atenderse, porque resultan de comparar fragmentos de varios dictámenes, sin que haya certeza de que se utilizaron iguales o similares procedimientos para realizar el examen de ADN.

j) Ahora bien, aduce el recurrente en el segundo cargo, que el Tribunal no vio la historia clínica de la madre del menor Andrés Camilo Mosquera Gómez, escrito en el que consta que aquélla padecía una enfermedad que fue producto de relaciones sexuales "*triangulares"* (sic); agrega que el *ad quem* tampoco posó sus ojos en las demás pruebas que demostraban que Manuel Arnulfo Ladino Romero planificaba mediante el uso de preservativos, que no tuvo descendencia en otras uniones y que padecía de infertilidad, según el examen de aspermia que aportó al proceso.

Y para descubrir la sinrazón de esos reproches, basta con observar los resultados de la prueba de ADN que realizó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, misma que resulta contundente a la hora de comprobar las relaciones sexuales entre la madre de Andrés Camilo Mosquera Gómez y el demandado, porque no de otra forma se explicarían los resultados tan categóricos de ese dictamen.

A la larga, esa experticia, cuya fuerza demostrativa en manera alguna se ha horadado, deja sin piso el alegato de infertilidad del demandado, amén de que impide declarar la excepción de *plurium construpratorum,* porque con tan alto porcentaje de probabilidad de paternidad, equivalente al 99.999%, que refleja una huella de suyo diciente, sería prácticamente improbable que otra persona pudiera ser el padre del menor. No se olvide que "*la exceptio plurium*

constupratorum sólo tiene cabida en la medida en que el Juzgador no pueda adquirir certeza por otro medio sobre los lazos de sangre que vinculan al señalado padre con el hijo, a consecuencia de las relaciones sexuales por la época de la concepción. Es cierto que las relaciones no exclusivas generan razonable duda sobre quién es el verdadero padre, mas ello deja de ser así cuando los demás elementos probatorios obrantes en la actuación dan pábulo para allanar esa dificultad, en tal evento, el sentenciador está llamado a dejar de lado la excepción y mantenerse en la presunción" (sentencia de 26 de octubre de 2004, Exp. No. 10265).

k) En relación con el uso de preservativos por el demandado, que aquí alega el recurrente, debe recordar la Corte que *"por lo menos en el estado actual de la ciencia, autorizados estudios científicos y estadísticos, han arrojado resultados que asignan al condón, como método anticonceptivo, niveles de falla que oscilan entre el 3 y el 15.8%. En efecto, un reciente y autorizado trabajo de investigación expresa cómo todavía existen datos estadísticos demostrativos de que, pese a su colocación, hay índices de falla de este método entre el 14% y el 3%, como allí se lee, para las hipótesis de «Algo efectivo si es usado comúnmente y efectivo si es usado correcta y consistentemente», respectivamente (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Recomendaciones prácticas para el uso de métodos anticonceptivos», pág. 5, Ginebra, 2002). Del mismo modo, evaluaciones estadísticas realizadas en el país, muestran tasas de falla en la efectividad del condón entre el 8.5% y 15.8%, en períodos de uso de 12 y 24 meses, en su orden, porque «aunque los programas de planificación familiar en Colombia han sido exitosos y hoy se cuenta con una de las tasas de uso anticonceptivo más altas y con una buena y adecuada mezcla de métodos, se sabe que aún existe por parte de algunas mujeres o parejas un mal uso de ellos, lo que expone a las mujeres a tener embarazos no deseados» (Profamilia y Fondo de Población de Naciones Unidas, 1995. Dinámica Anticonceptiva II; «Discontinuación del uso de métodos anticonceptivos, cambios y tasas de falla»; pág. 64.)"* (Sent. Cas. Civ. de 1º de noviembre de 2002, Exp.

No. 6468). Entonces, la utilización de ese medio de protección sexual, aunque se diera por cierta, tampoco garantizaría la imposibilidad de concebir, ni podría servir para apartarse de las conclusiones de la prueba genética.

9. Resta por decir que el casacionista pidió el quiebre del fallo y la práctica de un nuevo examen de ADN, esta vez, con 19 marcadores genéticos, "*siguiendo los estándares internacionales";* no obstante, para abundar en claridad, hay que precisar que el sistema CODIS (*Combined DNA Index System*), utilizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, recomienda el uso de 14 STR que se hallan debidamente indexados y clasificados, los cuales se denominan D3S1358, HUMVWA31, HUMFGA, D8S1179, D21S11, D18S51, D5S818, D13S317, D7S820, D16S539, HUMTHO1, HUMTPOX, HUMCSF1PO y AMELOGENINA, este último para determinar el sexo del hijo a partir de la información de la madre y el candidato a padre. Por ende, la utilización de esos marcadores era suficiente para determinar la probabilidad de paternidad atribuida al demandado, tanto más si se observa que incluso con un número menor de dichos rastros de ADN, habría sido posible obtener el porcentaje mínimo del 99.9% que exige la Ley 791 de 2001 para hacer viable la declaración de paternidad.

10. En ese orden de ideas, al estar debidamente acreditado el laboratorio del Grupo de Genética Forense Regional Bogotá, del Instituto Nacional de Medicina Legal, no siendo indispensable la certificación para la época de producción de la prueba, y en vista de que no se desvirtuó el cumplimiento de los protocolos establecidos en relación con la cadena de custodia y el manejo de las muestras, es de concluir que la experticia en mención reunía las exigencias del parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 721 de 2001 y por su indiscutible valor demostrativo, era suficiente para sostener la declaración de paternidad, de donde se sigue que en este caso no se estructuran los errores endilgados al juzgador de segundo grado.

Viene de lo expuesto que ninguno de los cargos se abre paso, de lo que se sigue la improsperidad del recurso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 27 de junio de 2008, dictada por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario promovido por la Defensoría de Familia del I.C.B.F., en interés del menor Andrés Camilo Mosquera Gómez, frente a Manuel Arnulfo Ladino Romero.

Costas del recurso de casación a cargo de la recurrente.

Vuelva el proceso al despacho de origen.

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

WILLIAM NAMÉN VARGAS

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA